

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, Prof. Dr. Matthias Fervers, Prof. Dr. Beate Gsell, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Andreas Hoyer, Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, RiBVerfG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Johannes Masing, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Konstantina Papathanasiou, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, Prof. Dr. Anne Schneider, Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann, Prof. Dr. Johanna Wolff

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

3/2024
17. Jahrgang

S. 438–631

Inhalt

AUFSÄTZE

Öffentliches Recht

Parteienrechtliche Herausforderungen an die wehrhafte Demokratie in Zeiten von Radikalisierung und Extremismus

Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Kahl, M.A., Wiss. Mitarbeiterin Patricia Sugg, Heidelberg 438

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Der praktische Fall: „Geschwisterliebe“ (insbesondere: Entfall der Verjährungshemmung bei irrtumsbedingtem „Nichtverhandeln“ i.R.d. § 203 BGB?)

RA Dr. Stefan Janssen, Frankfurt, RA und Dipl.-Ing. Martin Launer,
RA Arne Hildebrandt, Hamburg 461

Examensübungsklausur: Irgendwer ist immer krank!

Wiss. Mitarbeiter Pascal Annerfelt, Wiss. Hilfskraft Nadine Rettenmaier,
Frankfurt a.M. 479

Examensübungsklausur: Die falsche Gisela

Wiss. Mitarbeiter Nico Halkenhäuser, LL.B., Wiss. Mitarbeiter Maximilian Kluckert,
LL.B., Mannheim 495

Öffentliches Recht

Übungsfall im Baurecht: Eine Säule der Gesellschaft

Prof. Dr. Klaus Joachim Grigoleit, Ass. iur. Moritz Klanten, Dortmund 514

Fortgeschrittenenklausur Besonderes Verwaltungsrecht: Ein teurer Feuerwehreinsatz

Wiss. Mitarbeiterin Melina Reyher, Erlangen 519

Anfängerklausur Allgemeines Verwaltungsrecht: Unbestimmte Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum

Wiss. Mitarbeiter Yannick Schumacher, Köln 533

Strafrecht

Schwerpunktbereichsklausur: „In Äppler Veritas“? Von EU Geldern und Finanznöten eines Apfelwinzers

Wiss. Mitarbeiterin Nur Sena Karakocaoğlu, Wiss. Mitarbeiter Jan-Martin W. T. Schneider, Gießen 543

Anfängerklausur: Erbe auf Umwegen

Wiss. Mitarbeiter Maximilian Schach, Stud. Hilfskraft Kira Winter, München 573

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Zivilrecht

EuGH, Urt. v. 5.10.2023 – C-565/22

(Kein neuerliches fernabsatzrechtliches Widerrufsrecht bei automatischer Vertragsverlängerung)

(Assoz. Univ.-Prof. Mag. Dr. Thomas Aigner, Linz) 582

BGH, Urt. v. 29.11.2023 – VIII ZR 211/22

(Fristlose Kündigung – Kein Zerrüttungsprinzip im Mietrecht)

(M. iur. Julius Nickoleit, Dublin) 587

Strafrecht

BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23

(Zur Abgrenzung der mittelbaren Täterschaft von der [versuchten] Anstiftung bei der Veranlassung eines schuldunfähigen Kindes [§ 19 StGB] zur Tat)

(Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn, Osnabrück) 591

BGH, Beschl. v. 15.8.2023 – 4 StR 514/22 (LG Arnsberg)

(Niedrige Beweggründe bei sogenannten Trennungstötungen, Pkw als gefährliches Werkzeug und schwere Gesundheitsschädigung eines anderen Menschen)

(Wiss. Mitarbeiterin Charlotte Kallien, Hamburg) 597

ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

BGH, Beschl. v. 19.12.2023 – 4 StR 325/23

(Gefährliche Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs bei ärztlichen Eingriffen)

(Ref. iur. Dennis Klein, Gießen)

605

BUCHREZENSIONEN

Zivilrecht

Heinrich, Christian: Examensrepetitorium Zivilrecht, Examensklassiker anhand originalgetreuer Klausuren, 5. Aufl. 2024

(Wiss. Mitarbeiter Maximilian Preißinger, Passau)

612

Schumann, Ekkehard/Heese, Michael: Die ZPO-Klausur. Eine Anleitung zur Lösung von Fällen aus dem Erkenntnisverfahren und der Zwangsvollstreckung. Hinweise zur Bearbeitung der Hauptprobleme des Zivilprozessrechts, 4. Aufl. 2024

(Stud. iur. Johannes Nowesky, Bayreuth)

624

Strafrecht

Rengier, Rudolf: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023

(Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jur. Leon Trampe, Berlin)

628

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, Prof. 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

Parteienrechtliche Herausforderungen an die wehrhafte Demokratie in Zeiten von Radikalisierung und Extremismus

Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Kahl, M.A., Wiss. Mitarbeiterin Patricia Sugg, Heidelberg*

I. Neue Gefährdungslage für die Demokratie	439
II. Die tradierte Dogmatik von Art. 21 GG	439
1. Die Schlüsselstellung der Parteien für die freiheitliche demokratische Grundordnung	439
2. Das Parteiverbot (Art. 21 Abs. 2 GG)	440
a) Das Parteiverbot als Instrument der wehrhaften Demokratie	440
b) Die materiellen Voraussetzungen für ein Parteiverbot	441
aa) „Freiheitliche demokratische Grundordnung“ (Schutzgut)	441
bb) „Beseitigen oder Beeinträchtigen“ (Ziel)	442
cc) „Ziele der Partei oder Verhalten der Anhänger“ (Mittel)	442
dd) „Darauf-Ausgehen“ (Potentialität)	442
3. Der Ausschluss von der staatlichen Parteienfinanzierung (Art. 21 Abs. 3 GG)	443
III. Bedarf es neuer Grenzen zur Effektivierung der wehrhaften Demokratie?	445
1. Kritik am NPD II-Urteil	445
2. Tendenzielle Neuakzentuierung in Richtung von Wehrhaftigkeit und Prävention	448
a) „Wehret den Anfängen“	448
b) Zuständigkeit(sgrenzen)	449
c) Freiheitliche demokratische Grundordnung	450
d) Potentialität	452
e) Einwände	456
aa) Demokratiewidrigkeit	456
bb) Grundrechtsverwirkung nach Art. 18 GG	457
IV. Schluss	459

* Der Autor *Kahl* ist Direktor des Instituts für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht (IVR) der Universität Heidelberg, die Autorin *Sugg* ist Wiss. Mitarbeiterin und Doktorandin ebendort.

I. Neue Gefährdungslage für die Demokratie

Das Grundgesetz als „Verfassung der Mitte“¹ ist in Zeiten der Polykrise unter Druck geraten. Populismus, Sektierertum (Querdenker, Reichsbürger, etc.), Identitäre Bewegung und unterschiedliche Formen des Extremismus (Rechts- und Linksextremismus, islamistisch-antisemitischer Extremismus) setzen ihm zu. Gefahr droht nicht zuletzt infolge einer voranschreitenden Radikalisierung der (partei-)politischen Ränder. Die Verfassung der Mitte droht so zu einer Verfassung der Extreme, der Desintegration und der Systemverachtung zu werden, autoritär-illiberale Bestrebungen gibt es nicht mehr nur im Ausland, sondern auch in Deutschland, namentlich von Teilen der AfD, von der bereits drei Landesverbände und die Jugendorganisation (JA) vom Verfassungsschutz als gesichert rechts-extremistisch eingestuft werden und die sich in den letzten Jahren personell und inhaltlich immer stärker selbstradikalisiert hat.²

Vor diesem Hintergrund stellt sich erneut und verschärft die Frage, ob die wehrhafte Demokratie, von der das Grundgesetz aus historischer Erfahrung ausgeht (vgl. Art. 2 Abs. 1, Art. 9 Abs. 2, Art. 18, Art. 20 Abs. 4, Art. 21 Abs. 2, Art. 79 Abs. 3, Art. 91, Art. 98 Abs. 2 GG),³ hinreichend gerüstet ist, um den Gefährdungen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung wirksam, und das heißt nicht zuletzt präventiv zu begegnen. Dem soll im Folgenden unter parteienrechtlichen Gesichtspunkten nachgegangen und der Blick namentlich auf Fragen wie Parteiverbot, Parteienfinanzierung, aber auch Grundrechtsverwirkung geworfen werden.

II. Die tradierte Dogmatik von Art. 21 GG

1. Die Schlüsselstellung der Parteien für die freiheitliche demokratische Grundordnung

Parteien wird von Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG die Aufgabe zugewiesen, zwischen Volk und Staat, insbesondere Parlament und Regierung zu vermitteln.⁴ Keine andere in der Gesellschaft wurzelnde Vereinigung (Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG) erfüllt eine für die Demokratie vergleichbar wichtige Brücken-, Bündels-, Artikulations-, Aggregations-, vor allem aber Transformations- und Realisationsfunktion⁵ und wirkt als Scharnier so stark in den staatlichen Bereich der Herrschaftsausübung hinein.⁶ Parteien übersetzen die gesellschaftliche Kommunikation und Willensbildung in staatliche Herrschaftsausübung und damit in „Macht“. Die Verfassung hat daher ein Interesse an ihrer inneren demokratischen Ord-

¹ Voßkuhle, Die Verfassung der Mitte, 2016.

² Vgl. – insbesondere am Beispiel von Thüringen – Debes, Deutschland der Extreme, 2024.

³ BVerfGE 39, 334 (349); 134, 141 (179 ff.); Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. 1, 2011, § 18 Rn. 22. Das Prinzip der wehrhaften bzw. streitbaren Demokratie nach innen geht zurück auf Loewenstein, The American Political Science Review 31 (1937), 417 (430 ff.), „militant democracy“. Nach dem BVerfG wurde das Grundgesetz „aus der bitteren Erfahrung mit dem Schicksal der Weimarer Demokratie als eine streitbare, wehrhafte Demokratie konstituiert“, siehe BVerfGE 39, 334 (368 f.). Gegen eine Vermischung der Begriffe „streitbare“ und „wehrhafte“ Demokratie Fahrner, Die freiheitlich demokratische Grundordnung, 2023, S. 188 ff. Kritisch zum Argument der wehrlosen Weimarer Republik etwa Morlok, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 21 Rn. 145.

⁴ Vgl. BVerfGE 111, 54 (98); Heintzen, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. 2, 2. Aufl. 2022, § 32 Rn. 26 m.w.N. Vgl. auch § 1 Abs. 1 S. 1 PartG.

⁵ Vgl. nur Towfigh/Keesen, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 7, 205. Lfg., Stand: Juli 2020, Art. 21 Rn. 126 ff., 205; Volkmann, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, 2016, § 4 Rn. 6, 8.

⁶ Vgl. BVerfGE 1, 208 (224); siehe auch BVerfGE 20, 56 (101); 44, 125 (145); 52, 63 (82); 60, 53 (66); 121, 30 (55).

nung (S. 3),⁷ gewährleistet ihre freie Gründung und Betätigung sowie ihre Gleichheit⁸ und schützt ihre Identität und Tendenz⁹. Parteien sind gem. Art. 21 Abs. 2 und 4 GG mit einer „erhöhten Schutz- und Bestandsgarantie“¹⁰ ausgestattet. Sie dürfen weder in ihrer politischen Tätigkeit behindert noch darf ihre Verfassungswidrigkeit vonseiten einer staatlichen Stelle rechtlich geltend gemacht werden, bis das Bundesverfassungsgericht ein Verbot ausspricht (Parteienprivileg).¹¹

2. Das Parteiverbot (Art. 21 Abs. 2 GG)

a) Das Parteiverbot als Instrument der wehrhaften Demokratie

Das Parteiverbot nach Art. 21 Abs. 2 GG soll Anhängern verfassungswidriger Bestrebungen die Einflussnahme auf die gesellschaftliche, insbesondere aber die staatliche Willensbildung nehmen.¹² Aufgrund der besonderen Funktion und Stellung sowie ihrer Mittel ist es Parteien ungleich einfacher als dem Einzelnen möglich, das demokratische Staatswesen anzugreifen und auszuhöhlen.¹³ Das Parteiverbot ist ein Staats- und Verfassungsschutzinstrument und Ausdruck der wehrhaften Demokratie.¹⁴ Es soll gewährleisten, „dass Verfassungsfeinde nicht unter Berufung auf die Freiheiten, die das Grundgesetz gewährt, und unter ihrem Schutz die Verfassungsordnung oder den Bestand des Staates gefährden, beeinträchtigen oder zerstören“¹⁵. Insbesondere der scheinbar legale Weg zu einem Systemwechsel nach dem Modell der „Machtergreifung“ der NSDAP soll verhindert werden.¹⁶ Das Verbot ist die schwerwiegendste Beschränkung der Parteienfreiheit und -gleichheit („schärfste, aber auch zweischneidige Waffe des demokratischen Rechtsstaats“¹⁷) und deshalb restriktiv zu handhaben.¹⁸

Bisher waren die Verfahren gegen die Sozialistische Deutsche Reichspartei (SRP) 1952¹⁹ und gegen die Kommunistische Partei Deutschlands (KPD) 1956²⁰ die einzigen erfolgreichen. In den Verfahren gegen die Nationale Liste (NL) und die Freiheitliche Deutsche Arbeiterpartei (FAP) 1994 stellte das Bundesverfassungsgericht fest, es handele sich nicht um politische Parteien.²¹ Das erste Verfahren gegen die Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD) wurde 2003 wegen eines Verfahrens-

⁷ Vgl. Kluth, in: BeckOK GG, Stand: 15.1.2024, Art. 21 Rn. 25.

⁸ Gestützt auf Art. 21 Abs. 1 S. 1, 2, Art. 3 Abs. 1 GG und das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1, 2, 28 Abs. 1 S. 1 GG), vgl. BVerfGE 120, 82 (104); 121, 108 (121); Kluth, in: BeckOK GG, Stand: 15.1.2024, Art. 21 Rn. 133.

⁹ Näher Heintzen, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. 2, 2. Aufl. 2022, § 32 Rn. 57 ff.

¹⁰ BVerfGE 12, 296 (304); näher Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 82. Lfg., Stand: Januar 2018, Art. 21 Rn. 571.

¹¹ Siehe BVerfGE 12, 296 (304 f.); 17, 155 (166); 47, 130 (139); Näher Morlok, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 21 Rn. 157 f. Zum Verfahren siehe §§ 13 Nr. 2, 43 ff. BVerfGG.

¹² Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 82. Lfg., Stand: Januar 2018, Art. 21 Rn. 495.

¹³ Towfigh/Keesen, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 7, 205. Lfg., Stand: Juli 2020, Art. 21 Rn. 488 f., 635.

¹⁴ Siehe Gärditz, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. 1, 2. Aufl. 2022, § 11 Rn. 14, 114 ff., 119 ff.

¹⁵ BVerfGE 144, 20 (163 f. Rn. 418).

¹⁶ Siehe Gärditz, in: Dietrich u.a., Handbuch Sicherheits- und Staatsschutzrecht, 2022, § 32 Rn. 1.

¹⁷ BVerfGE 144, 20 (159 Rn. 405).

¹⁸ BVerfGE 144, 20 (200 Rn. 523 ff.).

¹⁹ BVerfGE 2, 1.

²⁰ BVerfGE 5, 85.

²¹ BVerfGE 91, 262; 91, 276.

hindernisses (Überwachung durch den Verfassungsschutz) eingestellt.²² Das zweite Verfahren scheiterte 2017;²³ das NPD II-Urteil ist gleichwohl die für die zukünftige Anwendung des Art. 21 Abs. 2 GG grundlegende Entscheidung, da in ihr Funktion und Voraussetzungen des Parteiverbotsverfahrens umfassend entfaltet und weiterentwickelt wurden.

b) Die materiellen Voraussetzungen für ein Parteiverbot

Materiell setzt Art. 21 Abs. 2 GG voraus, dass eine Partei nach ihren Zielen oder nach dem ihr zurechenbaren Verhalten ihrer Anhänger (Mittelkomponente) darauf ausgeht (Potentialitätskomponente), die freiheitliche demokratische Grundordnung (Schutzgutkomponente) zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden (Zielkomponente).²⁴

aa) „Freiheitliche demokratische Grundordnung“ (Schutzgut)

Die freiheitliche demokratische Grundordnung ist das zentrale Schutzgut der Norm.²⁵

Im NPD II-Urteil destillierte das Bundesverfassungsgericht folgende für eine Demokratie unentbehrliche Grundprinzipien aus dem (weiter gefassten) in Art. 79 Abs. 3 GG niedergelegten Verfassungskern heraus:²⁶ die Garantie der Menschenwürde, die „insbesondere die Wahrung personaler Individualität, Identität und Integrität sowie die elementare Rechtsgleichheit“ umfasst und den Menschen als Person begreift, die in Freiheit und Gleichberechtigung über sich selbst bestimmen und ihr Schicksal eigenverantwortlich gestalten kann;²⁷ die Demokratie in den Ausprägungen der Möglichkeit einer gleichberechtigten Teilhabe aller am Prozess der politischen Willensbildung beteiligten Bürger und die Zurückführbarkeit aller Akte der Staatsgewalt auf den Willen des Volkes;²⁸ die Rechtsstaatlichkeit, deren bestimmende Merkmale der Rechtsbindung der öffentlichen Gewalt, die Kontrolle dieser Bindung durch unabhängige Gerichte und das staatliche Gewaltmonopol sind²⁹. Infolge der Eingrenzung auf die zentralen Elemente Menschenwürde, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit

²² BVerfGE 107, 339.

²³ BVerfGE 144, 20.

²⁴ Ähnlich *Heintzen*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. 2, 2. Aufl. 2022, § 32 Rn. 12. Zu Zulässigkeit und Verfahren – mit Reformvorschlägen – siehe *Heußner/Pautsch/de Haan*, NJ 2024, 97 (97 ff.). Zur Streitfrage, ob bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen der Verfassungswidrigkeit einer Partei ein Verbotantrag gestellt werden muss oder ob dies im „Ermessen“ der antragsberechtigten Organe steht, siehe etwa die ausführliche Darstellung von *Streinz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 21 Rn. 242 ff. Dieses Problem soll hier im Weiteren außen vor bleiben.

²⁵ Der „Bestand des Staates“ war bisher nie betroffen und ist für die Praxis irrelevant, siehe *Waldhoff*, in: Herdegen u.a., Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 10 Rn. 45.

²⁶ BVerfGE 144, 20 (204 f. Rn. 536 f.); dazu *Gärditz*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. 1, 2. Aufl. 2022, § 11 Rn. 126; *Waldhoff*, in: Herdegen u.a., Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 10 Rn. 49; *Kluth*, ZParl 48 (2017), 676 (679 f.). Zum früheren Verständnis im SRP- bzw. KPD-Urteil siehe BVerfGE 2, 1 (12 f.); 5, 85 (141). Im System des Schutzes der freiheitlich demokratischen Grundordnung im Grundgesetz markiert Art. 79 Abs. 3 GG die „letzte Verteidigungslinie“ innerhalb der bestehenden Verfassungsordnung; Art. 21 Abs. 2–4 GG soll im Vorfeld gegen „Entscheidungsfragen der legalistischen Verfassungsrevolution“ verteidigen, siehe *Fahrner*, Die freiheitlich demokratische Grundordnung, 2023, S. 251 f.

²⁷ BVerfGE 144, 20 (206 f. Rn. 538 f.).

²⁸ BVerfGE 144, 20 (208 ff. Rn. 542 ff.).

²⁹ BVerfGE 144, 20 (210 Rn. 547).

greift das Parteiverbot erst, wenn tatsächlich unverzichtbare Wesenselemente eines freiheitlichen und demokratischen Zusammenlebens infrage gestellt und abgelehnt werden.³⁰

bb) „Beseitigen oder Beeinträchtigen“ (Ziel)

Das Ziel des Beseitigens ist zu verstehen als „die Abschaffung zumindest eines der Wesenselemente der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder deren Ersetzung durch eine andere Verfassungsordnung oder ein anderes Regierungssystem“³¹; das „Beeinträchtigen“ setzt voraus, dass „eine Partei nach ihrem politischen Konzept mit hinreichender Intensität eine spürbare Gefährdung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung“³² bewirkt.³³

cc) „Ziele der Partei oder Verhalten der Anhänger“ (Mittel)

Die angestrebte Beseitigung oder Beeinträchtigung der demokratischen freiheitlichen Grundordnung muss sich aus den Zielen der Partei oder dem Verhalten ihrer Anhänger ergeben. Dabei sind die wirklichen, nicht die vorgegebenen Ziele der Partei entscheidend und es ist insbesondere nicht erforderlich, dass sich eine Partei offen zu ihren verfassungswidrigen Zielsetzungen bekennt.³⁴ Einer Partei sind jedenfalls die Tätigkeit der Parteiführung sowie leitender Funktionäre und parlamentarische Äußerungen zurechenbar.³⁵ Äußerungen oder Handlungen einfacher Mitglieder sind zurechenbar, wenn diese in einem politischen Kontext stehen und die Partei sie billigt oder duldet.³⁶ Äußerungen bzw. das Verhalten von Anhängern, die nicht Parteimitglieder sind, sind zurechenbar, wenn sie durch die Partei beeinflusst oder gebilligt werden.³⁷ Straf- und Gewalttaten von Parteianhängern dürfen ohne konkreten Zusammenhang zu den Schutzgütern nicht zugerechnet werden.³⁸

dd) „Darauf Ausgehen“ (Potentialität)

Das tätigkeitsbezogene Merkmal des „Darauf Ausgehens“ bildet das Bindeglied zwischen dem Mittel (Zielen der Partei bzw. Verhalten ihrer Anhänger) und dem Ziel (Beeinträchtigung oder Beseitigung); es fungiert als Eingriffsschwelle.³⁹ Eine solche ist erforderlich, weil das Parteiverbot kein Gesinnungs- oder Weltanschauungsverbot, sondern ein Organisationsverbot ist. Das Bekennen von verfassungsfeindlichen Zielen genügt nicht, es ist ein aktives Handeln erforderlich, das die Grenze zum „Bekämpfen“ der freiheitlichen demokratischen Grundordnung überschreitet.⁴⁰

Das Bundesverfassungsgericht setzt für das „Darauf Ausgehen“ „ein planvolles Handeln im Sinne qualifizierter Vorbereitung“ voraus.⁴¹ Unter einem planvollen Vorgehen versteht es, dass kontinuierlich auf die Verwirklichung eines der freiheitlichen demokratischen Grundordnung widersprechen-

³⁰ Uhle, NVwZ 2017, 583 (587); hierauf weist auch das BVerfG selbst hin: BVerfGE 144, 20 (204 Rn. 535).

³¹ BVerfGE 144, 20 (211 Rn. 550).

³² BVerfGE 144, 20 (213 Rn. 556).

³³ Im SRP- bzw. KPD-Urteil hatte das BVerfG noch nicht zwischen „beseitigen“ und „beeinträchtigen“ differenziert, siehe BVerfGE 2, 1 (20 f.); 5, 85 (211 f., 389).

³⁴ BVerfGE 144, 20 (215 Rn. 558 f.).

³⁵ BVerfGE 144, 20 (215 f., 217 Rn. 562, 567).

³⁶ BVerfGE 144, 20 (215 f., 217 Rn. 563).

³⁷ BVerfGE 144, 20 (216 Rn. 564).

³⁸ BVerfGE 144, 20 (217 Rn. 565 f.).

³⁹ Vgl. Kluth, ZParl 48 (2017), 676 (681); Pokora, Die Revision des Parteiverbots, 2022, S. 199.

⁴⁰ BVerfGE 144, 20 (220 Rn. 573).

⁴¹ BVerfGE 144, 20 (221 Rn. 575).

den politischen Konzepts hingearbeitet wird, wobei das Verhalten von Parteianhängern der Partei in ihrer Gesamtheit mit einer solchen Grundtendenz zurechenbar sein muss.⁴² Für eine qualifizierte Vorbereitung verlangt es einen zielorientierten Zusammenhang zwischen eigenen Handlungen und der Beseitigung oder Beeinträchtigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung.⁴³ Das Erfordernis einer konkreten Gefahr sowie illegaler oder strafbarer Handlungen lehnt es ab.⁴⁴

In ausdrücklicher Abkehr vom KPD-Urteil⁴⁵ verlangte das Bundesverfassungsgericht im NPD II-Urteil zusätzlich die Überschreitung einer gewissen Erheblichkeitsschwelle, nämlich konkrete Anhaltspunkte von Gewicht, die einen Erfolg des gegen die Schutzgüter des Art. 21 Abs. 2 GG gerichteten Handelns einer Partei zumindest möglich erscheinen lassen (sog. Potentialität).⁴⁶ Denn eines präventiven Schutzes durch ein Parteiverbot bedürfe es dann nicht, wenn das Handeln der Partei noch nicht einmal auf die Möglichkeit der Realisierung ihrer verfassungsfeindlichen Ziele schließen lässt.⁴⁷ Ob ausreichend Potentialität im Einzelfall besteht, will das Gericht im Rahmen einer werten- den Gesamtbetrachtung feststellen, bei der unter anderem die Situation der Partei, ihre gesellschaftliche Wirkkraft und ihre Vertretung in Ämtern und Mandaten Berücksichtigung finden soll.⁴⁸ Die Potentialität ist letztlich eine Prognose darüber, über welche Wirkmächtigkeit die betroffene Partei in der Realität verfügt.⁴⁹ Indizien hierfür sollen der Einsatz physischer Gewalt, die Begehung von Straftaten oder eine die Freiheit des politischen Willensbildungsprozesses einschränkende Verhaltensweise auch unter der Schwelle des Strafbaren (Herbeiführung einer „Atmosphäre der Angst“) sein.⁵⁰

3. Der Ausschluss von der staatlichen Parteienfinanzierung (Art. 21 Abs. 3 GG)

In seiner NPD II-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht angedeutet, dass der verfassungs- ändernde Gesetzgeber unterhalb der Schwelle des Parteiverbots eine Sanktionierung einer Partei, die nur einzelne Tatbestandmerkmale des Art. 21 Abs. 2 GG erfüllt, normieren könne.⁵¹ Dieser hat daraufhin in Art. 21 Abs. 3 GG die Möglichkeit, eine (nur) verfassungsfeindliche Partei von der staatlichen und staatlich begünstigten Parteienfinanzierung auszuschließen, aufgenommen.⁵² Die Tatbestände des Abs. 2 und Abs. 3 unterscheiden sich allein durch die Worte „ausgehen“ bzw. „ausgerichtet sind“. Der Gesetzgeber wollte mit der Wahl des „Ausrichtungs“-Begriffs, der nicht das „Potenzial“ zur Zielerreichung voraussetze, eine niedrigere Eingriffsschwelle festlegen und somit ein „abgestuft

⁴² BVerfGE 144, 20 (221 Rn. 576).

⁴³ BVerfGE 144, 20 (221 Rn. 577).

⁴⁴ BVerfGE 144, 20 (221 ff. Rn. 578 ff., 581 ff.).

⁴⁵ Dort hatte das BVerfG noch formuliert, dass es einem Parteiverbot nicht entgegenstehe, wenn für die Partei nach menschlichem Ermessen keine Aussicht darauf besteht, dass sie ihre verfassungswidrige Absicht in absehbarer Zukunft werde verwirklichen können, vgl. BVerfGE 5, 85 (143).

⁴⁶ BVerfGE 144, 20 (224 f. Rn. 585 ff.).

⁴⁷ BVerfGE 144, 20 (224 f. Rn. 585 ff.).

⁴⁸ BVerfGE 144, 20 (225 Rn. 586).

⁴⁹ Vgl. *Uhle*, NVwZ 2017, 583 (588); *Hillgruber*, JA 2017, 398 (400).

⁵⁰ Siehe BVerfGE 144, 20 (226 Rn. 588).

⁵¹ Siehe BVerfGE 144, 20 (241 Rn. 624); vgl. auch *Kloepfer*, NVwZ 2017, 913 (916).

⁵² Siehe BGBl. I 2017, S. 2346, Änderung des einfachen Rechts durch BGBl. I 2017, S. 2730. Nach § 46 Abs. 1 S. 2 BVerfGG kann der Antrag auf Ausschluss von staatlicher Finanzierung hilfsweise zu einem Verbotsantrag gestellt werden. Näher zu Verfahren und Entscheidungsmöglichkeiten des BVerfG mit Reformvorschlägen, insb. auch im Finanzierungsausschlussverfahren Anträge zuzulassen, die auf die Teilorganisation(en) bzw. Landesverbände einer Partei beschränkt sind, *Heußner/Pautsch/de Haan*, NJ 2024, 97 (100 f.).

ausdifferenziertes System an Sanktionsmöglichkeiten im Hinblick auf Parteien mit verfassungsfeindlicher Grundtendenz“ schaffen.⁵³ Die Literatur sah darin gleichsam eine indirekte normative Verankerung der Interpretation des „Darauf Ausgehens“ im NPD II-Urteil, weshalb fortan die Potentialität für ein Parteiverbot in Art. 21 Abs. 2 GG zwingend ist. Ansonsten würden Abs. 2 und Abs. 3 eingegebenet, was in genetischer, grammatischer und systematischer Hinsicht unzulässig wäre.⁵⁴

Das Bundesverfassungsgericht selbst konnte erstmals in seinem Urteil vom 23.1.2024⁵⁵ infolge des Antrags, die NPD (heute „Die Heimat“) von der staatlichen Parteienfinanzierung auszuschließen, Art. 21 Abs. 3 GG anwenden und dessen Voraussetzungen konkretisieren. Zunächst stellte es fest, dass die neu geschaffene Regelung zum Finanzierungsausschluss verfassungsgemäß ist und nicht gegen Art. 79 Abs. 3 GG verstößt.⁵⁶ Dabei verweist es insbesondere auf das grundgesetzliche Konzept der wehrhaften Demokratie und sieht den Finanzierungsausschluss als deren zulässige Ausgestaltung unterhalb der Schwelle des Parteiverbots.⁵⁷ Im Rahmen der Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 21 Abs. 3 GG bestätigte das Gericht, dass die Voraussetzungen von Parteiverbot und Finanzierungsausschluss nahezu identisch sind und im gleichen Maß wie beim Parteiverbot nachgewiesen werden muss, dass eine Partei nach ihren Zielen oder dem Verhalten ihrer Anhänger die freiheitliche demokratische Grundordnung beseitigen oder beeinträchtigen will.⁵⁸ Für das Schutzgut, Ziel und Mittel konnte das Gericht daher auf seine Ausführungen im NPD II-Urteil zurückgreifen.⁵⁹ Nur das Merkmal des „Darauf-Ausgerichtetseins“ galt es zu konkretisieren.⁶⁰ Nach dem Bundesverfassungsgericht ist dafür ein qualifiziertes und planvolles Handeln zur Beseitigung oder Beeinträchtigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung erforderlich, ohne dass es auf die Überschreitung der Schwelle der Potentialität ankommt.⁶¹ Es bekräftigte damit den Willen des Gesetzgebers und die Interpretation der Literatur.⁶²

Für zukünftige Finanzierungsausschluss- und Parteiverbotsverfahren folgt aus dem Urteil aber nicht, dass zwingend auf der ersten Stufe bei fehlender Potentialität ein Antrag auf Finanzierungsausschluss und erst auf der zweiten Stufe bei vorhandener Potentialität ein Antrag auf Parteiverbot gestellt werden kann. Der Finanzierungsausschluss soll zwar verhindern, dass eine Partei die Potentialitätsschwelle überschreitet; dies schließt es aber nicht aus, dass die Antragsberechtigten einen Antrag auf Finanzierungsausschluss einer Partei stellen können, die die Potentialitätsschwelle deutlich überschreitet.⁶³ Es steht im politischen Ermessen der Antragsberechtigten, ob sie keinen Antrag, einen Antrag auf Verbot oder auf Ausschluss einer Partei aus der staatlichen Parteienfinanzierung

⁵³ Vgl. BT-Drs. 18/12357, S. 6.

⁵⁴ Vgl. Lenz/Hansel, BVerfGG, Kommentar, 3. Aufl. 2020, § 43 Rn. 11; Müller, DVBl. 2018, 1035 (1037); Pokora, Die Revision des Parteiverbots, 2022, S. 265 f.; weitergehend Towfigh/Keesen, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 7, 205. Lfg., Stand: Juli 2020, Art. 21 Rn. 632.

⁵⁵ BVerfG, UrT. v. 23.1.2024 – 2 BvB 1/19 = NJW 2024, 645.

⁵⁶ BVerfG, UrT. v. 23.1.2024 – 2 BvB 1/19, Rn. 199 ff.

⁵⁷ BVerfG, UrT. v. 23.1.2024 – 2 BvB 1/19, Rn. 223 f.; zustimmend Jores, Verfassungsblog v. 2.2.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/kein-geld-ist-auch-eine-losung/> (4.5.2024).

⁵⁸ Siehe BVerfG, UrT. v. 23.1.2024 – 2 BvB 1/19, Rn. 240 f., 246. Schon zuvor für den Rückgriff auf das Beseitigen und Beeinträchtigen i.S.d. Art. 21 Abs. 2 GG bei der Auslegung des von Art. 18 GG verlangten Ziels des Kampfes Fahrner, Die freiheitlich demokratische Grundordnung, 2023, S. 268 m.w.N.

⁵⁹ Siehe BVerfG, UrT. v. 23.1.2024 – 2 BvB 1/19, Rn. 246 ff.

⁶⁰ BVerfG, UrT. v. 23.1.2024 – 2 BvB 1/19, Rn. 277 ff.

⁶¹ BVerfG, UrT. v. 23.1.2024 – 2 BvB 1/19, Rn. 277, 279, 286.

⁶² Vgl. BVerfG, UrT. v. 23.1.2024 – 2 BvB 1/19, Rn. 241.

⁶³ So Jores, Verfassungsblog v. 2.2.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/kein-geld-ist-auch-eine-losung/> (4.5.2024).

stellen.⁶⁴ Vor dem Hintergrund, dass ein Parteiverbot zuletzt bei der NPD zweifach gescheitert ist, scheint der Weg über den Finanzierungsausschluss auch für Parteien, die eigentlich über die nötige Potentialität verfügen, als mildere Alternative, als ein minder aufwändigeres Verfahren und deshalb politisch einfacher umsetzbar.⁶⁵ Dieser Schein trägt, denn es muss weiterhin die Verfassungswidrigkeit einer Partei als solche geprüft und bewiesen werden.⁶⁶ Der Finanzierungsausschluss ist auch bei einer Partei mit ausreichender Potentialität nicht gleich geeignet. Die Abgeordneten dürften in den Parlamenten bleiben und könnten wiedergewählt werden, sie würden weiterhin Diäten erhalten, die Fraktionsfinanzierung bliebe bestehen und auch Spenden dürfte die Partei weiterhin entgegennehmen.⁶⁷ Die Gefahr, dass sich die betroffene Partei als Opfer staatlicher Repression darstellt, besteht nicht nur im Rahmen eines Verbotsverfahrens, sondern auch bei einem Finanzierungsausschlussverfahren, dort sogar in gesteigerter Form, denn eine von der Finanzierung ausgeschlossene Partei kann weiterhin im Parteienwettbewerb teilnehmen und in jeder politischen Auseinandersetzung den Finanzierungsausschluss als vermeintlich rechtsstaatswidrige Benachteiligung durch das „Establishment“ instrumentalisieren.⁶⁸

III. Bedarf es neuer Grenzen zur Effektivierung der wehrhaften Demokratie?

1. Kritik am NPD II-Urteil

Die jüngere, die bisherige Rechtsprechung verschärfende Parteiverbot-Judikatur des Bundesverfassungsgerichts im NPD II-Urteil stieß schon nach ihrer Verkündung 2017 auf – begründete – Kritik im Schrifttum, sie lege, so hieß es, die Hürde für die Überwindung der Voraussetzungen gem. Art. 21 Abs. 2 GG fortan – ohne Not – zu hoch. Im Mittelpunkt der Kritik steht die Interpretation des „Darauf Ausgehens“, insbesondere die methodische Herleitung des neu kreierten „Potentialitäts-Kriteriums“.

Erstens bedeute „darauf ausgehen“ nach seinem natürlichen Wortsinn, ein bestimmtes Ziel zu verfolgen.⁶⁹ Das Tatbestandsmerkmal sei bewusst subjektiv formuliert und erfasse auch den untauglichen Versuch.⁷⁰ Das zusätzliche und auf die objektive Erfolgstauglichkeit der verfolgten Zielsetzungen und Absichten bezogene Merkmal der „Potentialität“ sprengte daher die Grenze des Wortlauts.⁷¹

⁶⁴ So Jores, Verfassungsblog v. 2.2.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/kein-geld-ist-auch-eine-losung/> (4.5.2024).

⁶⁵ Zum möglichen Ausschluss der AfD von der staatlichen Parteienfinanzierung siehe Janisch, SZ Nr. 18 v. 23.1.2024, S. 5, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/politik/afd-bundesverfassungsgericht-parteienfinanzierung-partieverbot-1.6336865> (21.5.2024); Jores, Verfassungsblog v. 2.2.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/kein-geld-ist-auch-eine-losung/> (4.5.2024).

⁶⁶ So Albrecht, Publicus v. 1.2.2024, abrufbar unter <https://publicus.boorberg.de/wehrhafte-demokratie/> (4.5.2024). Skeptisch gegenüber einem Finanzierungsausschlussverfahren gegen die AfD daher auch Shirvani, NJW 2024, 624 (625).

⁶⁷ Vgl. Janisch, SZ Nr. 18 v. 23.1.2024, S. 5, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/politik/afd-bundesverfassungsgericht-parteienfinanzierung-partieverbot-1.6336865> (21.5.2024).

⁶⁸ So Jores, Verfassungsblog v. 2.2.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/kein-geld-ist-auch-eine-losung/> (4.5.2024).

⁶⁹ Dies erkennt auch das BVerfG, siehe BVerfGE 144, 20 (224 Rn. 584).

⁷⁰ Siehe Hillgruber, JA 2017, 398 (400); anders Streinz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 21 Rn. 232, wonach sich dem Begriff neben dem subjektiven Moment der Intensität der Zielsetzung ein objektives Element der Intensität der Zielverfolgung entnehmen lasse.

⁷¹ Linke, DÖV 2017, 483 (490); ähnlich Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 82. Lfg., Stand: Januar 2018, Art. 21 Rn. 540a; Kloepfer, NVwZ 2017, 913 (913); Kingreen, Jura 2017, 499 (503); Uhle, NVwZ

Zweitens überzeuge die Begründung des Bundesverfassungsgerichts, die neue Interpretation des „Darauf Ausgehens“ stütze sich auf das Telos des Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG, nicht.⁷² Das Bundesverfassungsgericht selbst sieht als Normzweck nicht die Abwehr bereits entstandener Gefahren, sondern die Verhinderung des Entstehens künftig möglicherweise eintretender Gefahren für die freiheitliche demokratische Grundordnung; gleichsam betont es mit der Maxime „Wehret den Anfängen“ den präventiven Charakter des Parteiverbotsverfahrens.⁷³ Eben dieser präventive Charakter gebiete aber ein frühzeitiges Eingreifen und der „Anfang“ sei bereits dort gemacht, wo eine Partei beginnt, die freiheitliche demokratische Grundordnung aktiv und planvoll zu bekämpfen, ungeachtet dessen, ob dies zu der jeweiligen Zeit erfolversprechend ist oder nicht.⁷⁴ Das gelte erst recht angesichts der historischen Lehre, dass radikale Bestrebungen umso schwieriger zu bekämpfen sind, je mehr sie an Boden gewinnen.⁷⁵ Hat eine Partei bzw. haben ihre Anhänger erst einmal die Perspektive, ihre extremistischen Ziele umzusetzen bzw. durch ihr Verhalten die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen, sei ein Verbot schwieriger, wenn nicht sogar kaum mehr durchsetzbar.⁷⁶

Drittens ergäben sich auch aus der Entstehungsgeschichte keine Hinweise darauf, dass Art. 21 Abs. 2 GG mit dem Erfordernis der Potentialität aufzuladen wäre.⁷⁷ Nach Art. 47 Abs. 4 des Entwurfs von Herrenchiemsee sollte ein Verbot solcher Parteien ermöglicht werden, die sich eine Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung „zum Ziel gesetzt haben“.⁷⁸ Der Parlamentarische Rat ersetzte diese Formulierung im Rahmen weiterer Änderungen im Allgemeinen Redaktionsausschuss und im Hauptausschuss durch die Formulierung „darauf ausgehen“;⁷⁹ hiermit sollte aber der Begriff keinen anderen Inhalt erhalten – wie bereits das KPD-Urteil ausdrücklich festhält⁸⁰.

Viertens habe es auch in systematischer Hinsicht – wohlgemerkt zum Zeitpunkt der Entscheidung – kein Erfordernis für das Kriterium der Potentialität gegeben: Art. 21 Abs. 2 GG verlange eine Prognose über die Erfolgsaussichten der verfassungsfeindlichen Bestrebungen einer Partei ausschließlich in seiner zweiten Alternative (Gefährdung des Bestands der Bundesrepublik Deutschland), gerade nicht in der ersten Alternative (Beeinträchtigung bzw. Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung); entsprechend wäre bei der ersten Alternative eine Prognose über die Wirkung einer verfassungsfeindlich agierenden Partei nicht erforderlich gewesen.⁸¹ Die systematischen Einwände sind freilich heute, d.h. seit der Einfügung des Art. 21 Abs. 3 GG (siehe oben) nicht mehr tragbar.

2017, 583 (588); i.E. auch *Ipsen/Koch*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 21 Rn. 159.

⁷² So *Uhle*, NVwZ 2017, 583 (588); ähnlich *Hillgruber*, JA 2017, 398 (400).

⁷³ Vgl. BVerfGE 144, 20 (224 Rn. 584).

⁷⁴ *Pokora*, Die Revision des Parteiverbots, 2022, S. 260 f.; so auch *Uhle*, NVwZ 2017, 583 (588). Anders *Kliegel*, in: *Modrzejewski/Naumann*, Linien der Rechtsprechung des BVerfG, Bd. 5, 2019, S. 375 (395); *Shirvani*, DÖV 2017, 477 (481).

⁷⁵ Siehe nur *Uhle*, NVwZ 2017, 583 (588) mit weitergehenden Erwägungen.

⁷⁶ So *Hillgruber*, JA 2017, 398 (400); ähnlich *Klafki*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 21 Rn. 110; *Kluth*, ZParl 2017, 676 (686); *Linke*, DÖV 2017, 483 (490); *Pokora*, Die Revision des Parteiverbots, 2022, S. 258. Anders *Kliegel*, in: *Modrzejewski/Naumann*, Linien der Rechtsprechung des BVerfG, Bd. 5, 2019, S. 375 (396).

⁷⁷ Siehe *Uhle*, NVwZ 2017, 583 (588 f.); ferner *Kingreen*, Jura 2017, 409 (504); i.E. auch *Ipsen/Koch*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 21 Rn. 159.

⁷⁸ Verfassungsausschuss der Ministerpräsidenten-Konferenz der westlichen Besatzungszonen. Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10.–23.8.1948, S. 67.

⁷⁹ *Feldkamp*, in: Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Bd. 14, Teilbd. 1, 2009, S. 103 (120 f.).

⁸⁰ Siehe BVerfGE 5, 85 (142).

⁸¹ Siehe *Uhle*, NVwZ 2017, 583 (589).

Fünftens sei die Einführung des Potentialitätskriteriums nicht wegen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Parteiverboten erforderlich gewesen, wovon das Bundesverfassungsgericht aber wohl ausging.⁸² Der Gerichtshof hat auf der Grundlage der Gewährleistung der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit in Art. 11 EMRK eine umfangreiche Parteienrechtsjudikatur entwickelt.⁸³ Insbesondere hat er zu staatlichen Parteiverboten festgestellt, ein Staat müsse nicht abwarten, bis eine verfassungsfeindliche Partei die Macht ergriffen und mit der Umsetzung ihrer demokratie- und menschenrechtsfeindlichen Ziele begonnen hat, sondern dürfe gegen die Umsetzung derartiger Ziele einschreiten, wenn die nationalen Gerichte eine Gefahr, die „hinreichend erwiesen und unmittelbar“ ist, festgestellt haben.⁸⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat hieraus zwar nicht den Schluss gezogen, dass für ein Parteiverbot eine konkrete Gefahr für die freiheitliche demokratische Grundordnung vorliegen muss,⁸⁵ wollte dem Menschengerichtshof aber möglicherweise wenigstens mit dem Potentialitätskriterium entgegenkommen. Erforderlich sei ein solches Entgegenkommen jedenfalls nicht gewesen, denn aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs folge nicht zwingend, dass ein Parteiverbot nur konventionsgemäß sein kann, wenn es voraussetzt, dass die betroffene Partei über eine reale Chance zur Herbeiführung politischer Veränderungen verfügt.⁸⁶ Die Voraussetzungen des Art. 21 Abs. 2 GG wären auch ohne das Potentialitätskriterium konventionskonform.⁸⁷ Das Bundesverfassungsgericht hat in der NPD II-Entscheidung die „Vorgaben“ des EGMR überbewertet und seinen eigenen (nationalen) Spielraum unterschätzt.

Siebtens leide das Potentialitätskriterium nicht nur unter methodischen Schwächen, sondern das Bundesverfassungsgericht habe sich zudem bei seiner Entwicklung in Widersprüche verwickelt: Es hat zwar das Erfordernis einer konkreten Gefahr abgelehnt⁸⁸ und auch für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung keinen Raum gesehen⁸⁹, *de facto* komme aber beides im Erfordernis der Potentialität verkappt zum Ausdruck.⁹⁰ Damit sei die Eingriffsschwelle sehr schwierig zu bestimmen und infolgedessen erscheine der Ausgang zukünftiger Parteiverbotsverfahren unvorhersehbar.⁹¹

⁸² Vgl. BVerfGE 144, 20 (240 Rn. 621); siehe dazu *Pokora*, Die Revision des Parteiverbots, 2022, S. 276 (Einführung des Potentialitätskriteriums als eine Art „Vorsorge“); ähnlich *Uhle*, NVwZ 2017, 583 (589).

⁸³ Siehe etwa EGMR, Urte. v. 30.1.1998 – 19392/92; EGMR, Urte. v. 25.5.1998 – 21237/93; EGMR, Urte. v. 13.2.2003 – 41340/98; EGMR, Urte. v. 30.6.2009 – 25803/04; EGMR, Urte. v. 12.4.2011 – 12976/07; EGMR, Urte. v. 6.11.2012 – 47335/06; EGMR, Urte. v. 26.4.2016 – 19920/13. Vgl. *Heintzen*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. 2, 2. Aufl. 2022, § 32 Rn. 12 m.w.N.; siehe auch *Uhle*, NVwZ 2017, 583 (589 f.).

⁸⁴ EGMR, Urte. v. 13.2.2003 – 41340/98, Rn. 102; Für Kontextualisierung siehe *Lübbe-Wolff*, Verfassungsblog v. 13.10.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/wehrhafte-demokratie/> (4.5.2024).

⁸⁵ Siehe BVerfGE 144, 20 (238 Rn. 619).

⁸⁶ So zu Recht *Lübbe-Wolff*, Verfassungsblog v. 13.10.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/wehrhafte-demokratie/> (4.5.2024); näher *Uhle*, NVwZ 2017, 583 (589).

⁸⁷ *Uhle*, NVwZ 2017, 583 (589); ähnlich *Hillgruber*, JA 2017, 398 (400).

⁸⁸ Siehe BVerfGE 144, 20 (223 f. Rn. 581 ff.).

⁸⁹ Siehe BVerfGE 144, 20 (231 ff. Rn. 600 ff.).

⁹⁰ Vgl. *Kingreen*, Jura 2017, 499 (505 f.), wonach „konkrete Anhaltspunkte von Gewicht“ für die Realisierung der verfassungsfeindlichen Ziele einer Partei gleichbedeutend sind mit einer auf eine individuelle Partei und deren spezifische Verhaltensweisen bezogenen konkreten Gefahr; ähnlich *Ipsen*, RuP 53 (2017), 3 (5 f.). Auch *Känner*, KritV 1 (2019), 57 (64), kritisiert die Unschärfe der Abgrenzung zwischen der Situation, in der konkrete und gewichtige Anhaltspunkte vorliegen, die zumindest möglich erscheinen lassen, dass die Partei ihre verfassungswidrigen Ziele verwirklichen kann, und der Situation, in der eine konkrete Gefahr vorliegt.

⁹¹ Vgl. *Känner*, KritV 1 (2019), 57 (62 f.); insbesondere sei auch das Indiz für die Potentialität, die „Atmosphäre der Angst“ nebulös und schemenhaft, siehe *Shirvani*, DÖV 2017, 477 (481); *Linke*, DÖV 2017, 483 (490).

Diese Kritik der zu hohen Hürden hat vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklung der Parteienlandschaft und der deutlich gesteigerten Bedrohungslage für die freiheitliche demokratische Grundordnung neue Aktualität und zusätzliche Berechtigung erlangt.⁹² Ihr ist vor diesem Hintergrund erst recht zuzustimmen und sie ist zu bekräftigen.⁹³ Ergo: Es bedarf – auch als Korrelat und Kompensation zu dem – mit Recht – sehr liberalen Grundrechtsverständnis des Grundgesetzes (insbesondere bei Art. 5 Abs. 1 S. 1, Art. 8 Abs. 1 GG) – eines strengeren Kurses beim Umgang mit Parteien, die nicht mehr nur verfassungsfeindlich sprechen, sondern die unmittelbar davor stehen, verfassungsfeindliche Programmatik in staatliche Herrschaft umzusetzen.

2. Tendenzielle Neukzentuierung in Richtung von Wehrhaftigkeit und Prävention

a) „Wehret den Anfängen“

Vor dem eingangs geschilderten Hintergrund gilt es, die präventive Seite des Instruments Parteiverbot ins Bewusstsein zu rufen und zu fokussieren: Parteiverbote dürfen nicht erst ansetzen, wenn es bereits weitgehend zu spät ist. Jedenfalls der Blick nach Ungarn oder bis vor kurzem auch nach Polen zeigt, mit welcher Geschwindigkeit sich Umgestaltungsprozesse von einer demokratischen hin zu einer autoritär-illiberalen Ordnung vollziehen können;⁹⁴ in Deutschland hat man mit der Radikalität und dem Tempo solcher Umgestaltungsprozesse zunächst im Winter 1929/30 in Thüringen⁹⁵ und dann vor allem nach dem 30.1.1933 auf Reichsebene⁹⁶ seine eigenen Erfahrungen gemacht. Jedes Mal wirkten dabei Parteien als treibende Kraft, die (jedenfalls als sie die Macht erlangten) keine absolute Mehrheit bei der Wahl erzielt hatten. Der Blick auf die aktuellen Entwicklungen in Mittel- und Südosteuropa der letzten Jahre zeigt auch, dass die systemverändernden Kräfte dabei regelmä-

⁹² Krit. etwa *Sophie Schönberger* im Streitgespräch mit *Marco Wanderwitz*, *Der Spiegel* v. 1.7.2023, S. 30, abrufbar unter https://www.spiegel.de/panorama/justiz/afd-zu-verbieten-cdu-politiker-und-juraprofessorin-im-streitgesprach-a-31868032-8aff-4439-98f6-55a357859f18?sara_ref=re-xx-cp-sh (21.5.2024). Die Kritik wurde durch Recherchen des Netzwerks Correctiv über ein Treffen von AfD-Politikern mit Rechtsextremen und Unternehmern im November 2023 neu entfacht, siehe dazu nur *FAZ* Nr. 14 v. 17.1.2024, S. 2, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/afd-will-weiter-ueber-remigration-reden-19452827.html> (21.5.2024); *Balser u.a.*, *SZ* Nr. 14 v. 18.1.2024, S. 2, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/politik/afd-afd-verbot-ampelkoalition-unionsfraktion-nancy-faeser-1.6334553> (21.5.2024); *Hailbronner* im Interview mit *Sadeghi*, *ZEIT Online* v. 12.1.2024, abrufbar unter <https://www.zeit.de/gesellschaft/2024-01/afd-verbot-partei-verfassungsrecht-demokratie> (4.5.2024).

⁹³ Wie hier *Lübbe-Wolff*, *Verfassungsblog* v. 13.10.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/wehrhafte-demokratie/> (4.5.2024).

⁹⁴ Der Umgestaltungsprozess durch PiS (Polen) und Fidesz (Ungarn) ist eindrücklich nachgezeichnet bei *Ash*, *Europa*, *Eine persönliche Geschichte*, 2023, S. 367 ff.

⁹⁵ Dazu erhellend *Gallus*, *FAZ* Nr. 282 v. 4.12.2023, S. 6, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/geschichte/wuerdelose-hilfestellung-19357815.html> (21.5.2024). Zu Parallelen zwischen der NSDAP und der AfD siehe *Herbert* im Interview mit *Laudenbach*, *SZ* Nr. 13 v. 17.1.2024, S. 10, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/projekte/artikel/kultur/ulrich-herbert-rechtsextremismus-afd-wuensche-waehler-e810654/> (21.2.2024). Insgesamt vergleichbare Zustände mit den frühen 1930er Jahren dagegen ablehnend *Buchsteiner*, *FAZ* Nr. 5 v. 4.2.2024, S. 8, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/demos-gegen-afd-und-rechtsextremismus-2024-ist-nicht-1933-19492224.html> (21.5.2024).

⁹⁶ Zum Tempo der sog. Machtergreifung bzw. des Gleichschaltungsprozesses im Jahre 1933 *Herbert*, *Geschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, 2014, S. 305 ff. Daran jüngst erinnernd *Laschet*, siehe *Schmitz*, *Kölner Stadtanzeiger* v. 6.2.2024, abrufbar unter <https://www.ksta.de/politik/armin-laschet-rede-aachen-demonstration-rechtsextremismus-cdu-lob-hitler-machtergreifung-afd-rechtsextremismus-1-732681> (4.5.2024).

ßig – einem gewissen „Muster“ folgend (siehe Polen, Ungarn, aktuell Slowakei)⁹⁷ – als erstes bei der unabhängigen Justiz⁹⁸ (zumal Verfassungsjustiz⁹⁹), der Verwaltung des Innern (insbesondere Polizei) und den freien Medien (insbesondere öffentlicher Rundfunk) ansetzen.¹⁰⁰ Darüber zeichnen sich Populisten und Extremisten, wie die aktuelle Situation in zahlreichen ausländischen Staaten zeigt, durch Ausgrenzung von bis hin zu Bedrohung und Gewalt gegen andersdenkende Vertreter des „Alt-Systems“ aus.¹⁰¹ Auf diese Weise wird der populistische Staat schrittweise extremer und illiberal-autoritär, denn nur so kann er den „wahren Willen des Volkes“ und die „richtig verstandene“ Verfassung in seinem ideologischen Sinne durchsetzen.¹⁰² Ähnliche Entwicklungen liegen nun auch in Deutschland, insbesondere im Osten, nicht mehr völlig fern.¹⁰³

b) Zuständigkeit(sgrenzen)

Zu einem erhöhten präventiven Schutz der „Verfassung der Mitte“ zuvörderst aufgerufen ist das Bundesverfassungsgericht, das seine Rechtsprechung zu den Voraussetzungen des Parteiverbots in Richtung von mehr Prävention und Wehrhaftigkeit tendenziell modifizieren sollte. Sofern es sich dem Maßstab, der seit 2017 gemäß dem neuen Art. 21 Abs. 3 GG für die Parteienfinanzierung gilt, nur annähert, diesen aber nicht übernimmt, hielte sich das Gericht dabei auch in den funktionell-recht-

⁹⁷ Zu Angriffen auf Justiz und Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa *Huber*, *Der Staat* 56 (2017), 389 (390 ff.).

⁹⁸ *Ginsburg/Huq*, *How to Save a Constitutional Democracy*, 2018, S. 186; *Hailbronner*, *Verfassungsblog* v. 8.12.2018, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/how-can-a-democratic-constitution-survive-an-autocratic-majority-a-report-on-the-presentations-on-the-judiciary/> (4.5.2024); *Volkman*, *Der Staat* 58 (2019), 643 (654 f.).

⁹⁹ Die Entmachtung, politische Okkupation oder Abschaffung der Verfassungsgerichtsbarkeit insb. in Ungarn, Polen, den USA und Israel wird dargestellt von *Voßkuhle*, *Die Zeit* Nr. 48 v. 16.11.2023, S. 8, abrufbar unter <https://www.zeit.de/2023/48/entmachtung-verfassungsgerichte-demokratie-bundesverfassungsgericht> (21.5.2024). Vgl. auch *ders.*, *JZ* 2024, 1 ff. Zur Sonderfunktion der Verfassungsgerichte für funktionale Resilienz-sicherung *Gärditz*, *NJW* 2024, 407 (409) m.w.N., der auch eine Absicherung der Stellung (Wahlverfahren, Zahl und Größe der Senate, Amtszeit der Richterinnen und Richter) des BVerfG im GG selbst (Art. 94 GG) für sinnvoll erachtet.

¹⁰⁰ *Ginsburg/Huq*, *How to Save a Constitutional Democracy*, 2018, S. 38 ff., 77 ff. bezeichnen Putsche und Staatsstreich als Instrument von gestern; durchgesetzt habe sich ein langsamerer und subtilerer Weg, der stattfindet, nachdem ein etabliertes Parteiensystem durch Wahllentscheidungen zusammengebrochen ist und/oder charismatische Führungsfiguren an die Macht gelangen. Diesen „eher schleichenden Weg“, sämtliche Institutionen der liberalen Demokratie schrittweise auszuhöhlen, beschreibt auch Terrorismusforscher *Neumann*, *zdfheute* v. 23.12.2023, abrufbar unter <https://www.zdf.de/nachrichten/politik/deutschland/vosskuhle-neumann-warnung-afd-erfolg-systemveraenderung-100.html> (4.5.2024).

¹⁰¹ *Voßkuhle*, *Der Staat* 57 (2018), 119 (130 f.).

¹⁰² *Voßkuhle*, *Der Staat* 57 (2018), 119 (130 f.); vgl. auch *Güntner*, *Neue Zürcher Zeitung* v. 3.5.2016, S. 14, abrufbar unter <https://www.nzz.ch/meinung/kommentare/populismus-verfemte-volksnaehe-ld.17600> (21.5.2024); *Gärditz*, *NJW* 2024, 407 (408).

¹⁰³ Siehe *Sturm*, *Der Tagesspiegel* Nr. 25470 v. 28.12.2023, S. 16 f., abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/politik/union-ubernimmt-begriffe-der-afd-debatte-uber-den-umgang-mit-der-rechtspartei-10982266.html> (21.5.2024); ferner *Haupt/Soldt*, *FAZ* Einspruch v. 14.1.2024., abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/afd-geheimtreffen-nazi-plaene-als-vorbild-nicht-gescheut-19447539.html> (21.5.2024). Bei den Landtagswahlen im September 2024 in Sachsen, Thüringen und Brandenburg wird die AfD nach einer Forsa-Umfrage v. 11.1.2024 über 30 % erhalten; mit einer Dreittelmehrheit könnte sie gewisse Entscheidungen im Parlament blockieren, siehe dazu *Hähnig/Modersohn/Nejezchleba*, *Die Zeit* Nr. 4 v. 18.1.2024, S. 3., abrufbar unter <https://www.zeit.de/2024/04/afd-ostdeutschland-landtagswahlen-regierung> (21.5.2024). Siehe allgemein zur Landtagswahl in Thüringen das Thüringen-Projekt des Verfassungsblogs, alle Artikel abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/thuringen-projekt/> (4.5.2024); ferner *Debes*, *Deutschland der Extreme*, 2024.

lichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung *de constitutione lata* und handelte nicht als (verfassungsändernder) „Ersatzgeber“ *de constitutione ferenda*. Soll die Hürde für ein Verbot dagegen verfassungspolitisch auf die Ebene des Art. 21 Abs. 3 GG oder darunter abgesenkt werden, so bliebe nur der Weg über Art. 79 Abs. 2 GG.

Für eine Modifikation der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Richtung von mehr Prävention und Wehrhaftigkeit kommen kumulativ zwei Ansätze in Betracht: Das Verständnis von der Beeinträchtigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung und das Potentialitätskriterium.

c) **Freiheitliche demokratische Grundordnung**

Zunächst ist das Verständnis der freiheitlichen demokratischen Grundordnung in den Blick zu nehmen. Die vom Bundesverfassungsgericht herausgearbeiteten Parameter, die die freiheitliche demokratische Grundordnung präzisieren – Menschenwürde, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit – sind nicht auf traditionelle Typisierungen angewiesen.¹⁰⁴ Sie können in der Phase, in der wir uns aktuell befinden, nämlich der (seit 1949 erstmaligen) existentiellen Gefährdung des freiheitlichen demokratischen Verfassungsstaates durch auf Systemveränderung angelegte extremistische Parteien, in Stellung gebracht werden. Bei diesem Ansatz geht es weniger um eine Modifikation als um eine Neuaufwertung, einer weiteren Konkretisierung des Begriffs im Lichte der neuen Herausforderungen für die Demokratie und der Schutzverantwortung der öffentlichen Gewalt.

Ausgangspunkt der freiheitlichen demokratischen Grundordnung ist – wie das Bundesverfassungsgericht zutreffend festgestellt hat¹⁰⁵ – die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG). Diese umfasst die Wahrung personaler Individualität, Identität und Integrität sowie die elementare Rechtsgleichheit; in ihr wurzelt die besonders bedrohte Selbstbestimmung in gleicher Freiheit.¹⁰⁶

Parteiverbote sichern vor diesem Hintergrund nicht ausschließlich den demokratischen Prozess, sondern schützen auch die Rechte der Menschen, die unter einer gemeinsamen Herrschaftsordnung leben müssen und deren Ansprüche auf Würde, Freiheit und Gleichheit gerade demokratischen Mehrheiten entgegengehalten werden können.¹⁰⁷ Für die Frage, ob eine Partei die freiheitliche demokratische Grundordnung beeinträchtigen will, kommt es deshalb auch darauf an, was sie mit fiktiven demokratischen Mehrheiten inhaltlich anstrebt und was dies für die Menschen bedeuten würde.¹⁰⁸ Richtet sich ihre Agenda auf die Ausgrenzung oder Entrechtung von Teilen der Bevölkerung, will sie also die elementare Rechtsgleichheit und die demokratische Egalität aller Bürgerinnen und Bürger beeinträchtigen bzw. beseitigen, stellt dies einen Angriff auf die Menschenwürde dar.¹⁰⁹ Die demokratische Egalität ist nicht erst betroffen, wenn Extremisten Machtmittel einsetzen; sie ist bereits gestört, wenn Teile der Bevölkerung am demokratischen Prozess nur noch unter einer Kulisse der Einschüchterung teilnehmen können und bei einer politischen Wende die ersten Opfer wären, mit denen man „aufräumt“.¹¹⁰ Insofern kommt in Art. 21 Abs. 2 GG (i.V.m. Art. 2 Abs. 1 S. 2 GG) eine

¹⁰⁴ Gärditz, JZ 2023, 1082 (1086).

¹⁰⁵ Siehe BVerfGE 144, 20 (206 Rn. 538).

¹⁰⁶ Siehe BVerfGE 144, 20 (207 Rn. 538 f.; 246 Rn. 635).

¹⁰⁷ Gärditz, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. 1, 2. Aufl. 2022, § 11 Rn. 121.

¹⁰⁸ Gärditz, Blätter für deutsche und internationale Politik 11 (2023), 37 (38).

¹⁰⁹ Vgl. Gärditz, Blätter für deutsche und internationale Politik 11 (2023), 37 (39).

¹¹⁰ Siehe Gärditz, taz v. 11.8.2023, abrufbar unter <https://taz.de/Verbot-der-AfD/!5949570/> (4.5.2024).

Schutzverantwortung des Staates für die vulnerablen Menschen, die durch Rassismus, Antisemitismus, Sexismus, Ableismus und Klassismus in ihrer Existenz gefährdet werden, zum Ausdruck.¹¹¹

Ergänzend dazu kann die Menschenwürde auch in Stellung gebracht werden, wenn es um Extremismus-Szenarien geht, in denen nicht die eben genannten tradierten Vulnerabilitätserfahrungen im Vordergrund stehen.¹¹² Sie kann gleichsam angegriffen werden, wenn der politische Diskurs von Extremisten in solchem Maße bestimmt wird, dass politisches Vertrauen nicht mehr bestehen und gedeihen kann.¹¹³ Individuelle und demokratische Selbstbestimmung in gleicher Freiheit und Würde aller und insbesondere freie Wahlen sind nur möglich, wenn es ein Mindestmaß an Verständigung über eine Realität gibt, die der politischen Gestaltung und Verhandlung vorgelagert ist und sich nicht beliebig konstruieren lässt.¹¹⁴ Wenn eine Partei konkreten Akteuren innerhalb der Gesetzgebung, Verwaltung und Justiz die Legitimität abspricht, indem sie diese Akteure als korrupte Machtelite disqualifiziert, die sich den Staat auf die eine oder andere Weise zur Beute gemacht habe und die unkritischen Massen erfolgreich hierüber täusche,¹¹⁵ kann dies zu einer Erosion von politischem Vertrauen führen, von dem die Legitimation des demokratischen Rechtsstaats abhängt. Die staatliche Verantwortung für die vertrauensstabilisierende Integrität des politischen Diskurses ist Teil der staatlichen Verantwortung für den Bestand der freiheitlichen demokratischen Grundordnung. Das Parteiverbot dient auch dazu, die Voraussetzung dafür zu sichern, dass demokratisches Vertrauen bestehen und gedeihen kann.¹¹⁶ Das Parteiverbot muss greifen können, bevor das demokratische Vertrauen aufgrund des (zu) großen Einflusses von auf Systemveränderung angelegten Parteien bereits zerrüttet ist, denn nur so kann es den politischen Diskurs und damit die freiheitliche demokratische Grundordnung schützen. Dies ist beim Verständnis der freiheitlichen demokratischen Grundordnung stärker zu berücksichtigen.

¹¹¹ Gärditz, taz v. 11.8.2023, abrufbar unter <https://taz.de/Verbot-der-AfD/!5949570/> (4.5.2024); zustimmend Fischer-Lescano, Verfassungsblog v. 18.1.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/afd-verbotsverfahren-als-demokratische-pflicht/> (4.5.2024), sowie Hong, Verfassungsblog v. 8.2.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/grundrechtsverwirkung-und-parteiverbote-gegen-radikale-afd-landesver-bande-iii/> (4.5.2024); kritisch Nettessheim, Verfassungsblog v. 31.1.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/funktionen-eines-parteiverbotes/> (4.5.2024).

¹¹² Gärditz, JZ 2023, 1082 (1086).

¹¹³ Etwa durch Alternative Facts, Fake News, Deep Fakes etc. sowie durch systematische Diskreditierung von Wahlen und Verfassungsorganen, vgl. Gärditz, NJW 2024, 407 (408).

¹¹⁴ Vgl. Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, 2008, S. 45 f. Siehe auch Gärditz, NJW 2024, 407 (411). Gefahr für den inländischen Diskurs droht auch von ausländischen Akteuren, die wie inländische Rechtsextremisten ein Interesse daran haben, das Vertrauen in die Handlungsfähigkeit des Staates zu mindern. Innenministerin Faeser stellte jüngst Maßnahmen zur Bekämpfung des Rechtsextremismus in Deutschland vor, u.a. die Einrichtung einer Einheit, die ausländische Desinformationskampagnen früh erkennen und als solche brandmarken soll, siehe nur Haupt, FAZ Nr. 38 v. 14.2.2024, S. 2, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/faeser-stellt-plan-vor-13-massnahmen-gegen-rechtsextreme-19516738.html> (21.5.2024).

¹¹⁵ Vgl. Gärditz, JZ 2023, 1082 (1086); bspw. die Behauptungen, eine konkret erfolgte Wahl sei von den vermeintlichen Siegern manipuliert oder gefälscht, der eigentliche Wahlsieg gestohlen worden (Methode Trump) oder die aktuellen Gerichte seien nicht wirklich unabhängig besetzt, sondern linientreue politische Funktionseliten, die im nach- oder vorauseilenden Gehorsam den Willen der Machthabenden vollstreckten und die man daher auswechseln müsse. Siehe zur Kommunikationsstrategie der Neuen Rechten auch Kramer, FAZ Nr. 27 v. 1.2.2024, S. 15, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/geheimtreffen-mit-afd-in-potsdam-so-verdreht-die-partei-die-realitaet-19487104.html> (21.5.2024).

¹¹⁶ Vgl. Kube, in: Kischel/Kube, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1, 2023, Rn. 80, 82, 84.

d) Potentialität

Das Potentialitätskriterium wurde in der Literatur einerseits stark kritisiert, es setze (zu) hohe Hürden.¹¹⁷ Andererseits wurde es dahingehend verteidigt als die Kritik auf einem Missverständnis beruhe: Die Hürde der Potentialität sei alles andere als hoch, weil das Bundesverfassungsgericht nur die bloße *Möglichkeit* einer Realisierung der verfassungswidrigen Zielsetzung verlange und damit keine zu hohen Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit und zeitliche Nähe des Schadenseintritts stellen wolle.¹¹⁸ Vor diesem Hintergrund ist Klarstellungsbedarf zu konstatieren. Das Bundesverfassungsgericht sollte den Begriff der *Möglichkeit* nachschärfen. Denn so viel steht fest: Das Potentialitätskriterium stellt schon rein faktisch eine hohe Hürde, weil angesichts seiner Unbestimmtheit und infolgedessen der Ungewissheit über den Verfahrensausgang die antragsberechtigten Organe aus Angst vor einem erfolglosen Verfahren, das dem demokratischen Prozess mehr schädigen könnte, nicht willens sein könnten, ein Verbotsverfahren anzustrengen.¹¹⁹

Wollte das Bundesverfassungsgericht in seiner NPD II-Entscheidung tatsächlich eine hohe Hürde setzen, sollte es diese tendenziell moderat absenken – freilich ohne die Erheblichkeitsschwelle gänzlich aufzugeben. Wie weit nach unten eine Absenkung möglich ist, richtet sich danach, zwischen welchen Grenzen der „Korridor zwischen verfassungsrechtlich noch hinnehmbarer Bedeutungslosigkeit [d.h. keine Potentialität] und verfassungspolitisch nicht mehr zu verhindernder Bedeutung“¹²⁰ verläuft. Die Formulierung „konkrete Anhaltspunkte von Gewicht, die einen Erfolg des gegen die Schutzgüter [...] gerichteten Handelns einer Partei zumindest möglich erscheinen lassen“¹²¹ weist einerseits mit der Formulierung „konkrete Anhaltspunkte“ in Richtung der Gefahr, andererseits deutet das „möglich erscheinen lassen“ in Richtung des Risikos. Nach dem Bundesverfassungsgericht soll eine konkrete Gefahr gerade nicht erforderlich sein. Wo genau im Vorfeld zur konkreten Gefahr die Eingriffsschwelle – die *Möglichkeit* erfolgreichen Agierens der Partei gegen die Schutzgüter des Art. 21 Abs. 2 GG – sich verorten lässt, bleibt diffus. Lässt sie sich in die tradierte Dogmatik einordnen oder hat das Bundesverfassungsgericht damit eine neue Figur erschaffen?

In einem ersten Schritt ist eine Negativbestimmung vorzunehmen, also die *Möglichkeit* zu dem abzugrenzen, was sie nicht sein soll – eine Gefahr. Eine Gefahr im polizeirechtlichen Sinne liegt vor, wenn eine Sachlage oder ein Verhalten bei ungehindertem Ablauf des zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein geschütztes Rechtsgut schädigen wird.¹²² Die hinreichende Wahrscheinlichkeit, die sowohl zur konkreten als auch zur abstrakten Gefahr gehört,¹²³ liegt zwi-

¹¹⁷ Siehe Ipsen, RuP 53 (2017), 3 (8); ders./Koch, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 21 Rn. 209; Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 82. Lfg., Stand: Januar 2018, Art. 21 Rn. 526 (Schwelle liege „keineswegs niedrig“), 540a; Kluth, ZParl 48 (2017), 676 (686, 690); Towfigh/Keesen, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 7, 205. Lfg., Stand: Juli 2020, Art. 21 Rn. 712.

¹¹⁸ Vgl. Kliegel, in: Modrzejewski/Naumann, Linien der Rechtsprechung des BVerfG, Bd. 5, 2019, S. 375 (402 f.); Kingreen, Jura 2017, 499 (506); Leggewie/Lichdi/Meier, RuP 3 (2017), 324 (334). Lübke-Wolff, Verfassungsblog v. 13.10.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/wehrhafte-demokratie/> (4.5.2024). Vermittelnd Streinz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 21 Rn. 233a, das Kriterium der Potentialität erschwere zwar ein Parteiverbot, mache es aber nicht unmöglich.

¹¹⁹ Ähnlich Känner, KritV 1 (2019), 57 (63 f.); ebenso Albrecht, Publicus v. 1.2.2024, abrufbar unter <https://publicus.boorberg.de/wehrhafte-demokratie/> (4.5.2024).

¹²⁰ Kingreen, Jura 2017, 499 (506).

¹²¹ BVerfGE 144, 20 (224 f. Rn. 585 ff.); zuletzt bekräftigt durch BVerfG, Urt. v. 23.1.2024 – 2 BvB 1/19, Rn. 283.

¹²² Siehe nur Kingreen/Poscher, Polizeirecht, 12. Aufl. 2022, § 8 Rn. 2.

¹²³ Graulich, in: Bäcker/Denninger/Graulich, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl. 2021, E. Rn. 132.

schen der Sicherheit und der nahezu, aber nicht völlig auszuschließenden Möglichkeit¹²⁴. Dabei gilt, dass je größer die drohende Schädigung ist, desto geringer die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit sind, und dass umgekehrt die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit wachsen, wenn die Bedeutung der drohenden Schädigung gering ist.¹²⁵ Nach dem Bundesverfassungsgericht verfügt eine Partei über Potentialität, d.h. über hinreichende Wirkungsmöglichkeiten, wenn ein Erreichen der von ihr verfolgten verfassungsfeindlichen Ziele nicht völlig aussichtslos erscheint, und sie von diesen Wirkungsmöglichkeiten auch Gebrauch macht.¹²⁶ Wenn also die *Möglichkeit* erfolgreichen verfassungsfeindlichen Agierens der Partei schon vorliegt, wenn ein Schaden für die Schutzgüter des Art. 21 Abs. 2 GG „nicht völlig aussichtslos erscheint“, kann keine hinreichende Wahrscheinlichkeit im Sinne des polizeirechtlichen Gefahrenbegriffs erforderlich sein.¹²⁷

In einem zweiten Schritt ist nun zu beleuchten, ob die *Möglichkeit* mit dem Risiko gleichgesetzt werden kann. Ein Risiko ist anzunehmen, wenn alles gegen die Wahrscheinlichkeit einer Schädigung spricht, diese aber auch nicht völlig auszuschließen ist; es ist Voraussetzung für Vorsorgemaßnahmen.¹²⁸ Der Unterschied zur Gefahr liegt darin, dass die Wahrscheinlichkeitsprognose nicht mit der gefahrdogmatisch erforderlichen Beurteilungssicherheit abgegeben werden kann.¹²⁹ Es genügt anders als bei der Gefahr, die auf konkrete Anhaltspunkte gegründet sein muss, die bloß abstrakte Möglichkeit eines Schadens.¹³⁰ Das Risiko stellt insofern eine Vorstufe zur Gefahr dar.¹³¹ Es löst zunächst Maßnahmen zur Steuerung und Begrenzung aus, während eine Gefahr durch die Gefahrenabwehrbehörden so schnell und effektiv wie möglich zu beseitigen ist.¹³² Damit passen die *Möglichkeit* und das Risiko einerseits zusammen als beide weniger als die hinreichende Wahrscheinlichkeit für einen Schadenseintritt voraussetzen. Andererseits müssen für die *Möglichkeit* im Sinne der Potentialität „konkrete Anhaltspunkte von Gewicht“ vorliegen.¹³³ Das in der Folge auszusprechende Verbot ist keine Maßnahme zur Steuerung und Begrenzung eines Risikos, das von der verfassungsfeindlich agierenden Partei ausgeht, sondern es beseitigt es.¹³⁴ Die *Möglichkeit* erfolgreichen Agierens der Partei gegen die Schutzgüter des Art. 21 Abs. 2 GG lässt sich somit weder der Gefahren- noch der Risikoebene eindeutig zuordnen. Das Bundesverfassungsgericht scheint hier eine in sich wider-

¹²⁴ Siehe nur *Kingreen/Poscher*, Polizeirecht, 12. Aufl. 2022, § 8 Rn. 7.

¹²⁵ Siehe nur *Kingreen/Poscher*, Polizeirecht, 12. Aufl. 2022, § 8 Rn. 7 m.w.N.

¹²⁶ BVerfG, Urt. v. 23.1.2024 – 2 BvB 1/19, Rn. 284.

¹²⁷ Nur so kann auch eine Abgrenzung zur Tatbestandsalternative der Gefährdung des Bestands der Bundesrepublik gelingen, denn für das Gefährden genügt entsprechend den polizeirechtlichen Grundsätzen die hohe Wahrscheinlichkeit der Beeinträchtigung des Schutzobjekts, vgl. *Morlok*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 21 Rn. 153.

¹²⁸ Der Risikobegriff wird im Detail unterschiedlich beschrieben, siehe nur *Kingreen/Poscher*, Polizeirecht, 12. Aufl. 2022, § 8 Rn. 6 m.w.N.

¹²⁹ Siehe *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 105; vgl. auch *ders.*, Jura 1996, 566 (570); *Kahl*, DVBl. 2003, 1105 (1107 f.) m.w.N.

¹³⁰ *Volkman*, JZ 2004, 696 (701).

¹³¹ *Kahl*, DVBl. 2003, 1105 (1108) m.w.N.

¹³² Vgl. *Alter*, AöR 140 (2015), 571 (582); *Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 260.

¹³³ Nach *Kingreen*, Jura 2017, 499 (506), grenzt das BVerfG damit das Parteiverbotsverfahren von der bloßen Risikovorsorge ab, die insbesondere durch die Verfassungsschutzbehörden geleistet wird, die die freiheitliche demokratische Grundordnung durch Informationsbeschaffung bereits im Vorfeld der Gefahrenabwehr zu schützen suchen.

¹³⁴ Vgl. *Alter*, AöR 140 (2015), 571 (582).

sprüchliche¹³⁵ neue „Zwitter-Figur“ zwischen den Ebenen geschaffen zu haben – die *konkrete Möglichkeit*.¹³⁶ Sie erfordert anders als die Gefahr konkrete Anhaltspunkte hinsichtlich der Möglichkeit, nicht des (hinreichend wahrscheinlichen) Schadenseintritts. In Abgrenzung zum Risiko geht es nicht um eine abstrakte, sondern konkrete Möglichkeit des Schadenseintritts, d.h. um eine Einzelfallbetrachtung.

In einem dritten Schritt ist die Frage zu beantworten, ob die *konkrete Möglichkeit* durch Nachschärfung seitens des Bundesverfassungsgerichts praktikabel gemacht werden, d.h. der innere Widerspruch aufgelöst werden kann, so dass das Parteiverbot seinem Zweck, Verfassungsschutz im Vorfeld zu gewährleisten, gerecht werden kann. Das Erfordernis der „konkreten Anhaltspunkte von Gewicht“ ist insofern durchaus sinnvoll, um zu verhindern, dass die Eingriffsschwelle zu weit nach vorne verlagert und das Parteiverbot zu einem unzulässigen Gesinnungs- oder Weltanschauungsverbot¹³⁷ wird. Es sind aber operationablere Indizien erforderlich, welche Anhaltspunkte genügen, und insofern bedarf es Klarstellung durch das Bundesverfassungsgericht. Dieses hat bisher zwar einen Orientierungsmaßstab gegeben, nämlich den Erfolg einer Partei bei Wahlen, dieser sollte aber wie folgt konkretisiert werden: Für die Potentialität muss die Möglichkeit von politischer Blockademacht genügen, denn diese kann systemgefährdend sein, wenn rechnerische Mehrheiten gegen eine extremistische Partei politisch immer heterogener werden müssen und dann durch faktische Handlungsunfähigkeit sowie innere Zerrüttung gerade den Stoff liefern, der Systemunzufriedenheit den Nährboden bereitet.¹³⁸ Insofern sollte die Möglichkeit, mehr als ein Drittel der *Sitze* in einem Landesparlament oder im Bundestag (nicht: mehr als ein Drittel der Stimmen) zu gewinnen, genügen. Bei der Frage, zu welchem Zeitpunkt diese Möglichkeit besteht, kann man sich an Umfragewerten und der Parteienforschung orientieren. Dabei soll die Potentialität nicht erst in dem Moment vorliegen, wenn eine Partei zum ersten Mal in einer Umfrage bei einer hypothetischen Wahl am nächsten Sonntag mindestens ein Drittel der Parlamentssitze gewinnen würde, sondern wenn sich eine solche Entwicklung konkret abzeichnet.¹³⁹ Mehr Beachtung finden müssen zudem Verfassungsschutzberichte.

¹³⁵ Ähnlich *Leggewie/Lichdi/Meier*, RuP 3 (2017), 324 (336), die kritisieren, die Potentialität begnüge sich mit einem Erfolg, der „nicht völlig ausgeschlossen“ werden kann. Bezogen darauf aber könnten die „konkreten Anhaltspunkte von Gewicht“ weder konkret werden noch ein Gewicht erlangen.

¹³⁶ Angelehnt an *Gärditz*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. 1, 2. Aufl. 2022, § 11 Rn. 128, könnte man diese Figur außerhalb der tradierten Dogmatik in einem „besonderen Demokratie-Risikoverwaltungsrecht“ verorten.

¹³⁷ Näher *Alter*, AöR 140 (2015), 571 (583 ff.).

¹³⁸ Nach *Gärditz*, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 11 (2023), 37 (37 f.); zum Gefährdungspotential durch „systemfeindliche Sperrminoritäten“ *ders.*, NJW 2024, 407 (408).

¹³⁹ Aktuell ist die Potentialität der AfD bundesweit bzw. zumindest in den östlichen Bundesländern wohl gegeben. Schwierig nachzuweisen wäre ihre Verfassungsfeindlichkeit, denn sie hat (anders als die frühere NPD) kein verfassungsfeindliches Programm. Anknüpfungspunkte wären u.a. Äußerungen ihrer Funktionäre und deren Vernetzungen mit der rechtsextremistischen Szene, so *Möllers*, siehe *Laudenbach*, SZ Nr. 285 v. 11.12.2023, S. 10 f., abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/kultur/afd-verbotsverfahren-verfassungsjurist-christoph-moellers-1.6315929> (21.5.2024); *Waldhoff* im ZDF „Heute Journal“ v. 11.1.2024, abrufbar unter <https://www.zdf.de/nachrichten-sendungen/heute-journal/heute-journal-vom-11-januar-2024-100.html> (21.5.2024); *Papier* im Interview mit *Jahberg/Müller-Neuhof*, Tagesspiegel Nr. 25486 v. 13.1.2024, S. 17, abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/politik/ex-verfassungsgerichtsprasident-hans-jurgen-papier-einen-verbotsantrag-gegen-die-afd-halte-ich-fur-falsch-11039719.html> (9.5.2024). Nicht zuzustimmen ist *Rath*, LTO v. 11.3.2024, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/54075/ (9.5.2024), nach dem mit einem Verbotsantrag gewartet werden sollte, bis etwa in AfD-regierten Bundesländern andere Parteien systematisch an der Arbeit gehindert werden oder wenn die Gerichte personell auf Parteilinie gebracht werden. Eine von der AfD ausgehende Gefahr für die Verfassung ablehnend *Hufen*, FAZ Nr. 21 v. 25.1.2024, S. 6, abrufbar unter <https://www.faz.net/einspruch/keine-wirkliche-gefahr-fuer-die-verfassung-19471243.html> (21.5.2024).

Wenn Teilorganisationen¹⁴⁰ oder einzelne Landesverbände¹⁴¹ als gesichert rechtsextremistisch eingestuft sind, sollte dies gewichtiges Indiz sein.¹⁴² Sicherlich können Verfassungsschutzberichte nicht die Tatsachenermittlung und Beweisaufnahme durch das Bundesverfassungsgericht ersetzen. Zumindest richtungsweisend ist aber auch ihre Auswertung durch die Verwaltungsgerichte in Verfahren um Einstufungen der Verfassungsschutzbehörden.¹⁴³ Im Hinblick auf extremistische Landesverbände sollte schon bei der Möglichkeit der Beeinträchtigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung in *einem* Bundesland ein Verbot für die Gesamtpartei in Betracht kommen. Zwar kann ein Landesverband allein die freiheitliche demokratische Ordnung des Grundgesetzes kaum „aus den Angeln“ heben, jedoch können Erfolge in einem Bundesland „die Möglichkeit solcher Erfolge auch in anderen Bundesländern“ indizieren.¹⁴⁴ Schon wenn ein Bundesland in den Extremismus kippt, wäre die Grundordnung gefährdet, weil im föderalistischen Staat die Länder die Hauptverantwortung für die Machtmittel der Exekutive tragen (vgl. Art. 83–90 GG).¹⁴⁵ Im Übrigen kann das Bundesverfassungsgericht infolge eines Verbotsantrags bezogen auf die Gesamtpartei nach § 46 Abs. 2 BVerfGG auch ein Teilverbot aussprechen.¹⁴⁶

Bei alledem sollte miteinbezogen werden, dass effektive abgesonderte „Machträume“ einer Partei, d.h. die Staatsgewalt exkludierende Bereiche, auch virtueller Natur sein – man denke etwa an Telegram-Gruppen – und so auf das politische Gemeinwesen Einfluss gewinnen können.¹⁴⁷

¹⁴⁰ In Bezug auf die Einstufung der AfD-Jugendorganisation, der Jungen Alternative, als gesichert extremistische Bestrebung durch das Bundesamt für Verfassungsschutz ist strittig, ob ein Vereinsverbot nach Art. 9 Abs. 2 GG oder ein Verbotsantrag nach Art. 21 Abs. 2 GG möglich wäre. Für ersteres *Steinke*, SZ Nr. 19 v. 24.1.2024, S. 5, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/politik/afd-jugendorganisation-verbot-1.6337095> (21.5.2024); für letzteres *Möllers* im Interview mit *Steinke*, SZ Nr. 22 v. 27./28.1.2024, S. 2, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/projekte/artikel/politik/afd-verbot-verfassungsjurist-christoph-moellers-interview-e737105/> (21.5.2024); *Groh*, Verfassungsblog v. 15.2.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/das-kleine-partei-verbot/> (9.5.2024).

¹⁴¹ Bisher wurden durch die Verfassungsschutzbehörden die AfD-Landesverbände Thüringen, Sachsen und Sachsen-Anhalt als „gesichert rechtsextrem“ und die Landesverbände Bayern, Baden-Württemberg, Hessen, Niedersachsen und Brandenburg jeweils als „Verdachtsfall“ eingestuft.

¹⁴² Kritisch *Leggewie/Meier*, FAZ Nr. 40 v. 16.2.2024, S. 14, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/clauss-leggewie-zum-nutzen-des-verfassungsschutzes-19521955.html> (21.5.2024).

¹⁴³ Siehe zur Einstufung der AfD als Verdachtsfall durch das Bundesamt für Verfassungsschutz *VG Köln* NVwZ 2023, 279; bestätigt durch OVG Münster, Urt. v. 13.5.2024 – 5 A 1216/22, 5 A 1217/22 und 5 A 1218/22.

¹⁴⁴ *Lübbe-Wolff*, Verfassungsblog v. 13.10.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/wehrhafte-demokratie/> (9.5.2024); zustimmend *Hong*, Verfassungsblog v. 7.2.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/grundrechtsverwirkung-und-parteiverbote-gegen-radikale-afd-landesverbände-ii/> (9.5.2024).

¹⁴⁵ So *Gärditz* im Interview, FAZ Nr. 36 v. 10.9.2023, S. 5, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/afd-staatsrechtler-ferdinand-gaerditz-fordert-ein-verbot-der-partei-19159877.html> (21.5.2024); *ders.*, Blätter für deutsche und internationale Politik 11 (2023), 37 (40); zustimmend *Hong*, Verfassungsblog v. 7.2.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/grundrechtsverwirkung-und-parteiverbote-gegen-radikale-afd-landesverbände-ii/> (9.5.2024); a.A. *Hufen*, FAZ Nr. 21 v. 25.1.2024, S. 6, abrufbar unter <https://www.faz.net/einspruch/keine-wirkliche-gefahr-fuer-die-verfassung-19471243.html> (21.5.2024).

¹⁴⁶ Für die Zulässigkeit schon der Begrenzung des Verbotsantrags auf eine Teilgliederung wie einen Landesverband *Gärditz*, Blätter für deutsche und internationale Politik 11 (2023), 37 (40); *Hong*, Verfassungsblog v. 7.2.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/grundrechtsverwirkung-und-parteiverbote-gegen-radikale-afd-landesverbände-ii/> (9.5.2024); *Lübbe-Wolff*, Verfassungsblog v. 13.10.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/wehrhafte-demokratie/> (9.5.2024); *Rath*, taz v. 18.8.2023, abrufbar unter <https://taz.de/Debatte-um-Teilverbot-der-AfD/!5950428/> (9.5.2024). Gegen die Zulässigkeit und für die Notwendigkeit einer Änderung des § 43 Abs. 1 BVerfGG de lege ferenda *Heußner/Pautsch/de Haan*, NJ 2024, 97 (98 f.).

¹⁴⁷ Auf eine zunehmend virtualisierte Öffentlichkeit weist auch *Fahrner*, Die freiheitlich demokratische Grundordnung, 2023, S. 271, hin.

Es zeigt sich, dass die *konkrete Möglichkeit* so nachgeschärft werden kann, dass das Parteiverbot weit im Vorfeld einer Gefahr greifen kann, ohne Gesinnungs- und Weltanschauungsverbot zu sein. Die erforderlichen Anhaltspunkte müssen konkret sein, doch sie müssen sich „nur“ auf die Möglichkeit beziehen. Den mit einem weit vorverlagerten Präventionstatbestand verbundenen Gefahren des Ausuferns und des Missbrauchs kann mit deutlichen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts, strengen Beweisanforderungen sowie umfänglichen Verfahrenssicherungen entgegengewirkt werden.¹⁴⁸

e) Einwände

aa) Demokratiewidrigkeit

Ein Parteiverbot wird oft als demokratiewidrig kritisiert, da dadurch den Wählern der betroffenen Partei faktisch ihre Stimme entzogen und ein inhaltliches Angebot aus dem politischen Diskurs entfernt würde. Mitglieder und Wähler würden darauf wahrscheinlich nur mit massiver Frustration und weiterer Radikalisierung reagieren. Die Demokratie solle primär mit politischen Maßnahmen verteidigt werden.¹⁴⁹ Das Verbot sei das Mittel desjenigen, der sich nicht mehr zu helfen weiß.¹⁵⁰

Diese Argumentation verkennt, dass extremistische Parteien die Politik stets vor ein Dilemma stellen: Wenn man sie gewähren lässt, könnten sie an Einfluss gewinnen; wenn man sie verbietet, könnten sie sich als Opfer stilisieren und ihre Anhängerschaft mobilisieren.¹⁵¹ Man kann aber nicht eine verfassungsfeindliche Partei zulassen, weil man Angst vor den Folgen des Verbots hat.¹⁵² Das Parteiverbot hat schlicht einen realistischen Blick auf die Menschen, die ihre Wahlentscheidung aus sehr heterogenen Gründen – etwa Ideologie, Frustration über politische Institutionen, antiautoritärer Protest oder Verlustängste – treffen und dabei selbst ein unvermeidbares Risiko des demokratischen Prozesses bleiben.¹⁵³ Demokratische Willensbildung kann und soll politische Klugheit nicht garantieren; auf eine gewisse Mindestklugheit ist der Rechtsstaat aber angewiesen und eine Demokratie braucht auch Regeln für den Enttäuschungsfall.¹⁵⁴ Das Parteiverbot ist eine solche und insofern ein legitimes Instrument, um Extremismus an der Wahlurne kleinzuhalten. Der Ausschluss der von der Partei repräsentierten Ideen greift zwar in das Wahlsystem ein,¹⁵⁵ ist aber als ein notwendiges Übel hinzunehmen.¹⁵⁶ Im Übrigen werden Meinungen keineswegs komplett aus dem gesellschaftlichen Diskurs ausgeschlossen, nur aus dem Wettbewerb um die Teilhabe an der Herrschaft, nicht aber aus dem von der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG) geschützten Bereich, denn dieser erfasst auch verfassungsfeindliche Positionen¹⁵⁷. Die Instrumente der wehrhaften Demokratie wol-

¹⁴⁸ Vgl. *Streinz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 21 Rn. 233.

¹⁴⁹ Vgl. v. *Lucke*, Blätter für deutsche und internationale Politik 9 (2023), 5 (7).

¹⁵⁰ v. *Altenbockum*, FAZ Nr. 14/3 v. 17.1.2024, S. 1, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/afd-verbot-das-mittel-derer-die-sich-nicht-mehr-zu-helfen-wissen-19452963.html> (21.5.2024).

¹⁵¹ So *Steinbeis*, Tagesthemen v. 19.1.2024, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/multimedia/sendung/tagesthemen/video-1296422.html> (9.5.2024).

¹⁵² So *Möllers*, siehe *Laudenbach*, SZ Nr. 285 v. 11.12.2023, S. 10 f., abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/kultur/afd-verbotsverfahren-verfassungsjurist-christoph-moellers-1.6315929> (21.5.2024).

¹⁵³ *Gärditz*, Blätter für deutsche und internationale Politik 11 (2023), 37 (38).

¹⁵⁴ Siehe *Gärditz*, NJW 2024, 407 (411).

¹⁵⁵ Vgl. *Shirvani*, Das Parteienrecht und der Strukturwandel im Parteiensystem, 2010, S. 291.

¹⁵⁶ *Gärditz*, in: Dietrich u.a., Handbuch Sicherheits- und Staatsschutzrecht, 2022, § 32 Rn. 8.

¹⁵⁷ BVerfGE 85, 1 (16); 90, 241 (248 f.); 93, 266 (293 f.); 124, 300 (320 f.); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 5; *Kaiser*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5

len kein Ende der politischen Vielfalt; die Verfassung der Mitte stellt mit ihrer Hilfe Staat und Gesellschaft vor die Aufgabe, sich über die Bedingungen und Grenzen des demokratischen Diskurses zu verständigen und dadurch dessen Fortbestand zu sichern.¹⁵⁸ Der Staat sollte verfassungsfeindliche Aktivitäten, die man grundrechtlich hinnehmen muss, nicht auch noch aktiv fördern.¹⁵⁹ Ein Parteiverbotsantrag ist kein Ersatz für überzeugende Politik und inhaltliche Auseinandersetzung. In Begleitung von Öffentlichkeitsarbeit kann er der Demokratie aber eine „Atempause“ verschaffen.¹⁶⁰ Zukünftige Verbotsverfahren würden vermutlich auch nicht so lange dauern wie noch bei der NPD.¹⁶¹

bb) Grundrechtsverwirkung nach Art. 18 GG

In der Diskussion um den Umgang mit extremistischen Parteien und deren Mitglieder wird die Grundrechtsverwirkung gem. Art. 18 GG als vorteilhaft gegenüber einem Parteiverbot erachtet.¹⁶² Die Feststellung der Verwirkung durch das Bundesverfassungsgericht (vgl. § 39 Abs. 1 BVerfGG) hat kein Verbot der Grundrechtsausübung zur Folge, sie nimmt dem Betroffenen „nur“ die Möglichkeit, sich auf diese zu berufen.¹⁶³ Sie kann nach § 39 Abs. 2 BVerfGG mit der Aberkennung des Wahlrechts, der Wählbarkeit und der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter verbunden werden.¹⁶⁴ Damit ermögliche die Grundrechtsverwirkung, gezielt die Wirkungsmöglichkeiten derjenigen zu beschneiden, denen tatsächlich ein relevanter Missbrauch vorgeworfen werden kann und ferner erfordere es

Abs. 1, Abs. 2 Rn. 60; *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 76.

¹⁵⁸ Siehe *Voßkuhle*, Die Verfassung der Mitte, 2016, S. 32.

¹⁵⁹ *Gärditz*, NJW 2024, 407 (411); *ders.*, FAZ Nr. 255 v. 2.11.2023, S. 12, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/das-staatsverstaendnis-des-neuen-stiftungsgesetzes-19283490.html> (21.5.2024).

¹⁶⁰ So *Wanderwitz*, zitiert von *Amann u.a.*, Der Spiegel Nr. 46 v. 11.11.2023, S. 8, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/afd-hoehenflug-hilft-jetzt-nur-noch-ein-parteeiverbot-a-cc651f72-fead-4d82-87ba-80af198df0f1?context=issue> (21.5.2024); vgl. auch *Möllers* im Interview mit *Laudenbach*, SZ Nr. 285 v. 11.12.2023, S. 10 f., abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/kultur/afd-verbotsverfahren-verfassungsjurist-christoph-moellers-1.6315929> (21.5.2024); *Fischer-Lescano*, Verfassungsblog v. 18.1.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/afd-verbotsverfahren-als-demokratische-pflicht/> (9.5.2024).

¹⁶¹ So *Gärditz* im Interview, FAZ Nr. 36 v. 10.9.2023, S. 5, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/afd-staatsrechtler-ferdinand-gaerditz-fordert-ein-verbot-der-partei-19159877.html> (21.5.2024); ebenso *Fischer-Lescano*, Verfassungsblog v. 18.1.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/afd-verbotsverfahren-als-demokratische-pflicht/> (9.5.2024).

¹⁶² So *Lübbe-Wolff*, Verfassungsblog v. 13.10.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/wehrhafte-demokratie/> (9.5.2024). Jüngst erlangte eine Petition der Plattform Campact, die fordert, dem Thüringer AfD-Chef *Björn Höcke* die Grundrechte zu entziehen, große mediale Aufmerksamkeit.

¹⁶³ Statt vieler *Gärditz*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. 3, 2. Aufl. 2022, § 92 Rn. 8; *Pagenkopf*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 18 Rn. 13. A.A. etwa v. *Coelln*, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 4. Aufl. 2024, Art. 18 Rn. 26; wohl auch *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 18 Rn. 23. Nicht betroffen wären die EMRK- und EuGRCh-Grundrechte, siehe nur *Barczak*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 18 Rn. 11.

¹⁶⁴ § 39 Abs. 2 BVerfGG wird z.T. für verfassungswidrig gehalten, da das Wahlrecht nicht explizit in Art. 18 GG aufgeführt ist, siehe nur *Butzer*, in: BeckOK GG, Stand: 15.1.2024, Art. 18 Rn. 14.1 m.w.N.; anders etwa v. *Coelln*, Verfassungsblog v. 22.1.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/keine-grundrechtsverwirkung-statt-parteeiverbot/> (9.5.2024); *Dürig/Klein*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 81 Lfg., Stand: September 2017, Art. 18 Rn. 33. Wegen der dadurch erzeugten Unsicherheiten sprechen sich *Heußner/Pautsch/de Haan*, NJ 2024, 97 (102), für eine Ergänzung des Wortlauts des Art. 18 GG um das aktive und passive Wahlrecht aus.

weniger umfangreiche Ermittlungen, wäre also schneller durchführbar als ein Verbotsverfahren.¹⁶⁵

Im Hinblick auf die Anwendung der Grundrechtsverwirkung auf Parteien bzw. einzelne Parteipolitiker stellt sich allerdings die Frage, ob Art. 21 Abs. 2–4 GG dem nicht entgegensteht.¹⁶⁶ Dies wird zum Teil nicht nur für Verwirkungsverfahren gegen die Partei selbst angenommen, sondern auch für solche gegen Mitglieder und Funktionäre, soweit damit auf Tätigkeiten reagiert wird, die für die Partei vorgenommen werden, denn dies würde das Parteienprivileg aushöhlen.¹⁶⁷ Ein Verwirkungsverfahren für Parteimitglieder oder Funktionäre käme nur in Betracht, wenn es Aktivitäten betrifft, die mit der Parteiarbeit nichts zu tun haben oder sich deutlich von der Parteilinie unterscheiden.¹⁶⁸ Dies geht indes zu weit. Das Parteienprivileg schließt die Anwendung des Art. 18 GG auf Parteimitglieder nicht aus.¹⁶⁹ Art. 18 GG ist auch auf individuelle Parteiaktivitäten anwendbar und ergänzt insoweit die Instrumente aus Art. 21 Abs. 2, 4 GG.¹⁷⁰ Das Parteiverbotsmonopol des Bundesverfassungsgerichts schützt nicht vor jeder Anwendung rechtlich vorgesehener Möglichkeiten individueller Sanktionierung und Prävention verfassungsfeindlichen Handelns.¹⁷¹ Es wäre mit der Sicherung der praktischen Wirksamkeit des Grundsatzes der wehrhaften Demokratie, für die das Grundgesetz eine breite Palette an Reaktions- und Wahlmöglichkeiten zur Verfügung stellen wollte, unvereinbar und würde dem Sinn und Zweck des Art. 18 GG zuwiderlaufen, wenn Art. 18 GG ausgerechnet auf die gefährlichsten Verfassungsfeinde, nämlich diejenigen in hohen Parteiämtern, praktisch nicht anwendbar wäre, sondern deren kommunikative Aktivitäten allein mit einem Verbot der Partei bekämpft werden könnten.¹⁷²

Nichtsdestotrotz ist die Verwirkung im Umgang mit extremistischen Parteipolitikern nicht ein geeigneteres Mittel als ein Parteiverbot. Die Hürden sind ähnlich hoch, so ist gleichfalls maßgeblich, ob die betroffene Person inhaltlich verfassungsfeindliche Positionen vertritt und damit so viel Einfluss zu erlangen droht, dass sie dadurch eine potentialitätsbegründende Gefährdung für die Demokratie begründet.¹⁷³ Außerdem könnte ein Verwirkungsverfahren ohne gleichzeitiges Parteiverbot

¹⁶⁵ Siehe *Lübbe-Wolff*, Verfassungsblog v. 13.10.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/wehrhafte-demokratie/> (9.5.2024).

¹⁶⁶ Etwa v. *Coelln*, Verfassungsblog v. 22.1.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/keine-grundrechtsverwirkung-statt-parteeiverbot/> (9.5.2024); *Barczak*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 18 Rn. 61.

¹⁶⁷ *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 18 Rn. 74 f.; v. *Coelln*, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 4. Aufl. 2024, Art. 18 Rn. 39 f.

¹⁶⁸ *Krebs/Kotzur*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 18 Rn. 28 Fn. 121.

¹⁶⁹ Wie hier *Lübbe-Wolff*, Verfassungsblog v. 13.10.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/wehrhafte-demokratie/> (9.5.2024). Nach *Heußner/Pautsch/de Haan*, NJ 2024, 97 (102), ist durch Verfassungsänderung in Art. 18 GG eine dahingehende Klarstellung dringend geboten.

¹⁷⁰ Wie hier *Hong*, Verfassungsblog v. 6.2.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/grundrechtsverwirkung-und-parteeiverbote-gegen-radikale-afd-landesverbände-i/> (9.5.2024); ebenso *Vöney*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 6, 177. Lfg., Stand: Februar 2016, Art. 18 Rn. 112; wohl auch *Gärditz*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. 3, 2. Aufl. 2022, § 92 Rn. 26.

¹⁷¹ Näher *Lübbe-Wolff*, Verfassungsblog v. 13.10.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/wehrhafte-demokratie/> (9.5.2024).

¹⁷² *Hong*, Verfassungsblog v. 6.2.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/grundrechtsverwirkung-und-parteeiverbote-gegen-radikale-afd-landesverbände-i/> (9.5.2024).

¹⁷³ Vgl. *Hong*, Verfassungsblog v. 6.2.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/grundrechtsverwirkung-und-parteeiverbote-gegen-radikale-afd-landesverbände-i/> (9.5.2024); insb. zur Potentialität *Barczak*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 18 Rn. 47 f.; *Gärditz*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. 3, 2. Aufl. 2022, § 92 Rn. 12; *Lübbe-Wolff*, Verfassungsblog v. 13.10.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/wehrhafte-demokratie/>

nicht verhindern, dass der Betroffene weiterhin informell Einfluss auf die Partei nehmen¹⁷⁴ oder sogleich durch eine radikalere Person ersetzt werden könnte¹⁷⁵. Bei einer großen Anzahl von Extremisten in einer Partei wären Massenverwirkungsverfahren erforderlich. Die Grundrechtsverwirkung würde sich nur anbieten, um gegen Zentralfiguren einer extremistischen Szene vorzugehen und deren politischen Agitationsradius gezielt zu beschränken.¹⁷⁶ Auch in diesem Fall sind die Rechtsfolgen jedoch begrenzt, weil eine Grundrechtsverwirkung die einfachgesetzlichen Betätigungsmöglichkeiten nach Vereins-, Versammlungs-, Gewerbe- oder Beamtenrecht von vornherein unberührt lässt.¹⁷⁷ Zuletzt lässt sich individuellem Extremismus jenseits der politischen Auseinandersetzung bereits wirksam mit dem „Frühwarnsystem“ des Verfassungsschutzes und dem Staatsschutzstrafrecht begegnen.¹⁷⁸ Im Umgang mit extremistischen Parteien ist deshalb das Parteiverbot, bei fehlender Potentialität der Finanzierungsausschluss, das effektivste Instrument.

IV. Schluss

Aufgeworfen wurde die Frage, ob es vor dem Hintergrund einer deutlich verschärften Bedrohungslage für den freiheitlichen demokratischen Verfassungsstaat schärferer Grenzen für radikale, extremistische bzw. verfassungsfeindliche Parteien bedarf. Für die politischen Parteien und deren Mitglieder, deren Freiheit und Gleichheit ein hohes Gut ist (Art. 21 Abs. 1 GG) und die sich auch auf die Kommunikationsgrundrechte (insbesondere Art. 5, 8 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) berufen können, ist – wie für natürliche Personen – vom Leitbild der liberalen, offenen Demokratie auszugehen. Zugleich sind aber auch die Sonderrolle der Parteien als Vermittler im intermediären Sektor zwischen Gesellschaft und Staat und der Grundsatz der wehrhaften Demokratie (bezogen auf die Parteien: Art. 21 Abs. 2–4 GG) gebührend zu berücksichtigen und können insoweit Grenzen ziehen.

In Zeiten des (drohenden) „democratic backsliding“ bedarf es einer erhöhten Wachsamkeit und einer Stärkung des Präventionsgedankens, sei es durch Verfassungsänderung (siehe Art. 21 Abs. 3 GG in der Fassung von 2017), sei es durch dogmatische Nachschärfung des geltenden Rechts (Art. 21 Abs. 2 GG) durch Wissenschaft und vor allem Verfassungsrechtsprechung.¹⁷⁹ Mit Blick auf die – im Lichte des NPD II-Urteils des Bundesverfassungsgerichts zu hohen, jedenfalls teilweise unklaren – Hürden für ein Parteiverbot ist zunächst beim Verständnis der freiheitlichen demokratischen Grund-

demokratie/ (9.5.2024); Vöney, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 6, 177. Lfg., Stand: Februar 2016, Art. 18 Rn. 50.

¹⁷⁴ So Thiele zitiert von Kolter, LTO v. 12.1.2024, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/53628/ (9.5.2024).

¹⁷⁵ Im Hinblick auf den Thüringer AfD-Landesvorsitzenden Höcke weist Voß, FAZ Nr. 21 v. 25.1.2024, S. 13, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/afd-demos-und-demokratie-im-dilemma-wer-gehoert-zu-deutschland-19470945.html> (21.5.2024), darauf hin, dass „ein neuer Hitler [...] und auch kein neuer Trump“ – also eine für die extremistische Bewegung unverzichtbare Person – „da jedenfalls [...] nicht heran[wächst]“.

¹⁷⁶ Gärditz, NJW 2024, 407 (411).

¹⁷⁷ Gärditz, NJW 2024, 407 (411); ders., in: Dietrich u.a., Handbuch Sicherheits- und Staatsschutzrecht, 2022, § 32 Rn. 51; Höfling/Krings, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: Dezember 2023, Art. 18 Rn. 51; Rupp, in: Hablitzel/Wollenschläger, FS Küchenhoff, 1972, S. 653 (661 f.).

¹⁷⁸ Gärditz, in: Dietrich u.a., Handbuch Sicherheits- und Staatsschutzrecht, 2022, § 32 Rn. 59. Die Sperrwirkung des Art. 21 GG steht einer Bestrafung wegen Verstoßes gegen allgemeine Gesetze auch im Rahmen einer Parteitätigkeit nicht entgegen, siehe Streinz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 21 Rn. 220.

¹⁷⁹ Zur Resilienz der Verfassung im Ganzen und gebotenen Nachjustierungen durch Verfassungsänderungen siehe Gärditz, NJW 2024, 407 ff.

ordnung anzusetzen: Hier ist noch deutlicher erstens der Schutz der Menschenwürde gerade von Minderheiten, zweitens der Schutz des demokratischen Vertrauens in den politischen Diskurs unter den Bedingungen von Digitalisierung, Social Media und KI (Stichworte: „alternative facts“, „fake news“, „deep fakes“, etc.) und drittens der Schutz der Integrität staatlicher Einrichtungen, insbesondere Verfassungsorgane, vor systematischer Hetze und Delegitimation (Stichwort: „Tiefer Staat“, „Unrechtsregime“, „Diktatur“) zu akzentuieren. Darüber hinaus bedarf es einer Klarstellung, gegebenenfalls behutsamen richter-rechtlichen Absenkung des Potentialitätskriteriums im (schmalen) Auslegungskorridor, den Wortlaut und Systematik von Art. 21 (Abs. 2 und 3) GG lassen.

Aufs Ganze gesehen korrespondiert mit den Prinzipien von Offenheit, Freiheit und Gleichheit im gesellschaftlichen Bereich, in dem auch die Parteien wurzeln, das den Prinzipien von Wehrhaftigkeit und Prävention im Allgemeinen und der Sonderrolle der Parteien für die politische Willensbildung als Scharniere zwischen Gesellschaft und Staat im Besonderen geschuldete Erfordernis eines effektiven und vor allem präventiven Menschen- und Institutionenschutz vor die Freiheit und Gleichheit aller bedrohenden und auf Systemveränderung ausgehenden Extremisten. Diese sensible und komplexe Spannungslage gilt es, den Herausforderungen der jeweiligen Situation entsprechend im Sinne der Herstellung praktischer Konkordanz (*Konrad Hesse*) in regelmäßigen Abständen zu evaluieren und gegebenenfalls behutsam nachzujustieren. Beim (Nicht-)Gebrauchmachen der hier ausschließlich beleuchteten parteirechtlichen Instrumente, aber auch der sonstigen, arrondierenden Instrumente, etwa Schutz der Integrität des öffentlichen Dienstes (Art. 33 Abs. 5 GG)¹⁸⁰ und des Wahlrechts sowie angemessene personelle und finanzielle Ausstattung der Gerichte und der Verwaltung¹⁸¹, sind stets politische Klugheitsregeln zu beachten und Augenmaß zu bewahren. Ein Parteienfinanzierungsausschluss oder Parteiverbot kommt dabei wegen seiner „demokratieverkürzenden“ (BVerfG) Wirkung stets nur mit Ergänzungsfunktion (*ultima ratio*) in Betracht.¹⁸² In erster Linie muss die Politik der demokratischen Parteien darauf gerichtet bleiben, verloren gegangenes Vertrauen in ihre zutreffende Problemwahrnehmung und vor allem in ihre Problemlösungskompetenz dringend wiederherzustellen. Sie darf sich nicht weiter (aus Sicht vieler Wählerinnen und Wähler) vorrangig mit Fragen beschäftigen, die die Mehrheit der Bevölkerung nicht oder höchstens am Rande interessieren, sondern muss sich den zentralen und drängenden, wenngleich besonders schwierigen, gesellschaftlichen Herausforderungen (insbesondere unkontrollierte illegale Migration) ernsthaft stellen und hierauf ehrliche, transparente Antworten liefern bzw. jedenfalls erklären, warum es diese Antworten auf die Schnelle im rein nationalen Rahmen im Einzelfall möglicherweise nicht geben kann.¹⁸³

¹⁸⁰ Dazu – mit konkreten Reformvorschlägen – *Gärditz*, NJW 2024, 407 (410).

¹⁸¹ Hierzu *Gärditz*, NJW 2024, 407 (411).

¹⁸² Wie hier *Shirvani*, NJW 2024, 624 (625 f.).

¹⁸³ Vgl. *Gärditz*, NJW 2024, 407 (411).

Der praktische Fall: „Geschwisterliebe“ (insbesondere: Entfall der Verjährungshemmung bei irrtumsbedingtem „Nichtverhandeln“ i.R.d. § 203 BGB?)

RA Dr. Stefan Janssen, Frankfurt, RA und Dipl.-Ing. Martin Launer, RA Arne Hildebrandt, Hamburg

Eine grundsätzlich bekannte Situation: Außergerichtliche Verhandlungen über einen streitigen Anspruch hemmen gem. § 203 BGB die Verjährung, solange bis eine Partei die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert. Neben der von der Rechtsprechung bereits bewerteten Sonderkonstellation, in der die Verhandlungen „einschlafen“, ohne dass eine Partei diese ausdrücklich abgebrochen hätte, kann es zu einer weiteren Situation kommen, die bislang weder von der Literatur noch von der Rechtsprechung beleuchtet worden ist, und die sich mit den Gesetzesmaterialien nicht lösen lässt (weil diese nicht „passen“). Verhandeln die Parteien (in der irrigen Annahme), es sei nunmehr eine wirksame, vergleichsweise Lösung herbeigeführt worden, nicht mehr weiter und muss später die Vereinbarung nachgebessert werden, so stellt sich die Frage, zu wessen Lasten der zwischenzeitlich verstrichene Zeitraum im Hinblick auf die Verjährung geht. Der Fall beinhaltet weitere examensrelevante Problemstellungen wie etwa „Vergleichsvereinbarung und deren Wirksamkeit als Rückforderungs-/Prozesshindernis“, „Treuwidrigkeit der Verjährungseinrede und deren Folgen“ sowie das „Konkurrenzverhältnis von § 203 BGB und § 204 BGB bei rechtshängigen Ansprüchen und gleichzeitig stattfindenden außergerichtlichen Verhandlungen“. Der Fall wurde im August 2022 in zweiter Instanz vor dem OLG Oldenburg¹ verhandelt und eignet sich hervorragend, um examensrelevantes Wissen abzufragen. Zudem schult der mitunter recht schwierige Fall die Fähigkeit, eigenständige Lösungsgedanken zu entwickeln.

Sachverhalt (vereinfacht)

Zwillinge A und B sowie der weitere Bruder C werden im Jahre 2010 Erben eines beträchtlichen Vermögens mit jeweils separater Zuordnung, das als Ermessensbegünstigung in einer Stiftung im europäischen Ausland vorgehalten wird. Die Stiftungsstatuten sehen vor, dass pro Jahr gestaffelt lediglich jeweils ein Teilbetrag ausgezahlt werden kann. Da Erbe C einen sehr hohen Geldbetrag sofort benötigt, lässt er sich im Jahre 2011 von seinen Geschwistern A und B aufgrund von mündlichen Abreden jeweils unbefristete Darlehen aus den diesen zugewiesenen Vermögensteilen hingeben, was er hinterher bestreiten wird. Unstreitig werden die Darlehen bereits im Mai 2016 wirksam gekündigt und zurückgefordert. B macht am 8.6.2016 (Eingang bei Gericht) eine entsprechende Klage anhängig. Die Parteien verhandeln sodann außergerichtlich nachweislich ab dem 15.6.2017 und teilen dies dem Gericht am 26.10.2017 mit. Das Gericht setzt den Verhandlungstermin ab und verfügt am 27.10.2017 wie folgt:

„Den Parteien wird aufgegeben, binnen vier Wochen mitzuteilen, ob Vergleichsverhandlungen erfolgreich waren“.

¹ Der Rechtsstreit wurde durch vergleichsweise Einigung der Parteien beendet.

In der Folge kommt es während der Dauer der außergerichtlichen Vergleichsverhandlungen zu mehreren übereinstimmenden Fristverlängerungsanträgen der Streitparteien B und C sowie der zwischenzeitlichen gerichtlichen Vorgabe „Fristverlängerungsanträge formgerecht einzureichen“.

Tatsächlich konnten sich die Parteien zu einem Vergleich durchringen, der am 19.2.2018 notariell beurkundet wird. Danach tritt C seine ihm bei der Stiftung zugewiesene (Rest-)Vermögensposition an A ab; B verzichtet auf eigene Ansprüche, womit sämtliche wechselseitigen Ansprüche mit Abwicklung der Urkunde (insbesondere aus etwaigen Darlehen) erledigt sein sollen. In der Urkunde heißt es dazu wörtlich:

„Mit Erfüllung dieses Anspruches und Abwicklung der Urkunde sollen wechselseitig sämtliche Ansprüche der Erben abgegolten sein, auch aus gegebenen Darlehen oder anderen Rechtsgründen. Soweit noch Rechtsstreitigkeiten geführt werden, sind diese durch Klagerücknahmen der jeweiligen Kläger zu erledigen.“

Der Wert der abzutretenden Vermögensposition des C wird von den Parteien in der Urkunde auf einen rückdatierten Stichtag bestimmt (d.h. 17.7.2017) und mit einem „ca.-Betrag“ i.H.v. 243.000,00 € angegeben.

Letztmalig werden die Parteien nach Ablauf einer weiteren gewährten Fristverlängerung auf den 15.2.2018 (zugestellt am 1.2.2018) dann mit Verfügung vom 27.2.2018 des Gerichts – B und C zugegangen am 2.3.2018 – aufgefordert, mitzuteilen, ob die Vergleichsverhandlungen erfolgreich waren. Eine Rückmeldung der Parteien erfolgt nicht, auch keine Erledigungserklärung oder Klagerücknahme seitens des klagenden B. Die Akte wird sodann bei Gericht mit Verfügung vom 15.5.2018 wegen „mind. 6-monatigen Nichtbetreibens des Verfahrens“ weggelegt.

Im Nachgang zur notariellen Urkunde merkt die Stiftungsverwaltung dann allerdings am 11.6.2018 an, dass die in der Urkunde enthaltenen Daten falsch seien (die Rede ist dort von einem Auszahlungsanspruch eines Kontoguthabens bei der Bank X, in Wirklichkeit handelt es sich aber um eine sog. „Ermessensbegünstigung“ bei einer Bank Z, die keinen unbedingten Auszahlungsanspruch beinhaltet, sondern Auszahlungen ins Ermessen der Stiftungsleitung legt). Die Parteien finden sich daher am 31.1.2019 zu einer notariellen Ergänzungsurkunde zusammen, um die Angaben zu berichtigen. Die Ergänzungsurkunde wird von C, der nicht an dem Termin der Beurkundung teilnahm, am 6.2.2019 nachgenehmigt. Die Unterlagen werden sodann nochmals der Stiftungsleitung zugeleitet, die am 25.3.2019 ein Schreiben aufsetzt, wonach die Abtretung akzeptiert und nunmehr A als Inhaber der Vermögensposition geführt wird.

Im Jahr 2020 entwickelt sich bei A und B der Verdacht, man sei – ohne dies bereits gerichtsfest beweisen zu können – möglicherweise „hereingelegt“ worden, was die Höhe der abgetretenen Vermögensposition betrifft. Im Rahmen einer telefonischen Auskunft wurde seitens der Stiftungsleitung ein weitaus niedrigerer Stand der Vermögensposition mitgeteilt (ohne dies zu konkretisieren bzw. Unterlagen auszureichen).

B schreibt in seiner Wut schon mal den seinerzeitigen Anwalt des C an und hält diesem per E-Mail vom 2.8.2020 vor, „wir“ (gemeint sind A und B) sind offenkundig doch wohl „über den Tisch“ gezogen worden. Der Anwalt des C gibt sich ahnungslos. Der Verdacht erhärtet sich im Jahre 2021 indes tatsächlich. Auf anwaltlichen Druck durch die Stiftungsleitung am 1.7.2021 ausgereichte Unterlagen (detaillierte Vermögensaufstellung, Belastungsanzeige sowie den diesbezüglich von C erteilten Auftrag an die Stiftungsleitung) weisen aus, dass C zu eigenen Gunsten einen Betrag i.H.v. rund 63.000,00 € aus der abgetretenen Vermögensposition im August 2017 – also noch kurz nach dem vereinbarten Stichtag die Werthaltigkeit der abzutretenden Vermögensposition betreffend – zur Tilgung

eigener Steuerverbindlichkeiten verwendet hatte. Im Rahmen der notariellen Beurkundung verschwie er diesen Umstand bewusst.

Die abgetretene Vermögensposition hatte zum Beurkundungsdatum am 19.2.2018 und danach daher nur einen Wert i.H.v. rund 180.000,00 € statt eines Werts von ca. 243.000,00 €. A und B sind empört und wollen sich an der notariellen Urkunde nicht mehr festhalten lassen, sondern nunmehr die ursprünglichen Rückzahlungsansprüche aus den hingegebenen Darlehen in Gänze weiterverfolgen. Eine entsprechende Zahlungsklage wird von A am 3.8.2021 anhängig, B nimmt das Verfahren aus 2016 ebenfalls am 3.8.2021 wieder auf.

C wendet ein, die notarielle Urkunde sei erfüllt, abgewickelt und wirksam. Dem Wortlaut nach seien damit alle wechselseitigen Ansprüche erledigt. Die Urkunde stelle demnach ein Prozesshinder­nis dar. Es sei auch alles so korrekt, da zum rückdatierten Stichtag doch 243.000,00 € nachweislich und den Abreden gemäß vorhanden waren. Etwaige Ansprüche seien ohnehin verjährt. Da nach dem 19.2.2018 – notarielle Beurkundung – ersichtlich nicht mehr weiterverhandelt worden sei, sei die ver­jährungshemmende Wirkung von Vergleichsverhandlungen damit entfallen; im Falle des B sei der Entfall sechs Monate nach Eintritt des Stillstands des Verfahrens gem. § 204 Abs. 2 S. 1, 2 BGB² eingetreten, was sich dann in folgenden Verjährungsberechnungen niederschläge:

Verfahren A: 1.1.2017 (Berechnungsbeginn Verjährung des Darlehensrückzahlungsanspruchs gem. § 187 Abs. 1 BGB) bis 14.6.2017 (15.6.2017 ist unstreitiger Beginn Vergleichsverhandlungen) = fünf Monate und 14 Tage; 20.2.2018 (notarielle Beurkundung vom 19.2.2018) bis 2.8.2021 (3.8.2021 Klageerhebung) = drei Jahre, fünf Monate und 13 Tage. Insgesamt drei Jahre, zehn Monate und 27 Tage.

Verfahren B: Entfall der Verjährungshemmung der bereits im Jahre 2016 eingereichten Klage am 27.4.2018 (Letzte Prozesshandlung = Mitteilung über Vergleichsverhandlungen vom 26.10.2017 plus sechs Monate gem. § 204 Abs. 2 S. 1, 2 BGB = 26.4.2018), sodass bis zur Wiederaufnahme des Verfahrens am 3.8.2021 offenkundig bereits ohne Weiteres mehr als drei Jahre verstrichen seien. Bloße Fristverlängerungsanträge seien keine Prozesshandlungen i.S.d. § 204 Abs. 2 S. 2 BGB, sodass deshalb auf die Mitteilung über die Vergleichsverhandlungen an das Gericht abzustellen sei.

A und B hingegen meinen, die Urkunde könne kein Prozesshindernis sein. Dem stünde bereits das betrügerische Vorgehen des C entgegen. Zuletzt sei eine verjährungsrechtliche Konstellation in beiden Fällen nicht festzustellen – sofern es dem C überhaupt noch gestattet sei, die Verjährungseinrede überhaupt zu erheben, was ohnehin unbillig erscheine.

Fallfrage

Können A und B erfolgreich Rückzahlung ihrer Darlehen von C verlangen und gerichtlich durchsetzen?

Bearbeitungshinweis

Es sind alle in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen zu prüfen, ggf. hilfsgutachtlich.

² Zur Zeit des Rechtsstreits war § 204 Abs. 2 S. 2 BGB noch § 204 Abs. 2 S. 3 BGB a.F.

Lösungsvorschlag

Verfahren A	465
I. Rückzahlungsanspruch aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB des A	465
1. Urkunde als Prozesshindernis/Anspruch durch Vergleich untergegangen	465
a) Anfechtung gem. § 123 BGB wegen arglistiger Täuschung	465
b) Vertragsaufhebung aus „c.i.c“ gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB i.V.m § 249 BGB	466
c) Nichterfüllung des Vergleichs	467
d) Weitere denkbare Anspruchsgrundlagen	467
aa) Deliktische Ansprüche	467
bb) § 313 BGB	468
e) Zwischenergebnis	468
2. Einrede der Verjährung	468
a) Verjährungseintritt	468
aa) Ende der Verhandlungen i.S.d. § 203 BGB	468
bb) Zwischenergebnis	470
b) Verjährung – Treuwidrigkeit der Erhebung der Verjährungseinrede	471
c) Zwischenergebnis	473
II. Endergebnis	473
Verfahren B	473
I. Rückzahlungsanspruch aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB des B	473
1. Urkunde als Prozesshindernis/Anspruch durch Vergleich untergegangen?	473
2. Einrede der Verjährung	473
a) Verjährungseintritt	473
aa) Außergerichtliche Verhandlungen im Kontext des § 204 Abs. 2 BGB	473
bb) Bestimmung der letzten Verfahrenshandlung i.S.d. § 204 Abs. 2 S. 2 BGB	476
b) Treuwidrigkeit der Erhebung der Verjährungseinrede	478
aa) Konkludenter Verjährungsverzicht	478
bb) Durch vorangegangene arglistige Täuschung?	478
II. Ergebnis	478
C. Gesamtergebnis	478

Verfahren A

I. Rückzahlungsanspruch aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB des A

Das Darlehen ist zur Rückzahlung fällig. Ist für die Rückzahlung eines Darlehens eine Zeit nicht bestimmt, so hängt die Fälligkeit davon ab, dass der Darlehensgeber oder der Darlehensnehmer das Darlehen kündigt, § 488 Abs. 3 BGB. A hat den Darlehensvertrag laut Sachverhaltsmitteilung wirksam gekündigt. Gem. § 488 Abs. 3 S. 2 BGB beträgt die Kündigungsfrist bei Darlehen, für deren Rückzahlung eine Zeit nicht vereinbart ist, drei Monate. Das Darlehen war deshalb seit August 2016 zur Rückzahlung fällig (ohne dass es hier auf eine genaue Datierung ankäme).

1. Urkunde als Prozesshindernis/Anspruch durch Vergleich untergegangen

Einer Anspruchsdurchsetzung könnte allerdings prozessual die notarielle Urkunde entgegenstehen und materiell-rechtlich könnte der Anspruch durch den außergerichtlichen Vergleich untergegangen sein, da wechselseitige Ansprüche mit Abwicklung und Erfüllung des Vergleichs erledigt sein sollten.

a) Anfechtung gem. § 123 BGB wegen arglistiger Täuschung

Hinweise zu einer Anfechtungserklärung enthält der Sachverhalt nicht. Da der Klageschrift zu entnehmen sein wird, dass sich A an der notariell beurkundeten Erbauseinandersetzung nicht festhalten lassen möchte, kann von einer konkludenten Anfechtungserklärung durch Klageerhebung ausgegangen werden. Ein schriftsätzlicher Vortrag im Rahmen eines Gerichtsverfahrens ist immer dann ausreichend, wenn dieser Wille unzweideutig erkennbar ist.³

Fraglich ist dann, ob die Anfechtungsfrist gem. § 124 BGB eingehalten wurde. Die Frist beginnt im Falle der arglistigen Täuschung mit dem Zeitpunkt, in welchem der Anfechtungsberechtigte die Täuschung entdeckt. Die Täuschung selbst muss als solche erkannt bzw. entdeckt werden; bloße Erkenntnisse, aus denen sich Anhaltspunkte für die wahre Sachlage ergeben, reichen nicht aus.⁴

B hatte am 2.8.2020 dem Anwalt des C eine E-Mail geschrieben, mit der er mitteilte, dass er und A „doch wohl betrogen worden seien“, sodass hier spätestens eine Kenntnis von der Täuschung vorgelegen haben könnte. Klageerhebung erfolgte erst am 3.8.2021. Die Jahresfrist könnte damit bereits abgelaufen sein.

Eine bloße Vermutung bzw. ein Verdacht ersetzen aber keine positive Kenntnis, mag der Verdacht auch noch so stark sein.⁵ Für die Annahme positiver Kenntnis gibt die Sachverhaltsschilderung zu wenig her. Es wird lediglich mitgeteilt, dass der Stand der Vermögensposition offenbar niedriger war als angenommen, ohne dass dies konkretisiert worden wäre oder Unterlagen dazu vorgelegen hätten. Ein niedrigerer Stand als angenommen kann allerdings auch andere Ursachen haben als ausschließlich eine veranlasste Verfügung durch C (z.B. schwankende Investments = niedrigere Aktienkurse). Die Kenntnis von dem geringeren Vermögensstand ist nicht gleichzusetzen mit der notwendigen Entdeckung, von C tatsächlich getäuscht worden zu sein. Tatsächliche Kenntnis wurde erst erlangt am 1.7.2021 mit Ausreichung der Unterlagen durch die Stiftungsverwaltung, denen die Hintergründe der Höhe der Vermögensposition zu entnehmen waren.

³ Z.B. BGH, Urt. v. 10.6.2016 – V ZR 295/14 = WM 2018, 475.

⁴ Z.B. BGH Beschl. v. 18.1.2012 – IV ZR 15/11 = BeckRS 2012, 4949; BGH, Urt. v. 20.5.2009 – VIII ZR 247/06 = NJW 2009, 2532 (2534).

⁵ BGH, Beschl. v. 9.11.2011 – IV ZR 40/09 = VersR 2012, 615; Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Urt. v. 18.4.2012 – 5 U 293/11 – 41 = ZfSch 2013, 100; *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 124 Rn. 3.

Zudem erfolgt keine automatische Wissenszurechnung von B an A, selbst wenn B tatsächlich positiv informiert war⁶:

Der Anspruchsinhaber A müsste sich zwar das Wissen eines Dritten entsprechend § 166 Abs. 1 BGB und mit Rücksicht auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) dann als eigenes Wissen zurechnen lassen, wenn er den Dritten mit der Erledigung bestimmter Angelegenheiten in eigener Verantwortung betraut, insbesondere ihm im Zusammenhang mit der Verfolgung des Anspruchs die Kenntnisnahme von bestimmten Tatsachen oder die Vornahme der erforderlichen Tatsachenfeststellungen übertragen hat; in diesen Fällen ist der Dritte als „Wissensvertreter“ des Anspruchsinhabers zu behandeln.⁷ A hat B nicht mit der Erledigung seiner Angelegenheit, Rückforderung von Darlehensrückzahlungsansprüchen, betraut. Er klagt „sein“ Darlehen selbst ein.

Die arglistige Täuschung ist vorliegend in einem Unterlassen – d.h. Nichtaufklärung bei bestehender Aufklärungspflicht – zu sehen, die C im Zusammenhang mit der Erstellung des Erbauseinandersetzungsvertrages vom 19.2.2018 in Verbindung mit der Nachtragsurkunde anzulasten ist. Denn entscheidend ist hierbei, ob der Gegner aufgrund der konkreten Lage nach Treu und Glauben und nach der Verkehrsauffassung eine Aufklärung über solche Umstände erwarten durfte, die für ihn von entscheidender Bedeutung sind,⁸ und die gebotene Aufklärung bewusst unterbleibt⁹. Eine Pflicht zur Aufklärung besteht insbesondere dann, wenn hinzukommt, dass zwischen den am Vertragsschluss Beteiligten ein persönliches Vertrauensverhältnis (Geschwister) besteht oder begründet werden soll.¹⁰ Hierbei wird man ohne Weiteres davon ausgehen müssen, dass ein zwischenzeitlicher Vermögensabfluss i.H.v. rund einem Viertel des im Vertrag angegebenen Depotwerts (hier: 63.760 € von ursprünglich ca. 243.000 €) bei einem Erbauseinandersetzungsvertrag zwischen Geschwistern aufklärungsbedürftig ist.

A hat seine abgegebene Willenserklärung im Rahmen der notariellen Beurkundung mit Klageerhebung wirksam angefochten.

Hinweis: Wer in der Falllösung dazu kommt, dass eine Verjährung bereits eingetreten war (was nicht gänzlich abwegig erscheint, wenn in der E-Mail des B die Rede von „wir“ ist) oder § 123 BGB gänzlich übersehen hat, weil der Sachverhalt nichts von einer ausdrücklichen Anfechtungserklärung berichtet, muss die nachfolgende(n) Anspruchsgrundlage(n) natürlich besonders sorgfältig prüfen.

b) Vertragsaufhebung aus „c.i.c.“ gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB i.V.m § 249 BGB

Es handelt sich um eine Anspruchsgrundlage, die häufig von Rechtskandidaten übersehen wird. Anders als bei einer Anfechtung ist Rechtsfolge keine Unwirksamkeit der Urkunde „ipso iure“, sondern ein schuldrechtlicher Anspruch auf Vertragsaufhebung. Im Gegensatz zur kurzen einjährigen Anfechtungsfrist gem. § 124 BGB gilt hierbei vorteilhaft die längere Regelverjährung.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs schließen sich die Ansprüche aus arglistiger Täuschung und Ansprüche aus c.i.c. nicht aus, sondern sind nebeneinander möglich.¹¹ Der Anspruch

⁶ Sofern in der E-Mail vom 2.8.2020 von „wir“ die Rede ist, legt dies natürlich die Vermutung nahe, dass B seinem Zwillingbruder A von seinem Verdacht berichtet hat und auch für diesen spricht. Ein gerichtsfester Beweis ist dies allerdings nicht, zumal B diese Annahme im Verfahren kaum bestätigen dürfte.

⁷ BGH, Urt. v. 13.12.2012 – III ZR 298/11 = NJW 2013, 448 m.w.N.

⁸ BGH, Urt. v. 11.8.2010 – XII ZR 192/08 = NJW 2010, 3362; BGH, Urt. v. 20.10.2000 – V ZR 285/99 = NJW 2001, 64.

⁹ Mansel, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 19. Aufl. 2023, § 123 Rn. 5.

¹⁰ BGH, Urt. v. 7.10.1991 – II ZR 194/90 = NJW 1992, 300.

¹¹ Vgl. Nachweise bei Ellenberger, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 123 Rn. 27.

aus c.i.c. wird dabei durch den Ablauf der Frist des § 124 BGB nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht berührt. Stellt die Täuschung zugleich eine c.i.c. dar, bleibt dieser Anspruch auch nach Ablauf der Anfechtungsfrist bestehen.¹²

Da für Ansprüche aus c.i.c. jedes Verschulden genügt, besteht im Übrigen selbst bei nur fahrlässiger Täuschung in der Regel die Möglichkeit, als Schadensersatz (Naturalrestitution) die Rückgängigmachung des Vertrages zu verlangen.¹³ Dem Beklagten C ist in Ansehung der §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB im Zusammenhang mit der Erstellung des Erbauseinandersetzungsvertrags vom 19.2.2018 in Verbindung mit der Nachtragsurkunde eine Aufklärungspflichtverletzung anzulasten, siehe oben.

A hat danach auch einen Anspruch auf Vertragsaufhebung.

c) Nichterfüllung des Vergleichs

Die Voraussetzungen für das Eingreifen der Abgeltungsklausel im Vergleich liegen im Übrigen noch nicht vor. Ausweislich der genannten Klausel in Z. III. der Urkunde vom 19.2.2018 soll eine Erledigung wechselseitiger Ansprüche nämlich mit „Erfüllung und Abwicklung“ der in der Urkunde vereinbarten Ansprüche eintreten. Dies ist nicht der Fall.

C hatte sich zur Abtretung eines Anspruchs verpflichtet, der einen Wert von „ca. 243.000,00 €“ haben sollte. Eine Forderung gegen die vermögensverwaltende Stiftung in dieser Höhe hat A durch die Abtretung indes nie erhalten, weil die Ermessensbegünstigung im Zeitpunkt der Abtretung nur noch einen Wert von 180.000,00 € beinhaltete; der Wert von „ca.“ – also annähernd – 243.000,00 € wurde bei weitem nicht erreicht. Ein durch C verursachter Fehlbetrag von über 63.000,00 € ist auch nicht etwa als irrelevante Größe im Rahmen einer „ca.-Vereinbarung“ zu betrachten.

Dieser Lösungsansatz ist allerdings durchaus streitbar¹⁴, da bei genauer Betrachtung des Wortlauts 243.000,00 € mit Bemessungsstichtag 17.7.2017 abgetreten wurden. Zu diesem Stichtag war der Wert aber tatsächlich vorhanden. Das Verschweigen des Umstands seitens des C im Rahmen der Beurkundung, dass er noch im August 2017 (also nach dem vereinbarten Bewertungsstichtag) rund 63.000,00 € zu eigenen Gunsten aus der Vermögensposition abgezogen hat, sodass der abgetretene Wert im Zeitpunkt der Erlangung der Rechtsposition (mit Abtretung durch notarielle Urkunde) lediglich rund 180.000,00 beträgt, erscheint eher als arglistige Täuschung durch Unterlassen bei bestehender Aufklärungspflicht, sodass eine Lösung über die Rechtsfiguren der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung bzw. Vertragsaufhebung aus c.i.c. systematisch richtiger erscheint.

Hinweis: Dieser Komplex c) kann auch sehr gut zuerst geprüft werden.

d) Weitere denkbare Anspruchsgrundlagen

aa) Deliktische Ansprüche

Deliktische Ansprüche wie z.B. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB oder § 826 BGB, die auf Aufhebung des nachteiligen Vertrags gerichtet sind, finden nach h.M. uneingeschränkt neben dem Anfechtungs-

¹² Vgl. *Ellenberger*, in: *Grüneberg*, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 124 Rn. 1 m.w.N. aus der BGH-Rechtsprechung.

¹³ *Ellenberger*, in: *Grüneberg*, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 123 Rn. 27 sowie *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 311 Rn. 13.

¹⁴ So aber LG Oldenburg, Urt. v. 18.8.2022 – 13 O 1239/16, n.V.

recht Anwendung.¹⁵ Im Unterschied zur c.i.c. muss in jedem Fall ein vorsätzliches Verhalten wie bei § 123 BGB vorliegen. Die unterschiedliche Verjährung nach §§ 195, 199 BGB im Vergleich zur Anfechtungsfrist nach § 124 BGB bereitet keine Bedenken, da derjenige, der vorsätzlich und sittenwidrig schädigt oder den § 263 StGB verwirklicht, nicht schutzbedürftig ist. Dies zeigt auch die Vorschrift des § 853 BGB, wonach sogar nach Eintritt der Verjährung noch ein Leistungsverweigerungsrecht besteht. C hat A absichtlich verschwiegen, dass nach dem vereinbarten Bewertungsstichtag noch Gelder aus der Vermögensposition abgeflossen sind. A hat daher einen Vermögensnachteil erlitten, den C vorsätzlich verursacht hat. Der Tatbestand des Betruges dürfte erfüllt sein. A kann auch aus deliktischen Anspruchsgrundlagen Vertragsaufhebung verlangen.

bb) § 313 BGB

Die Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB kann die Loslösung vom Vertrag infolge eines beachtlichen Motivirrtums betreffen. I.R.d. § 313 BGB haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, wesentlich verändert oder sich als falsch herausgestellt (180.000,00 € statt 243.000,00 €). A wird sich auch auf dieser Grundlage vom Erbauseinandersetzungsvertrag lösen können. Grundsätzlich ist die Rechtsfigur der Anfechtung gegenüber der Störung der Geschäftsgrundlage allerdings vorrangig.

e) Zwischenergebnis

Die Urkunde stellt kein Prozesshindernis dar und der Anspruch ist durch den Vergleich nicht untergegangen.

Hinweis: Eine überdurchschnittlich ansprechende Bearbeitung sollte die Nichterfüllung des Vergleichs, die Anfechtungssituation sowie die „c.i.c.“ erörtern. Ein letztendlich abweichendes Ergebnis von dem hier Gefundenen ist bei Ausschöpfung aller Anspruchsgrundlagen schließlich nicht überzeugend begründbar und erschiene auch klausurtaktisch abwegig.

2. Einrede der Verjährung

a) Verjährungseintritt

aa) Ende der Verhandlungen i.S.d. § 203 BGB

Fraglich ist, wann von einem Ende der Verhandlungen i.S.d. § 203 BGB auszugehen ist: mit Abschluss des ursprünglichen Vergleichs vom 19.2.2018 oder erst mit der Nachgenehmigung vom 6.2.2019 der berichtigen Ergänzungsvereinbarung vom 31.1.2019? Im zweiten Fall wäre die regelmäßige Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen.

Die folgende Problematik lässt sich anhand des Gesetzestextes und der Kasuistik nicht lösen. Keine der Parteien hat die Fortsetzung der Verhandlungen gem. § 203 BGB ausdrücklich verweigert. Vielmehr sind beide denklogisch (zunächst jedenfalls) davon ausgegangen, durch die notarielle Urkunde vom 19.2.2018 sei Erledigung und damit Verhandlungsende eingetreten. Einer Lösung ist sich von daher argumentativ zu nähern:

¹⁵ Vgl. z.B. Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 826 Rn. 66.

(1) Es dürfte zunächst in der Natur der Sache liegen, dass der Abtretungsempfänger nicht mehr weiterverhandelt, wenn er denkt, dass er dies auch nicht müsse, weil eben eine abschließende und wirksame Einigung getroffen worden ist. Er rechnet schlicht nicht mehr damit, überhaupt noch weiter verjährungshemmend (z.B. durch Einreichung einer Klage etc.) tätig werden zu müssen. Umso mehr dürfte dies gelten, wenn es sich um eine notarielle Beurkundung handelt, die nochmals gesteigertes Vertrauen auslöst. Dass er also seinerseits nicht mehr weiterverhandelt, wird man ihm kaum nachteilig und damit spiegelbildlich ausschließlich zugunsten des Anspruchsgegners vorwerfen können, insbesondere wohl dann nicht, wenn er zum Abschluss der Urkunde und damit Beendigung der Vergleichsverhandlungen durch arglistige Täuschung veranlasst worden ist.

Eine Nichtberücksichtigung würde den Umstand der fehlerhaften Urkunde auch einseitig in den Risikobereich des Abtretungsempfängers verorten und den Abtretenden unzulässig privilegieren, obwohl der Abtretungsempfänger im Zeitpunkt der ersten notariellen Beurkundung keine vollzugs- bzw. abwicklungsfähige Urkunde erhalten hat. Dies zeigt sich auch nach außen hin durch den Umstand, dass die Stiftungsleitung die Urkunde moniert, zur Nachbesserung aufgefordert hat und erst nach Korrektur den A als Begünstigten anstelle des C angenommen hat.

(2) Eine verjährungsrechtliche Situation liegt nicht vor, da Vergleichsverhandlungen erst mit Abschluss (Nachgenehmigung) der berichtigenden Ergänzungsurkunde aus Februar 2019 beendet sein können, also in dem Moment, in dem die Urkunde überhaupt einen vollzugsfähigen Inhalt hat und durch den Abtretungsempfänger zweckgerichtet verwendet werden kann. Ein isoliertes Abstellen auf die „unfertige Urkunde“ aus Januar 2018 (weil danach nicht mehr verhandelt worden ist)¹⁶ einseitig zugunsten des Anspruchsgegners dürfte sich verbieten, will man eine unzulässige Bevorteilung des Anspruchsgegners vermeiden.

(3) Wäre hinsichtlich des Endes von verjährungshemmenden Verhandlungen auf die falsche und unfertige erste Urkunde abzustellen, so würde dies bedeuten, dass gerade bei verjährungskritischen Ansprüchen der Abtretende ermuntert würde, zunächst einmal ruhig (zu eigenen Gunsten) falsche Angaben zu machen, um durch den Vergleichsabschluss den Anspruchsgegner in Sicherheit zu wiegen und weitere Zeit zu gewinnen, um später dann, wenn die Falschangaben aufgedeckt werden, kurzerhand die Verjährungseinrede zu erheben.

(4) Die hier vorliegende Konstellation liegt sachlich zumindest näher an einem „Einschlafen“ der Verhandlungen als an einem echten „Abbruch“ von Verhandlungen gem. § 203 BGB, der einzig die Verjährungshemmung bei Verhandlungen entfallen lässt. Auch bei einem „Einschlafen“ von Verhandlungen liegt nach der Rechtsprechung¹⁷ die Lösung so, dass die Hemmung erst dann entfällt, wenn mit einer Erklärung zu rechnen gewesen wäre und diese Handlung sodann nicht erfolgt. Vorliegend ist mit einer Handlung erst dann zu rechnen gewesen, als die Fehlerhaftigkeit der Urkunde seitens der Stiftungsleitung moniert und Nachbesserung verlangt worden ist. Die nachbessernde Ergänzungsurkunde ist aber tatsächlich erfolgt und gerade nicht unterblieben. Überdies wird man wohl dahingehend erkennen können, dass die Abstimmung und Vereinbarung eines neuen Termins (Verhandeln über „ob“, „wie“ und „wann“) hinsichtlich der Ergänzungsurkunde zwecks Berichtigung der fehlerhaften Angaben (nach Kenntniserlangung durch die Stiftungsleitung) als „(weiter-)verhandeln“ im Sinne der Vorschrift zu werten ist.

(5) Würde man den Zeitraum zwischen der ersten und zweiten notariellen Urkunde nicht verjährungshemmend berücksichtigen, so würden die Pflichten im Rahmen einer Abtretung verkehrt. Für die Richtigkeit der Angaben dürfte zunächst der Abtretende verantwortlich sein. Teilt er dem Notar

¹⁶ So aber pauschal ohne weitere Erläuterung LG Oldenburg, Urt. v. 29.12.2021 – 2 O 2001/21, n.V.

¹⁷ BGH, Urt. v. 15.12.2016 – IX ZR 58/16 = WM 2018, 142; BGH, Urt. v. 30.4.2015 – IX ZR 1/13 = WM 2015, 1246.

falsche Angaben mit oder prüft er diese selbst nicht auf Richtigkeit, so wird er kaum zu eigenen Gunsten verlangen können, dass dennoch der bis zur Nachtragsurkunde verstrichene Zeitraum nicht verjährungshemmend berücksichtigt werden darf. Dafür, dass es überhaupt eine berichtigende Nachbeurkundung bedarf, ist der Abtretende verantwortlich, nicht der Abtretungsempfänger, der die mitzuteilenden Daten (Bankverbindung) gar nicht kennt. Wären die Angaben richtig gewesen und wäre der Abtretungsempfänger nicht obendrein getäuscht worden, so gäbe es überhaupt keine Kontroverse über Verjährung, da die Urkunde damit bestand hätte und alle Ansprüche erledigt wären.

(6) Es erscheint treuwidrig gem. § 242 BGB, wenn der Abtretende die berichtigende Ergänzungsurkunde mitträgt und diese nachgenehmigt, und hinterher einwendet, es sei ja bereits Verjährung eingetreten, obwohl diese bereits im Zeitpunkt der Vornahme der Ergänzungsurkunde vorlag und er diese dennoch genehmigt hat. Es bedeutet schließlich einen Widerspruch in sich, wenn der Abtretende daran festhält, dass die Urkunde insgesamt wirksam und vollzugsfähig sei (was denklösig erst insgesamt mit der berichtigenden Nachbeurkundung der Fall ist), zugleich aber der Zeitraum zwischen der ersten und zweiten Beurkundung hinsichtlich der Verjährungshemmung und damit Verjährungsberechnung zu seinen Gunsten nicht mitzählen soll („Cherry Picking“).

(7) Der Abtretungsempfänger ist auch nicht hinreichend dadurch geschützt, dass man dem arglistig täuschenden Abtretenden ggf. die Erhebung der Verjährungseinrede versagt (vgl. I. 2. c)). Denn der Abtretungsempfänger ist auch dann schutzbedürftig, wenn der Abtretende nur fahrlässig und damit nicht arglistig handelt. Auch in diesem Fall kann der aus der Sphäre des Abtretenden stammende Fehler nicht zu dessen Rechtsvorteil führen.

(8) Schließlich könnten noch folgende Gedanken ergänzend fruchtbar gemacht werden:

Wird über einen Anspruch mehrfach verhandelt, sind die dazwischen liegenden Zwischenräume nur dann insgesamt als hemmend zu behandeln, wenn bei wertender Betrachtungsweise die späteren Verhandlungen letztlich nur die Früheren fortführen, was beispielsweise der Fall ist, wenn frühere Verhandlungen eingeschlafen sind und nun – mit Verspätung wiederaufgenommen werden.¹⁸

Etwas anderes kann auch vorliegend nicht gelten, wenn die Parteien vermeintlich zum Abschluss gebrachte Verhandlungen zeitlich nachfolgend erst durch weiteren Rechtsakt (Ergänzungsurkunde und deren finale Nachgenehmigung durch C), aber in Anknüpfung an den Ersten (notarielle Urkunde vom 19.2.2018), tatsächlich erst rechtlich wirksam beenden, da der innere Zusammenhang der beiden Urkunden dann eine verjährungshemmende Klammerwirkung entfaltet.

Nach anderer Ansicht soll nicht auf die verbindende Verhandlungsgrundlage abzustellen sein, sondern allein auf das zeitliche Element. Werden „eingeschlafene“ Verhandlungen wieder aufgenommen, setze mit Wiederaufnahme eine erneute Hemmung mit Rückwirkung ein, sofern ein enger zeitlicher Zusammenhang bestehe.

Vorliegend erschiene es durchaus auch hier angemessen, auf einen solchen engen Zusammenhang zwischen der ersten notariellen Beurkundung und der Ergänzungsurkunde zu erkennen (hier rund elf Monate).¹⁹

bb) Zwischenergebnis

Das pauschal erhobene Argument, es sei abzustellen auf die erste Urkunde aus Januar 2018²⁰, wonach

¹⁸ Sog. „Verbindende Verhandlungsgrundlage“, z.B. OLG Köln, Beschl. v. 1.7.2013 – 5 U 44/13 unter Verweis auf *Peters/Jacoby*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 203 Rn. 12; *Spindler*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 203 Rn. 4 m.w.N.

¹⁹ A.A. sicher vertretbar. Ein enger zeitliche Zusammenhang wurde z.B. vom OLG Koblenz bei einer Pause von 20 Monaten abgelehnt, Ur. v. 16.3.2016 – 10 U 557/15.

²⁰ LG Oldenburg, Ur. v. 29.12.2021 – 2 O 2001/21, n.V.

dann bereits Verjährung eingetreten sei, ist wenig überzeugend, weshalb der Ansatz nach Ansicht der *Verf.* nur sehr schwer vertretbar erscheint. Folgt man diesem, so ergibt sich hinsichtlich der Verjährungsfristen:

1.1.2017 (Regelverjährung beginnt mit Ende des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist, fällig gestellt wurde das Darlehen in 2016) bis 14.6.2017 (unstreitig am 15.6.2017 Beginn Vergleichsverhandlungen und damit Eintritt der Verjährungshemmung) = fünf Monate und 14 Tage;

7.2.2019 Tag nach der Nachgenehmigung der Ergänzungsurkunde vom 6.2.2019 + bis 20.8.2021 (Tag vor Klageerhebung) = zwei Jahre, fünf Monate und 26 Tage; insgesamt: zwei Jahre, elf Monate und zehn Tage.

Ein Verjährungseintritt liegt damit nicht vor.

Hinweis: Eine überdurchschnittlich ansprechende Falllösung sollte das Problem des zeitlichen Anknüpfungspunktes erkennen und herausarbeiten, sodann diskutieren und argumentativ einer Lösung zuführen.

b) Verjährung – Treuwidrigkeit der Erhebung der Verjährungseinrede

Die Erhebung der Verjährungseinrede könnte zudem gegen das Gebot von Treu und Glauben verstoßen, da C den A betrügerisch zu einem Vergleichsabschluss bewegt hatte und dieser deshalb denotwendig keine weiteren verjährungshemmenden Maßnahmen mehr in Betracht zog, da er damit davon ausging, es existiere eine rechtswirksame, finale und streitbeendende Einigung.²¹

Die Verjährungseinrede kann ausnahmsweise eine unzulässige Rechtsausübung bedeuten, sodass diese unbeachtlich ist und der Anspruch als nicht verjährt gilt. Ähnlich wie beim Stillhalteabkommen können auch andere Parteierklärungen geeignet sein, den Anspruchsberechtigten von einer Klage abzuhalten.²²

Eine relevante Veranlassung des Verjährungseintritts ist grundsätzlich allgemein dann gegeben, „wenn der Schuldner durch sein Verhalten eine adäquate (Mit-)Ursache dafür gesetzt hat, dass die Verjährungsfrist verstrichen ist, ohne dass der Anspruch vom Gläubiger geltend gemacht werden konnte. Das mitursächliche Verhalten des Schuldners kann in einem positiven Tun oder in einem Unterlassen bestehen“.²³

Der Bundesgerichtshof geht davon aus, dass der Einrede der Verjährung der Arglistenwand nicht nur dann entgegengesetzt werden kann, wenn der Schuldner den Gläubiger absichtlich von der Erhebung der Klage abgehalten hat. Vielmehr reicht es seiner Ansicht nach aus, dass der Schuldner durch sein Verhalten objektiv – sei es auch unabsichtlich – bewirkt, dass die Klage nicht rechtzeitig erhoben wird, und die spätere Verjährungseinrede unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles mit dem Gebot von Treu und Glauben unvereinbar wäre.²⁴

²¹ ... und deshalb nicht mehr davon ausging, verjährungshemmend prozessieren zu müssen etc.

²² Vgl. zum Ganzen z.B. ausführlich *Schubert*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 242 Rn. 199 ff.

²³ *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2019, § 242 Rn. 553 unter Verweis auf BGH-Rechtsprechung.

²⁴ BGH, Urt. v. 14.11.2013 – IX ZR 215/12 = WM 2014, 854 oder auch BGH, Urt. v. 17.6.2008 – VI ZR 197/07 = MDR 2008, 1216: „[...] ist einem Schuldner die Berufung auf Verjährung dann nicht möglich, wenn er als Schuldner den oder die neuen Gläubiger, sei es auch unabsichtlich, von einer rechtzeitigen Klageerhebung abgehalten hat“ (unter Verweis auf BGH, Urt. v. 7.5.1991 – XII ZR 146/90 = NJW-RR 1991, 1033).

Offenkundig verfehlt wäre es an dieser Stelle, auf andere Fallgruppen der Treuwidrigkeit der Erhebung der Verjährungseinrede abzustellen, so z.B. auf die Schaffung eines Vertrauenstatbestandes dahingehend, dass der Schuldner die Verjährungseinrede nicht erheben werde.²⁵

Der Beklagte hat nachweisbar veranlasst, seine persönlichen Steuerschulden aus der hinterher abgetretenen Vermögensposition bezahlen zu lassen. Dies hat er also im Zeitpunkt des Abschlusses der notariellen Urkunde auch positiv gewusst. Darüber hat er den Kläger absichtlich nicht aufgeklärt, obwohl er dazu aufgrund vorhandener Aufklärungspflichten verpflichtet gewesen wäre. Der Abschluss der Urkunde ist auch ursächlich für eine nicht rechtzeitige Klageerhebung, da diese Urkunde ausweislich des Textes „alle wechselseitigen Ansprüche für erledigt erklärt“, damit keine Klagemöglichkeit mehr gegeben war und A denkllogisch davon ausging, nicht mehr klagen zu müssen bzw. zu können. Es handelt sich objektiv um einen besonders groben Verstoß gegen Treu und Glauben, da es sich zusätzlich um Geschwister handelt, bei denen in der Regel von besonderen und nochmals erhöhten Rücksichtnahmepflichten auszugehen ist.²⁶ Da C aufgrund seiner arglistigen Täuschung die jetzt unwirksame Urkunde zu verantworten hat, kann er sich auch heute nicht auf die Einrede der Verjährung berufen.

Zu fragen ist dann, welche Rechtsfolgen die Treuwidrigkeit der Erhebung der Verjährungseinrede in zeitlicher Sicht auslöst. Hat dies zur Folge, dass eine Verjährung bis in alle Zeit nicht mehr eintritt?

Der Bundesgerichtshof hat zwar entschieden, dass der Gläubiger einer verjährten Forderung, der sich aufgrund des Verhaltens seines Schuldners darauf verlassen durfte, dass dieser sich nicht auf Verjährung berufen werde, seinen Anspruch binnen einer angemessenen, nach Treu und Glauben zu bestimmenden Frist gerichtlich geltend zu machen hat, wenn der Schuldner die Verjährungseinrede schließlich doch erhob. Diese Frist war allerdings kurz zu bemessen – in der Regel einen Monat.²⁷

Den genannten Entscheidungen lagen jedoch jeweils Fälle zugrunde, in denen unter der Geltung des alten Verjährungsrechts, insbesondere vor Einführung des § 203 BGB, über einen mehr oder weniger langen Zeitraum verhandelt oder sogar ein teilweises Anerkenntnis erzielt worden war.

Überdies hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass die kurz bemessenen Fristen nicht pauschal im Falle der Arglist gelten und dass es auch darauf ankommt, anhand von vorliegenden Beweisen und Unterlagen einen rechnerisch an sich verjährten Anspruch mit Aussicht auf Erfolg einklagen zu können.²⁸

Gerichtsfeste Beweise wurden erst durch anwaltlichen Druck beigebracht und vorher von der Stiftung nicht herausgegeben. In den Besitz der Unterlagen kam A erst am 1.7.2021. Die Monatsfrist ist demnach zwar abgelaufen, allerdings nur äußerst geringfügig. Im Einklang mit dem Urteil des Bundesgerichtshofs²⁹, soweit ersichtlich das einzige höchstrichterliche Urteil, das den Fall der Treuwidrigkeit bei arglistiger Täuschung zu beurteilen hatte, ist nach Meinung der Verf. dem C die Erhebung der Verjährungseinrede nach Treu und Glauben abgeschnitten.

²⁵ So aber LG Oldenburg, Urt. v. 29.12.2021 – 2 O 2001/21, n.V. Wenn das LG Oldenburg a.a.O. weitere Tatbestandsvoraussetzungen nennt, so passen diese auf einen Fall der arglistigen Täuschung nicht oder sind im Gegenteil gerade erfüllt, z.B. wenn angeführt wird, „der Gläubiger müsse zu dem Schluss gelangt sein, die Klage werde einstweilen nicht notwendig sein“. Das Gericht vermengt verschiedene Fallgruppen aus der umfangreichen Kasuistik und verkennt, dass die aufgestellten Anforderungen auf einen Fall der arglistigen Täuschung nicht passen. Dies gilt umso mehr, als das Gericht in den Urteilsgründen zuvor selbst von einer arglistigen Täuschung ausgeht.

²⁶ BGH, Urt. v. 7.10.1991 – II ZR 194/90 = NJW 1992, 300.

²⁷ Grothe, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 194 Rn. 19 m.w.N. Es handelt sich allerdings mitnichten um eine „starre“ Frist. Auch Wartefristen von zwei bis knapp drei Monaten können angemessen sein, im Einzelfall wurden auch bereits sechs Monate (AG Ahlen, Urt. v. 20.12.2017 – 3 C 493/05) noch für vertretbar gehalten.

²⁸ BGH, Urt. v. 14.11.2013 – IX ZR 215/12 = WM 2014, 854, Rn. 19.

²⁹ BGH, Urt. v. 16.3.2009 – II ZR 32/08 = NJW 2009, 1598.

c) Zwischenergebnis

Nach hier vertretener Auffassung wäre C auch die Erhebung der Verjährungseinrede verwehrt.

II. Endergebnis

A kann Rückzahlung seines hingegebenen Darlehens verlangen.

Verfahren B

I. Rückzahlungsanspruch aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB des B

In Abweichung zur Sachlage beim A sind Rückzahlungsansprüche aus der Klage bereits rechtshängig gewesen. Es stellt sich die Frage, ob es hinsichtlich der Verjährungsfrage Unterschiede gibt.

1. Urkunde als Prozesshindernis/Anspruch durch Vergleich untergegangen?

Siehe oben.

2. Einrede der Verjährung

a) Verjährungseintritt

Zunächst ist festzustellen, dass die Verjährung des Anspruchs mit Ende des Jahres beginnt, in dem der Anspruch entstanden ist, somit also am 1.1.2017 (Kündigung und Fälligstellung der Darlehen in 2016). Zu diesem Zeitpunkt war die Klage bereits rechtshängig, sodass die Verjährung ohne Weiteres gem. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt war.³⁰

Klärungsbedürftig ist also lediglich der Zeitpunkt des Entfalls der Verjährungshemmung bis zur Wiederaufnahme des Prozesses am 3.8.2021.

aa) Außergerichtliche Verhandlungen im Kontext des § 204 Abs. 2 BGB

Die Verjährungshemmung entfällt gem. § 204 Abs. 2 S. 2 BGB mit dem Stillstand des Verfahrens.

„Stillstand“ des Verfahrens und damit Wegfall der Verjährungshemmung tritt sechs Monate nach der letzten Verfahrenshandlung gem. § 204 Abs. 2 S. 2 BGB ein. Dies gilt allerdings nicht – mit der Folge der Unanwendbarkeit von § 204 Abs. 2 S. 2 BGB –, wenn für das Untätigbleiben des Gläubigers ein triftiger, für den anderen Teil erkennbarer Grund vorliegt.³¹ Der Schuldner darf dann nicht annehmen, der Gläubiger wolle den Anspruch nicht mehr geltend machen.³²

³⁰ Dass eine Klage bereits rechtshängig ist, bevor die eigentliche Verjährungsfrist zu laufen beginnt, ist im Hinblick auf die hemmende Wirkung unschädlich. Mit Beginn des Laufs der Verjährungsfrist tritt dann zugleich ein Zustand der Unterbrechung ein, vgl. z.B. BGH, Urt. v. 25.4.2017 – VI ZR 386/16 = NJW 2017, 3144 unter Verweis auf BGH, Urt. v. 27.9.1995 – VIII ZR 257/94 = NJW 1995, 3380.

³¹ Grothe, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 204 Rn. 79 m.w.N.; BGH, Urt. v. 16.3.2009 – II ZR 32/08 = NJW 2009, 1598 unter Verweis auf st. Rspr. zu der Vorgängervorschrift § 211 Abs. 2 BGB a.F., z.B. BGH, Urt. v. 21.2.1983 – VIII ZR 4/82 = WM 1983, 533; BGH, Urt. v. 23.4.1998 – III ZR 7/97 = WM 1998, 1493; BGH, Urt. v. 27.1.1999 – XII ZR 113/97 = NJW 1999, 1101; BGH, Urt. v. 12.10.1999 – VI ZR 19/99 = ZIP 2000, 294; BGH, Urt. v. 18.10.2000 – XII ZR 85/98 = NJW 2001, 218; BGH, Urt. v. 27.1.2005 – VII ZR 238/03 = NJW-RR 2005, 606.

³² Meller-Hannich, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.4.2024, § 204 Rn. 415; BGH, Urt. v. 16.3.2009 – II ZR 32/08 = NJW 2009, 1598 m.w.N.; kritisch Schmidt-Räntsch, ZJS 2012, 301 (303).

Zu fragen ist daher, ob die außergerichtlichen Verhandlungen hier als „triftiger Grund“ anzusehen sein könnten.

Für einen „triftigen Grund“ soll es nach der Rechtsprechung jedoch nicht ausreichen, wenn eine Partei ohne Vorliegen weiterer besonderer Umstände lediglich wegen außergerichtlicher Verhandlungen das Verfahren nicht weiter betreibt.³³

Dies ist vielmehr nur dann gerechtfertigt, wenn besondere Umstände vorliegen, die über den in der Praxis häufigen Fall hinausgehen, dass die Parteien außerhalb des Prozesses noch in Verhandlungen stehen, und die es deshalb ausnahmsweise rechtfertigen, die Hemmung der Verjährung noch andauern zu lassen.

Fraglich ist jedoch, ob der Abschluss der notariellen Vergleichsurkunde einen triftigen Grund darstellt. Dies ist bereits deshalb abzulehnen, da der Vergleich gerade keinen Grund darstellt, bei dem der Schuldner annehmen muss, dass der Gläubiger seinen Anspruch weiterverfolgen will. Stattdessen regelt der Vergleich den im Streit stehenden Anspruch endgültig. Darüber hinaus ist ein Vergleich lediglich Ergebnis vorher stattfindender außergerichtlicher Verhandlungen. Damit würde die Wertung, dass außergerichtliche Verhandlungen in der Regel nicht genügen, unterlaufen, wenn der „Erfolg“ außergerichtlicher Verhandlungen plötzlich zu einem „triftigen Grund“ aufgewertet würde.

In einem weiteren Schritt ist dann allerdings zu fragen, ob die außergerichtlichen Verhandlungen gem. § 203 BGB für den Entfall der Hemmung nach § 204 Abs. 2 BGB quasi „einspringen“ und die Hemmung weiter aufrechterhalten können. Inwieweit haben also die Verhandlungen gem. § 203 BGB als weiterer hinzutretender Hemmungstatbestand Einfluss auf den Fristenlauf?

Das Kammergericht (Berlin) hat in einem Hinweisbeschluss³⁴ die Auffassung vertreten, dass § 204 BGB die Anwendbarkeit von § 203 BGB grundsätzlich sperrt, sobald die Verjährung durch Rechtsverfolgung gehemmt worden ist. Andernfalls würden Sinn und Zweck der Regelung des § 204 Abs. 2 BGB unterlaufen und der durch die Regelung des § 204 Abs. 2 BGB bezweckte Schutz der Rechtssicherheit gefährdet. § 204 BGB sei daher *lex specialis* zu § 203 BGB. In einer derartigen Situation habe es der Kläger selbst in der Hand, der Gefahr der wirksamen Erhebung der Verjährungseinrede zu begegnen, indem er entweder das Verfahren wieder rechtzeitig betreibe oder einen (ggf. weiteren) Verjährungsverzicht mit der beklagten Partei vereinbare.³⁵

Dabei stützt sich das Kammergericht hinsichtlich des Sinns und Zwecks dieser Sperrwirkung sowie der praktischen Lösung auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 27.1.1999.³⁶ Dort lehnt dieser die – bereits diskutierte – Frage, ob Verhandlungen einen triftigen Grund i.S.d. § 204 Abs. 2 S. 2 BGB (§ 211 Abs. 2 S. 1 BGB a.F.) darstellen, ab und verweist u.a. auf die Klarheit und Sicherheit des Rechtsverkehrs. Der Zeitpunkt des Verjährungsbeginns müsse – so der Bundesgerichtshof – klar ersichtlich sein. Weiter wurde auf die Möglichkeit des Verjährungsverzichts verwiesen. Zuletzt stützte sich der Bundesgerichtshof seinerzeit darauf, dass Verhandlungen nur im Deliktsrecht gem. § 852 Abs. 2 BGB a.F. eine hemmende Wirkung hätten, und daher keine allgemeine Geltung besäßen. Erwähnenswert ist überdies, dass der Bundesgerichtshof eine Verjährungshemmung gem. § 202 Abs. 1 BGB a.F. (Stundungsabrede) im Anschluss an die Ausführungen zum triftigen Grund noch prüfte.

Festzuhalten ist damit, dass das herangezogene Urteil des Bundesgerichtshofs keine systematische Sperre zwischen den Hemmungstatbeständen errichtet hat, sondern lediglich Erwägungs-

³³ Grothe, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 204 Rn. 79; BGH ständig, z.B. BGH, Urt. v. 16.3.2009 – II ZR 32/08 = NJW 2009, 1598; BGH, Urt. v. 27.1.1999 – XII ZR 113/97 = NJW 1999, 1101.

³⁴ KG, Hinweisbeschl. v. 13.1.2023 u. Beschl. v. 31.3.2023 – 6 U 191/21 (beide juris).

³⁵ KG, Hinweisbeschl. v. 13.1.2023 u. Beschl. v. 31.3.2023 – 6 U 191/21 (beide juris).

³⁶ BGH, Urt. v. 27.1.1999 – XII ZR 113/97 = NJW 1999, 1101.

gründe liefert, die gegen die Anwendbarkeit von § 203 BGB nach Ende der Verjährungshemmung gem. § 204 Abs. 2 S. 2 BGB sprechen.

Auch die (neuere) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist nicht eindeutig. Es wird zwar weiterhin betont, dass in außergerichtlichen Verhandlungen kein „triftiger Grund“ gesehen wird, der die Anwendbarkeit des § 204 Abs. 2 S. 2 BGB ausschließen würde, sodass das Ende der Hemmung nach § 204 Abs. 2 BGB nicht beeinflusst werde.³⁷

Allerdings wird sich zum Verhältnis zu § 203 BGB – soweit ersichtlich – nicht explizit eingelassen, sodass Stimmen in der Literatur divergierende Schlüsse ziehen:

Zum einen wird vertreten, dass die Behandlung bzw. Erwähnung des § 203 BGB durch die Ablehnung eines „triftigen Grundes“ überflüssig sei, da im Ergebnis Verhandlungen die Hemmung der Verjährung nicht weiter erhalten könnten.³⁸

Andere Stimmen sehen darin keine generelle Absage an die Anwendbarkeit des § 203 BGB.³⁹

Für letztere Stimmen könnte sprechen, dass der Bundesgerichtshof in einem weiteren Urteil, in dem ein Ruhen des Verfahrens gem. § 204 Abs. 2 S. 2 BGB zum Ende der Verjährungshemmung führte, die Möglichkeit einer Hemmung gem. § 203 BGB explizit prüft und keine systematischen Bedenken äußert, sondern – im Gegenteil – davon ausgeht, dass § 203 BGB und § 204 BGB nebeneinanderher laufen.⁴⁰

Diese Annahme spiegelt sich auch in weiteren Literaturmeinungen wider, wonach die Hemmungstatbestände der §§ 203–208 BGB nebeneinanderstehen sollen.⁴¹ Eine Addition sei dabei (natürlich) nur im Hinblick auf Zeiträume vorzunehmen, in denen sich Hemmungstatbestände nicht überschneiden hätten, etwa – wie hier – wenn die Hemmung nach § 204 Abs. 1 BGB durch den Stillstand des Verfahrens geendet habe (§ 204 Abs. 2 S. 2 BGB), die Parteien aber außerprozessual weiterverhandeln würden.⁴²

Tatsächlich ist die Annahme eines Spezialverhältnisses fragwürdig. Denn es besteht Einigkeit, dass keine Addition verschiedener Hemmungstatbestände vorgenommen wird.⁴³ Sobald aber ein Hemmungstatbestand wegfällt, entfällt auch ein zu diskutierendes Konkurrenzverhältnis und damit die Grundlage für die Annahme einer Spezialität.

Im Rahmen der transportrechtlichen Haftbarhaltung gem. § 439 Abs. 3 HGB hat der Bundesgerichtshof zudem der Annahme einer *lex specialis* gegenüber § 203 BGB eine Absage erteilt.⁴⁴

Auch die Argumentation des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1999, dass Verhandlungen hinsichtlich der Verjährungshemmung keine Allgemeingültigkeit besäßen, ist seit der Einführung des § 203 BGB nicht mehr tragbar.

Damit bleibt nur das teleologische Motiv übrig, um die vom Wortlaut und der Systematik gestützte Anwendbarkeit von § 203 BGB zu verneinen, nämlich die Rechtssicherheit als Sinn und Zweck des § 204 Abs. 2 S. 2 BGB.

³⁷ BGH, Urt. v. 16.3.2009 – II ZR 32/08 = NJW 2009, 1598.

³⁸ Welsch, WuB IV A. Nr. 2.09, 9, § 204 BGB.

³⁹ Schwenker, IBR 2009, 1210; Baumert, FD-InsR 2009, 281849.

⁴⁰ BGH, Urt. v. 30.4.2015 – IX ZR 1/13 = WM 2015, 1246.

⁴¹ Z.B. Meller-Hannich, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.4.2024, § 203, Rn. 9; Herrler, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2019, § 203 Rn. 3.

⁴² Herrler, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2019, § 203 Rn. 3.

⁴³ Z.B. Meller-Hannich, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.4.2024, § 203 Rn. 9; Herrler, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2019, a.a.O.

⁴⁴ BGH, Urt. v. 13.3.2008 – I ZR 116/06 = MDR 2008, 1347; vgl. auch Meller-Hannich, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.4.2024, § 203 Rn.8 m.w.N.

Sicherlich sind dem Sinn und Zweck des § 204 Abs. 2 S. 2 BGB abzugewinnen, dass der verklagte Schuldner im Sinne der Rechtssicherheit geschützt werden muss, wenn der Kläger den Prozess nicht weiter betreibt. Andernfalls hätte die Klageerhebung eine beliebig lange Verjährungshemmung zur Folge, die allein in die Hände des Gläubigers gelegt wäre. Allerdings kann dies kaum für den Fall gelten, dass sich der Schuldner „sehenden Auges“ in Verhandlungen begibt, die ohne rechtshängige Klage unproblematisch die Verjährung hemmen würden. Der Grund für die fehlende Rechtssicherheit bzw. Klarheit beruht damit auf dem Verhalten beider Parteien, sodass keine Partei schutzwürdig erscheint. Durch die Einführung des § 203 BGB als gesetzlicher Tatbestand ist an anderer Stelle darüber hinaus ohnehin eine gewisse Rechtsunsicherheit in Kauf genommen worden, da die Bestimmung von Verhandlungsbeginn und Verhandlungsende und bereits der Begriff „Verhandlung“ nicht selten zu Kontroversen führt. Das Argument der Rechtsunsicherheit i.R.v. § 204 BGB wirkt demnach „gekünstelt“, da mögliche „Rechtsunsicherheit“ i.R.v. § 203 BGB ebenso vorkommen kann.

Es ist daher nach Ansicht der *Verf.* vertretbar, eine Sperrwirkung abzulehnen, insbesondere da der Bundesgerichtshof sich hier nur vermeintlich klar positioniert.

Den Vertretern der Sperrwirkung ist indes zuzugestehen, dass die Ablehnung des Bundesgerichtshofs, in Verhandlungen einen „triftigen Grund“ i.S.d. § 204 Abs. 2 S. 2 BGB zu erkennen, durchaus als Indiz zu werten ist, dass außergerichtliche Verhandlungen keine weitere Hemmung bei bereits rechtshängiger Klage entfalten können sollen.

In der anwaltlichen Praxis wäre es daher der sicherste Weg, eine mögliche Sperrwirkung bei der Berechnung der Verjährung zu berücksichtigen.

Bei Ablehnung einer Sperrwirkung kann damit dahinstehen, wann ein „Stillstand des Verfahrens“ i.S.d. § 204 Abs. 2 S. 2 BGB eingetreten ist, da die außergerichtlichen Verhandlungen erst weit nach der letzten Verfahrenshandlung, nämlich durch die Nachgenehmigung der Ergänzungsurkunde 6.2.2019 vollends endeten. Folglich begann der Lauf der Verjährungsfrist erstmals am 7.2.2019, sodass mit dem Weiterbetreiben des Verfahrens am 3.8.2021 noch keine Verjährung eingetreten ist.

bb) Bestimmung der letzten Verfahrenshandlung i.S.d. § 204 Abs. 2 S. 2 BGB

Sollte man dagegen die Ansicht vertreten, dass die außergerichtlichen Verhandlungen aufgrund der Sperrwirkung des § 204 BGB nicht zu berücksichtigen sind, wäre zu klären, wann die Hemmung gem. § 204 Abs. 2 S. 2 BGB endete. Ausgangspunkt ist die letzte „Verfahrens-/Prozesshandlung“.

Es stellt sich die Frage, worauf hierbei abzustellen ist: auf die Mitteilung an das Gericht, es werde außergerichtlich verhandelt, so wie es der C verlangt?

Eine solche könnte auch in der Sachstandsanfrage des Gerichts mit Zugang am 2.3.2018 zu sehen sein.

Der Begriff der „Verfahrenshandlung“ bezieht sich auf solche des Klägers, des Beklagten oder des Gerichts. Er ist weit auszulegen.⁴⁵ Bloße Anfragen und Mitteilungen des Gerichts sollen für eine „Prozesshandlung“ in der Regel zwar nicht ausreichen,⁴⁶ in diesem Zusammenhang ist vorliegend aber Folgendes zu berücksichtigen:

Nach ständiger Rechtsprechung fehlt es an einem „Nichtbetreiben“ des Verfahrens (sodass kein Stillstand eintritt mit der Folge des Entfalls der Hemmung sechs Monate später), solange die Verfah-

⁴⁵ Grothe, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 204 Rn. 86; BGH, Urt. v. 22.2.1971 – III ZR 221/67 = NJW 1971, 751; BGH, Urt. v. 11.1.1979 – III ZR 119/77 = NJW 1979, 809; Meller-Hannich, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.4.2024, § 204 Rn. 419.

⁴⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 24.5.2012 – IX ZR 168/11 = NJW 2012, 2180; Grothe, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 204 Rn. 86; Meller-Hannich, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.4.2024, § 204 Rn. 419; anders aber OLG Koblenz, Urt. v. 28.11.2002 – 5 U 1327/01, BeckRS 2002, 9832.

rensleitung beim Gericht liegt und diese nicht auf den Kläger übergegangen ist.⁴⁷ Wenn das Gericht den Parteien aufgibt, unter Fristsetzung mitzuteilen, ob Vergleichsverhandlungen erfolgreich waren und weiter verfügt, Fristverlängerungsanträge mögen formgerecht eingereicht werden, gibt es damit zu erkennen, dass es die Verfahrensleitung weiterhin innehat und auch innehaben will. Ansonsten wäre das Setzen von Fristen sinnentleert. Wenn das Gericht sodann nach Ablauf der letzten Fristverlängerung anfragt, ob die Vergleichsverhandlungen nunmehr erfolgreich waren, so handelt es sich nach hier vertretener Ansicht dabei dann um die letzte gerichtliche Prozesshandlung.⁴⁸

Die Verfügung des Gerichts war nämlich durch die dem Gericht bekannten Vergleichsverhandlungen und die zuvor gewährte(n) Fristverlängerung(en) sowie deren Ablauf motiviert.⁴⁹ Die Anfrage sollte ersichtlich der Erledigung des Rechtsstreits dienen.

Prozessual findet die Handlung des Gerichts auch dadurch Niederschlag, als das Gericht nach § 278 Abs. 1 ZPO in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreites bedacht sein soll.⁵⁰

Ist die letzte Verfahrenshandlung des Prozesses folglich auf den 2.3.2018⁵¹ zu datieren und rechnet man die Sechs-Monats-Phase aus § 204 Abs. 2 S. 3 BGB hinzu, so ist der maßgebliche Fristenlauf auf den 2.9.2018 festzulegen. Letztendlich fortgeführt wurde der Prozess durch Wiederaufnahme durch den Kläger am 3.8.2021, mithin noch rechtzeitig vor Ablauf der Dreijahresfrist.

Wer die Sachstandsanfrage des Gerichts hingegen für nicht ausreichend erachtet, muss darlegen, wann die Verfahrensleitung sonst auf den Kläger übergegangen sein könnte. In Betracht käme dann wohl zuvorderst die letzte Fristenverfügung des Gerichts (zugestellt am 1.2.2018) mit Fristverlängerung auf den 15.2.2018. Dann ist aber fraglich, auf welchen Zeitpunkt abzustellen wäre. Auf den Erledigungszeitpunkt, den Zeitpunkt der Absendung, den Zeitpunkt der Zustellung oder gar denjenigen des Ablaufs der verlängerten Frist?

Umstritten ist, wann eine Verfügung des Gerichts das Ende der Verjährungshemmung nach § 204 Abs. 2 S. 2 auslöst.⁵²

In der Literatur⁵³ wird angenommen, dass richtigerweise weder das Datum entscheiden könne, an dem sie tatsächlich erledigt wird noch das Datum ihrer Absendung bzw. Übersendung⁵⁴. Dem Sinn und Zweck des § 204 Abs. 2 S. 2 BGB, namentlich den Gesichtspunkten der Rechtssicherheit und der Verantwortungsteilung zwischen Parteien und Gericht, entspreche es vielmehr, den Zeitpunkt zugrunde zu legen, an dem die Verfügung zugestellt werde.⁵⁵

⁴⁷ Vgl. *Grothe*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 204 Rn. 83.

⁴⁸ So auch LG Oldenburg, Urt. v. 18.8.2022 – 13 O 1239/16, n.V.; nicht nachvollziehbar erscheint aber dann, warum das Gericht die Akten wegen Nichtbetreibung des Verfahrens bereits drei Monate nach Ablauf der letzten Fristverlängerung „wegen 6-monatigen Nichtbetreibens“ weglegt. Offensichtlich ging das Gericht zunächst davon aus, dass sämtliche Fristverlängerungen etc. keine Verfahrenshandlungen im Sinne der Norm darstellen, was dann schließlich in den Urteilsgründen des wiederaufgenommenen Verfahrens später aber verworfen wurde.

⁴⁹ LG Oldenburg, Urt. v. 18.8.2022 – 13 O 1239/16, n.V.

⁵⁰ LG Oldenburg, Urt. v. 18.8.2022 – 13 O 1239/16, n.V.

⁵¹ Entscheidend sei der Zugang, nicht die Vornahme der Verfahrenshandlung (Verfügung), wohl h.M., vgl. *Grothe*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 204 Rn. 86 unter Verweis auf BGH, Urt. v. 20.2.1997 – VII ZR 227/96 = NJW 1997, 1777; BGH, Urt. v. 5.2.1998 – VII ZR 279/96 = NJW-RR 1998, 954; *Liermann*, MDR 1998, 257; a.A. OLG München, Urt. v. 18.1.1988 – 28 U 4843/87 = NJW-RR 1988, 896.

⁵² Vgl. *Grothe*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 204 Rn. 86.

⁵³ *Grothe*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 204 Rn. 86.

⁵⁴ Dafür möglicherweise BGH, Urt. v. 23.11.1978 – VII ZR 41/78 = NJW 1979, 809; BGH, v. 29.1.1981 – III ZR 168/79 = NJW 1981, 1550.

⁵⁵ *Grothe*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 204 Rn. 86 m.w.N.

Die bislang entschiedenen Fälle verhielten sich – soweit erkennbar – indes nie so, dass eine gewährte Fristverlängerung zur Überprüfung stand. Verlängert das Gericht eine Frist, wäre nicht erklärbar, wieso bereits mit Zugang der Fristverlängerungsverfügung eine Verjährungshemmung entfallen sollte. Verlängert das Gericht eine Frist, so drückt es damit zugleich aus, mindestens bis zum Ablauf derselben die Verfahrensleitung weiter inne haben zu wollen. Ansonsten wäre die Verfahrensleitung auch bereits dann übergegangen, wenn die Prozessbeteiligten noch innerhalb der gesetzten Frist reagierten und der Prozess fortgesetzt würde.⁵⁶

Will man danach auf das Ende der gesetzten Frist auf den 15.2.2018 abstellen und rechnet man die Sechs-Monats-Phase aus § 204 Abs. 2 S. 1, 2 BGB hinzu, so ist der maßgebliche Fristenlauf auf den 15.8.2018 festzulegen. Letztendlich fortgeführt wurde der Prozess durch Wiederaufnahme durch den Kläger am 3.8.2021, mithin abermals noch rechtzeitig vor Ablauf der Dreijahresfrist.

Wer allerdings auf den Zugang abstellt, wird dann – die Sechs-Monats-Frist wieder hinzugerechnet – dazu kommen, dass der Prozess zu spät wiederaufgenommen wurde und Verjährung eingetreten ist (1.2.2018 + sechs Monate = 1.8.2018, Fortführung des Prozesses erst am 3.8.2021, mithin zwei Tage zu spät).

Hinweis: Es handelt sich um eine recht anspruchsvolle Teilproblematik. Eine ansprechende Lösung sollte zumindest das Problem des Konkurrenzverhältnisses zwischen § 203 BGB zu § 204 BGB erkennen.

b) Treuwidrigkeit der Erhebung der Verjährungseinrede

aa) Konkludenter Verjährungsverzicht

Ein Verjährungsverzicht seitens des C könnte in dessen Mitteilung an das Gericht, man verhandle außergerichtlich, gesehen werden.

Er könnte sich daher treuwidrig verhalten, indem er zunächst einen (konkludenten) Verjährungsverzicht erklärt und im Nachgang dennoch die Verjährungseinrede erhebt.

Ein Verzicht auf die Einrede der Verjährung war mit dieser Erklärung des C allerdings nicht verbunden; er hat damit lediglich zum Ausdruck gebracht, an Vergleichsverhandlungen teilzunehmen.⁵⁷

bb) Durch vorangegangene arglistige Täuschung?

Siehe oben.

II. Ergebnis

Nach hier vertretener Ansicht ist eine Verjährung nicht eingetreten, zudem dürfte die Treuwidrigkeit der Erhebung der Verjährungseinrede entgegenstehen.

C. Gesamtergebnis

A und B können Rückzahlung der hingegebenen Darlehen aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB verlangen.

Redaktioneller Hinweis: Korrektur auf S. 463 am 2.6.2024 um 10:30 Uhr.

⁵⁶ Anders wohl OLG Koblenz, Urt. v. 28.11.2003 – 5 U 1327/01, BeckRS 2002, 9832; dort aber bloße Mitteilung, keine echte Fristsetzung.

⁵⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 18.10.2000 – XII ZR 85/98 = WM 2000, 2551; BGH, Urt. v. 16.3.2009 – II ZR 32/08 = NJW 2009, 1598.

Examensübungsklausur: Irgendwer ist immer krank!

*Wiss. Mitarbeiter Pascal Annerfelt, Wiss. Hilfskraft Nadine Rettenmaier, Frankfurt a.M.**

Es handelt sich insgesamt um eine durchschnittlich schwere Klausur, die im Sommersemester 2023 im Examensklausurenkurs des Fachbereiches Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt a.M. gestellt wurde. Der Notendurchschnitt von 122 Bearbeitungen lag bei 7,3 Punkten. Die Durchfallquote betrug 9 Prozent. Alle drei Teile des Sachverhaltes basieren auf prominenten aktuellen Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichtes (BAG) bzw. eines Landesarbeitsgerichtes (LAG). Das in Teil 1 (BAG, Urt. v. 11.12.2019 – Az. 5 AZR 505/18 = NZA 2020, 446) behandelte Problem behandelte die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und den Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalles im Krankheitsfall. Teil 2 (BAG, Urt. v. 10.8.2022 – 5 AZR 154/22 = NZA 2022, 1395) knüpfte mit den Folgen eines Annahmeverzuges der Arbeitgeberin an Standardwissen aus dem allgemeinen Schuldrecht an. Teil 3 (LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 5.10.2021 – 6 Sa 244/20 = BeckRS 2021, 48456) behandelt mit der krankheitsbedingten Kündigung und dem Prognoseprinzip ein klassisches Thema aus dem Kündigungsschutzrecht.

Sachverhalt 1

Die I-GmbH (I), ein Unternehmen des Online-Versandhandels mit Sitz in X, beschäftigt über hundert Arbeitnehmer*innen. Im Betrieb der I besteht ein Betriebsrat.

A ist seit fünf Jahren bei I als Lagerarbeiter tätig und erhält ein Bruttomonatsentgelt von 2.300 €. Die Tätigkeit des A umfasst die Warenannahme sowie das Scannen und das Einlagern von Produkten. Sie ist körperlich belastend, denn er läuft für die Dauer einer gesamten Schicht. Zudem hebt und trägt er Artikel mit einem Gewicht von bis zu 20 kg.

Da durch die weltweite Corona-Pandemie das Onlineshopping immer beliebter geworden ist, gestaltet sich die Arbeit des A und seiner Kolleg*innen noch stressiger und anstrengender. Durch die hohe Zahl an Bestellungen im Internet sind A und seine Kolleg*innen über Monate hinweg einer extremen Belastung ausgesetzt. Diese Überbelastung führt bei A zu Konzentrationsschwierigkeiten und Schlafstörungen und dazu, dass er seinen arbeitsvertraglich geschuldeten Pflichten nicht mehr nachgehen kann. Sein Hausarzt diagnostiziert bei A, dass er aufgrund der dauernden Überbelastung an einem Burn-Out-Syndrom leidet. Deshalb ist A vom 10.1.2022 bis einschließlich 20.2.2022 ärztlich attestiert arbeitsunfähig.

A hat außerdem schon länger Probleme mit seinem Knie. Die Schmerzen werden am 18.2.2022 so schlimm, dass er sich ins Krankenhaus begibt. Dort rät ihm die behandelnde Ärztin zu einer sofortigen Operation. Deshalb unterzieht er sich am 21.2.2022 einer Operation am Knie und ist bis einschließlich 2.4.2022 arbeitsunfähig, was durch die Ärztin durch eine „Erstbescheinigung“ vom 20.2.2022 attestiert wird.

A behauptet, dass die Arbeitsunfähigkeit wegen des Burn-Out-Syndroms am 20.2.2022 geendet habe. Erst die Operation vom 21.2.2022 habe erneut zu einer Arbeitsunfähigkeit geführt. Ab diesem Tag sei deshalb ein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch für die Dauer von sechs Wochen entstanden.

* *Pascal Annerfelt* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Arbeitsrecht und bürgerliches Recht (Prof. Dr. Waas) an der Goethe-Universität Frankfurt a.M. *Nadine Rettenmaier* war bis Anfang 2023 Wiss. Hilfskraft am selben Lehrstuhl und ist aktuell Referendarin am LG Frankfurt a.M.

I hingegen führt an, dass das Burn-Out-Syndrom des A über den 20.2.2022 hinaus die Arbeitsunfähigkeit verursacht habe. Außerdem habe die Arbeitsunfähigkeit aufgrund des Knies bereits vor dem 21.2.2022 bestanden. Ihre Entgeltfortzahlungspflicht habe daher mit dem Ablauf von sechs Wochen am 20.2.2022 geendet.

Fallfrage 1

Für welche Zeiträume hat A einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung gem. § 3 Abs. 1 EFZG?

Sachverhalt 2

B arbeitet seit sechs Jahren als Lagerarbeiterin im Betrieb der I. Ihre Tätigkeit umfasst das Zusammenstellen sowie das korrekte Verpacken und Verschicken der Kundenbestellungen. Direkten Kontakt mit Lieferant*innen oder Kund*innen hat sie nicht.

Vom 2.5.–9.5.2022 nimmt sie sich Urlaub und reist in die Türkei, welche zu dieser Zeit vom Robert Koch-Institut als Corona-Risikogebiet ausgewiesen ist. Vor der Ausreise aus der Türkei unterzieht B sich einem Corona-PCR-Test, der ebenso wie der erneute Test nach Ankunft in Deutschland am 8.5.2022 einen negativen Befund aufweist. Der Hausarzt der B attestiert ihr am 9.5.2022 Symptomfreiheit. Eine bundesgesetzliche Vorgabe zur Einhaltung einer Quarantäne nach Reiserückkehr aus einem Risikogebiet besteht zu diesem Zeitpunkt nicht. B ist zudem nicht aufgrund landesrechtlicher Verordnung verpflichtet, sich nach der Rückkehr aus der Türkei in häusliche Quarantäne zu begeben.

Am 10.5.2022 möchte B ihre erste Schicht nach dem Urlaub antreten. Am Werkstor wird sie jedoch abgewiesen. Ihr wird mitgeteilt, dass sie ihren Arbeitsplatz wegen des Infektionsrisikos nicht aufsuchen dürfe. Das habe I in ihrem Hygienekonzept so vorgesehen. B geht daraufhin wieder nach Hause und teilt I schriftlich mit, dass sie ihre Arbeitskraft anbiete und verweist auf ihren negativen Corona-Test.

I antwortet ihr mit Schreiben vom 13.5.2022 unter Verweis auf das Infektionsrisiko, dass B bis einschließlich 22.5.2022 das Werksgelände nicht betreten dürfe und der Arbeit fernbleiben müsse. Als Arbeitgeberin habe sie für den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer*innen zu sorgen und sich daher für diese Regel entschieden.

B ist der Ansicht, dass ihr für den Zeitraum vom 10.5.–22.5.2022 die Fortzahlung ihres Entgeltes zusteht. Sie meint, dass I ihr nie hätte anordnen dürfen, sich in Quarantäne zu begeben. Zumindest hätte sie ihr das Entgelt für die Zeit der Quarantänepflicht zahlen müssen.

I trägt dagegen vor, dass es B für die Dauer von zwei Wochen nach Rückkehr aus einem Risikogebiet nicht möglich gewesen sei, die Arbeitsleistung im Betrieb zu erbringen.

Fallfrage 2

Hat B für den Zeitraum vom 10.5.–22.5.2022 Anspruch auf Zahlung des arbeitsvertraglich vereinbarten Entgeltes gegen I?

Sachverhalt 3

C arbeitet seit sieben Jahren als Büroangestellter für I. In dieser Zeit war C wegen häufiger Kurzerkrankungen wiederholt arbeitsunfähig, beispielsweise in den Jahren 2019 und 2020 an 53 bzw. 64 vollen Sollarbeitstagen. Im Jahr 2021 fehlte C an insgesamt 78 vollen Sollarbeitstagen. Im Jahr 2022

hat C bereits 38 Krankheitstage. Diese beruhen alle auf einer Autoimmunkrankheit, welche durch die Fehlregulation des Immunsystems mit einer erhöhten Anfälligkeit für Infekte einhergeht.

Als C im August 2022 eine neue Therapie ausprobiert, schlägt diese umgehend an. Er teilt I per Bescheinigung eines Facharztes mit, dass mit keinen weiteren Fehlzeiten aufgrund der Autoimmunkrankheit zu rechnen ist.

Der Geschäftsführer der I ärgert sich trotzdem über die zahlreichen Fehlzeiten des C und möchte ihm daher kündigen. Mit Schreiben vom 22.8.2022 hört er den Betriebsrat zur beabsichtigten ordentlichen Kündigung des C an. Der Betriebsrat widerspricht der Kündigung am 23.8.2022 schriftlich.

I kündigt das Arbeitsverhältnis mit C per durch den Geschäftsführer unterzeichnetem Schreiben vom 2.9.2022 ordentlich zum 30.11.2022. Das Schreiben geht C am 5.9.2022 zu. Am 9.9.2022 erhebt er Kündigungsschutzklage, welche I am 12.9.2022 zugestellt wird.

C ist der Ansicht, dass die Kündigung unwirksam ist. Die Erkrankungen aus den Jahren 2019, 2020, 2021 und Anfang 2022 resultierten zu einem wesentlichen Anteil aus seiner Autoimmunerkrankung. Diese sei durch die medikamentöse Therapie vollständig eingestellt worden, so dass seitdem auch keine weiteren Fehlzeiten mehr aufgetreten seien. Die Gefahr der Wiederholung sei damit so gut wie ausgeschlossen.

I hingegen führt an, es bestehe angesichts der Fehlzeiten des C und der Tatsache, dass er in jedem Jahr seiner Arbeit die sog. Sechs-Wochen-Grenze überschritten habe, eine negative Gesundheitsprognose. Die häufigen Fehltage zeigten eine allgemeine Krankheitsanfälligkeit seitens C. Durch die mit den krankheitsbedingten Fehlzeiten verbundenen Entgeltfortzahlungskosten und den damit einhergehenden wirtschaftlichen Belastungen würden die betrieblichen Belange erheblich beeinträchtigt. Allein bis zum 2.9.2022 habe I für 233 krankheitsbedingte Fehltage über 20.000 € Entgeltfortzahlung geleistet. Zudem liege durch die Auswertung und Weitergabe der Krankmeldungen ein organisatorischer Mehraufwand vor, der den Workflow und die Produktivität beeinträchtige. Zugleich müssten Kolleg*innen des C Überstunden leisten, um seine Ausfalltage auszugleichen.

Fallfrage 3

Ist die Kündigungsschutzklage des C vom 9.9.2022 begründet?

Lösungsvorschlag

Lösung Fall 1	483
I. Zeitraum vom 10.1.2022 bis einschließlich 20.2.2022	483
1. Anspruch entstanden	483
2. Anspruch untergegangen	483
3. Aufrechterhaltung des Anspruchs	483
a) Anwendbarkeit des EFZG	484
aa) persönlich	484
bb) sachlich	484
b) Krankheit	484
c) Arbeitsunfähigkeit	484
d) Kausalität	485

e) Kein Verschulden	485
f) Rechtsfolge	485
aa) Dauer	485
bb) Höhe	485
4. Ergebnis	486
II. Zeitraum vom 21. Februar bis einschließlich 2. April 2022	486
1. Anspruch entstanden	486
2. Anspruch untergegangen	486
3. Aufrechterhaltung des Anspruchs	486
a) 1. Anwendbarkeit des EFZG	486
b) 2. Krankheit	486
c) 3. Arbeitsunfähigkeit	486
d) 4. Kausalität	486
e) 5. Kein Verschulden	487
f) 6. Ausschluss	487
4. Ergebnis	488
III. Gesamtergebnis Fall 1	488
Lösung Fall 2	488
I. Anspruch entstanden	488
II. Anspruch untergegangen	488
III. Annahmeverzug gem. § 615 S. 1 BGB i.V.m. §§ 293 ff. BGB.	488
1. Vorliegen eines erfüllbaren Anspruchs auf Arbeitsleistung	489
2. Ordnungsgemäßes Angebot der Arbeitnehmerin	489
3. Leistungswilligkeit und Leistungsfähigkeit der Arbeitnehmerin	489
a) Leistungswilligkeit	489
b) Leistungsfähigkeit	489
4. Nichtannahme des Angebots durch die Arbeitgeberin	490
5. Zwischenergebnis	491
IV. Ergebnis	491
Lösung Fall 3	492
I. Vorliegen eines wirksamen Arbeitsvertrages	492
II. Vorliegen einer wirksamen Kündigungserklärung, §§ 623, 126 Abs. 1 BGB	492
III. Kündigungsfrist	492
IV. Präklusionsfrist	492

V. Anhörung des Betriebsrats	492
VI. Allgemeiner Kündigungsschutz	492
1. Anwendbarkeit des KSchG	492
2. Soziale Rechtfertigung der Kündigung, § 1 Abs. 2 S. 1 Var. 1 KSchG.....	493
a) Negative Prognose	493
b) Zwischenergebnis.....	494
3. Zwischenergebnis.....	494
VII. Ergebnis	494

Lösung Fall 1

I. Zeitraum vom 10.1.2022 bis einschließlich 20.2.2022

A könnte gegen I gem. § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG i.V.m. § 611a Abs. 2 BGB einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung für den sechswöchigen Arbeitsausfall vom 10.1.2022 bis einschließlich 20.2.2022 haben.

Voraussetzung dafür ist, dass zwischen A und I ein wirksames Arbeitsverhältnis besteht und der Anspruch nicht gem. § 326 Abs. 1 BGB untergegangen ist.

1. Anspruch entstanden

Zwischen A und I besteht ein wirksames Arbeitsverhältnis, sodass A grundsätzlich einen Anspruch auf Zahlung des Entgelts gem. § 611a Abs. 2 BGB hat.

2. Anspruch untergegangen

Der Anspruch könnte jedoch wegen Unmöglichkeit der Leistung gem. § 326 Abs. 1 BGB untergegangen sein. A hat vom 10.1.2022 bis einschließlich 20.2.2022 nicht gearbeitet. Dies führt aufgrund des Fixschuldcharakters der Arbeit zur Unmöglichkeit der Leistung gem. § 275 Abs. 1 BGB. I wurde somit gem. § 326 Abs. 1 BGB von ihrer Leistungspflicht zur Zahlung des Entgelts befreit.

3. Aufrechterhaltung des Anspruchs

Der Anspruch auf Entgeltzahlung des A gegen I könnte jedoch durch den Entgeltfortzahlungsanspruch gem. § 3 Abs. 1 EFZG aufrecht erhalten bleiben.¹

¹ Der Wortlaut des § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG lässt zwar eine eigene Anspruchsgrundlage vermuten, doch es ist zu Recht h.M., dass § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG lediglich den vertraglichen Vergütungsanspruch aufrecht erhält, welcher sich aus § 611a Abs. 2 BGB ergibt. „Kein Lohnersatzanspruch“: *Reinhard*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl. 2024, EFZG § 3 Rn. 45; *Müller-Glöge*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2021, EFZG § 3 Rn. 3; außerdem: BAG, Urt. v. 16.1.2001 – 5 AZR 430/00.

Prüfungsreihenfolge des Anspruchs aus § 3 Abs. 1 EFZG:

1. Anwendbarkeit des EFZG
 - a) persönlich, § 1 Abs. 2 EFZG
 - b) sachlich, § 3 Abs. 3 EFZG
2. Krankheit
3. Arbeitsunfähigkeit
4. Kausalität
5. Kein Verschulden
6. Rechtsfolge
 - a) Dauer
 - b) Höhe

a) Anwendbarkeit des EFZG

Das Entgeltfortzahlungsgesetz müsste anwendbar sein.

aa) persönlich

A ist Arbeitnehmer i.S.d. § 1 Abs. 2 EFZG.

bb) sachlich

A müsste die in § 3 Abs. 3 EFGZ normierte anspruchsbegründende Wartezeit erfüllt haben. § 3 Abs. 3 EFZG besagt, dass der Anspruch nach § 3 Abs. 1 EFZG erst nach vierwöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses entsteht.

A ist bereits seit fünf Jahren bei der I als Lagerarbeiter tätig. Damit ist die vierwöchige Wartezeit erfüllt. Das EFZG ist somit anwendbar.

b) Krankheit

§ 3 Abs. 1 EFZG gewährt Entgeltfortzahlung nur im Falle der Erkrankung des Arbeitnehmers. Der Begriff der Krankheit ist gesetzlich nicht definiert. Unter Krankheit ist ein regelwidriger körperlicher oder geistiger Zustand, der einer Heilbehandlung bedarf, zu verstehen.² Regelwidrig ist er dann, wenn er von der durch das Leitbild eines gesunden Menschen geprägten Norm abweicht. Der Hausarzt von A diagnostiziert bei ihm das Burn-Out-Syndrom, welches sich bei A durch Konzentrationschwierigkeiten und Schlafstörungen zeigte. Dies ist ein regelwidriger körperlicher Zustand, welcher auch grundsätzlich der Heilbehandlung bedarf.

c) Arbeitsunfähigkeit

Zudem müsste A auch arbeitsunfähig gewesen sein.³ Arbeitsunfähig ist ein Arbeitnehmer, wenn er außer Stande ist, die ihm nach dem Arbeitsvertrag obliegende Arbeit zu verrichten,⁴ oder dies nur

² Müller-Glöge, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2021, EFZG § 3 Rn. 4.

³ Krankheit und Arbeitsunfähigkeit sind nicht deckungsgleich! Eine Krankheit führt nicht automatisch zur Arbeitsunfähigkeit, welche den Entgeltfortzahlungsanspruch auslöst. So könnte jemand, der als juristischer Repetitor arbeitet, seine Arbeit mit einem gebrochenen Bein ausführen, aber bei einer Stimmbandentzündung wäre er arbeitsunfähig erkrankt.

⁴ Reinhard, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl. 2024, EFZG § 3 Rn. 9.

unter der Gefahr tun kann, seinen Gesundheits- oder Körperzustand zu verschlechtern. Aus dieser Definition ergibt sich, dass der Begriff der Arbeitsunfähigkeit relativ ist. Die Frage nach der Leistungsfähigkeit muss stets auf die konkret vereinbarte Tätigkeit hin überprüft werden. Laut Sachverhalt wurde A die Arbeitsunfähigkeit ärztlich bescheinigt.

d) Kausalität

Einen Entgeltfortzahlungsanspruch gewährt das Gesetz nur, wenn die Arbeitsunfähigkeit auch infolge der Krankheit eingetreten ist. Die Krankheit muss mithin kausal für die Arbeitsunfähigkeit gewesen sein.

Kausal ist die Krankheit, wenn sie alleinige Ursache für den Verdienstaufschlag ist (Monokausalität).⁵ Dies kann bejaht werden, wenn bei hypothetischer Betrachtung der Arbeitnehmer ohne die Krankheit die Leistung hätte erbringen können.

A war wegen des Burn-Out-Syndroms arbeitsunfähig, sodass die Kausalität zu bejahen ist.

e) Kein Verschulden

Schließlich setzt der Entgeltfortzahlungsanspruch gem. § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG voraus, dass den Arbeitnehmer kein Verschulden trifft. Der Begriff des Verschuldens entspricht hier nicht dem Verschuldensmaßstab des § 276 BGB.⁶ Vielmehr definiert die Rechtsprechung das Verschulden i.R.d. § 3 Abs. 1 EFZG als einen groben Verstoß gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhalten („Verschulden gegen sich selbst“)⁷, dessen Folge auf die Arbeitgeberin abzuwälzen unbillig wäre. A ist allein aufgrund der Überbelastung und des daraus folgenden Burn-outs erkrankt. Ihn trifft hinsichtlich dessen kein Verschulden.

f) Rechtsfolge

aa) Dauer

Liegen die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG vor, so gewährt das Gesetz dem erkrankten Arbeitnehmer einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung für die Zeit der Erkrankung bis maximal sechs Wochen. Dabei sind die §§ 187 ff. BGB maßgebend. Der Zeitraum vom 10.1.2022 bis einschließlich 20.2.2022 entspricht genau sechs Wochen.

bb) Höhe

I.R.d. § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG gilt das sog. Lohnausfallprinzip. Dies bedeutet, dass dem Arbeitnehmer grundsätzlich das ihm bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehende Arbeitsentgelt (mithin 100 % seines Lohns/Entgelts) zu zahlen ist, § 4 Abs. 1 EFZG.

⁵ Reinhard, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl. 2024, EFZG § 3 Rn. 14.

⁶ Reinhard, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl. 2024, EFZG § 3 Rn. 23.

⁷ Z.B. BAG, Urt. v. 18.3.2015 – 10 AZR 99/14, Rn. 14: In diesem Fall ging es um einen Arbeitnehmer, der infolge seiner Alkoholabhängigkeit arbeitsunfähig krank wurde. Das Gericht urteilte, dass nach dem derzeitigen Stand der medizinischen Erkenntnisse nicht von einem schuldhaften Verhalten i.S.d. § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG ausgegangen werden könne.

4. Ergebnis

A hat gegen I einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung gem. § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG i.V.m. § 611a Abs. 2 BGB für die sechs Wochen vom 10.1.2022 bis einschließlich 20.2.2022.

II. Zeitraum vom 21. Februar bis einschließlich 2. April 2022

A könnte gem. § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG i.V.m. § 611a Abs. 2 BGB einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung für den Arbeitsausfall vom 21.2.2022 bis 2.4.2022 haben.

Voraussetzung dafür ist, dass zwischen A und I ein wirksames Arbeitsverhältnis besteht und der Anspruch nicht gem. § 326 Abs. 1 BGB untergegangen ist.

1. Anspruch entstanden

Zwischen A und I besteht ein wirksames Arbeitsverhältnis, sodass A grundsätzlich einen Anspruch auf Zahlung des Entgelts gem. § 611a Abs. 2 BGB hat.

2. Anspruch untergegangen

Der Anspruch könnte jedoch wegen Unmöglichkeit der Leistung gem. § 326 Abs. 1 BGB untergegangen sein. A hat vom 21. Februar bis 2. April 2022 nicht gearbeitet. Dies führt aufgrund des Fixschuldcharakters der Arbeit zur Unmöglichkeit der Leistung gem. § 275 Abs. 1 BGB. I wurde somit gem. § 326 Abs. 1 BGB von ihrer Leistungspflicht zur Zahlung des Entgelts befreit.

3. Aufrechterhaltung des Anspruchs

Der Anspruch auf Entgeltzahlung des A gegen I könnte jedoch durch den Entgeltfortzahlungsanspruch gem. § 3 Abs. 1 EFZG aufrecht erhalten bleiben.

a) Anwendbarkeit des EFZG

Das Entgeltfortzahlungsgesetz ist in persönlicher und sachlicher Hinsicht anwendbar (siehe oben).

b) Krankheit

A musste sich wegen starker Schmerzen am Knie einer Operation unterziehen. Dies ist ein regelwidriger körperlicher Zustand, welcher auch grundsätzlich der Heilbehandlung bedarf.

c) Arbeitsunfähigkeit

Zudem müsste A auch arbeitsunfähig gewesen sein. Laut Sachverhalt wurde ihm vom 21.2.2022 bis einschließlich 2.2.2022 durch eine Ärztin Arbeitsunfähigkeit attestiert.

d) Kausalität

A war wegen des Knieleidens arbeitsunfähig, sodass die Kausalität zu bejahen ist.

e) Kein Verschulden

A ist aufgrund des Knieleidens erkrankt, was allein darauf zurückzuführen ist, dass er bei seiner Tätigkeit schwere Produkte tragen muss. Ihn trifft hinsichtlich dessen kein Verschulden.

f) Ausschluss

Der Entgeltfortzahlungsanspruch wird durch die Bestimmungen des § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und Nr. 2 EFZG beschränkt. Sie kommen jedoch dann nicht zur Anwendung, wenn der Arbeitnehmer infolge einer anderen Erkrankung als im vorherigen Zeitraum arbeitsunfähig wird. In diesem Fall kann der Arbeitnehmer erneut bis zur Höchstdauer von sechs Wochen Entgeltfortzahlung beanspruchen.

Wiederholte Arbeitsunfähigkeit infolge derselben Krankheit liegt dann vor, wenn die Krankheit, auf der die frühere Arbeitsunfähigkeit beruhte, in der Zeit zwischen dem Ende der vorausgegangenen und dem Beginn der neuen Arbeitsunfähigkeit medizinisch nicht vollständig ausgeheilt war, sondern als Grundleiden latent weiterbestanden hat, so dass die neue Erkrankung nur eine Fortsetzung der früheren Erkrankung bedeutet. Die wiederholte Arbeitsunfähigkeit muss auf demselben nicht behobenen Grundleiden beruhen.⁸ „Dieselbe“ Krankheit i.S.d. § 3 Abs. 1 S. 2 EFZG liegt mithin vor, wenn die wiederholte Erkrankung auf demselben Grundleiden beruht.

Das Knieleiden ist eine andere Krankheit als das Burnout, sodass ein Ausschluss nach § 3 Abs. 1 S. 2 EFZG wegen Arbeitsunfähigkeit „infolge derselben Krankheit“ ausscheidet.

Allerdings könnten die Grundsätze der Einheit des Verhinderungsfalls eingreifen. Diese schließen eine erneute Entgeltfortzahlung bis zur Höchstdauer von sechs Wochen aus, wenn die weitere Arbeitsunfähigkeit noch während der laufenden Arbeitsunfähigkeit eintritt.⁹ Ein erneuter Entgeltfortzahlungsanspruch gem. § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG entsteht nur dann, wenn zum Zeitpunkt des Beginns der erneuten Arbeitsverhinderung die vorherige krankheitsbedingte Arbeitsverhinderung bereits beendet war.

„Das ist anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer zwischen zwei Krankheiten tatsächlich gearbeitet hat oder jedenfalls arbeitsfähig war, sei es auch nur für wenige außerhalb der Arbeitszeit liegende Stunden. Maßgeblich für die Dauer der Arbeitsunfähigkeit und damit für das Ende des Verhinderungsfalls ist grundsätzlich die Entscheidung des Arztes, der Arbeitsunfähigkeit – ungeachtet der individuellen Arbeitszeit des betreffenden Arbeitnehmers – im Zweifel bis zum Ende eines Kalendertags bescheinigen wird. Das gilt unabhängig davon, ob das Ende der Arbeitsunfähigkeit auf einen Arbeits- oder arbeitsfreien Tag fällt.“¹⁰

Durch seinen Hausarzt wurde A Arbeitsunfähigkeit bis zum 20.2.2022 bescheinigt. Noch während der Arbeitsunfähigkeit wegen Burnouts begab er sich mit Knieschmerzen ins Krankenhaus und wurde wegen der Knie-Beschwerden und der deshalb notwendigen Operation arbeitsunfähig krankgeschrieben. Diese Zeiträume überschneiden sich und A war zwischen diesen Zeiträumen nicht arbeitsfähig, auch nicht für wenige Stunden. Es ist somit festzustellen, dass die erste krankheitsbedingte Arbeitsverhinderung noch nicht in dem Zeitpunkt beendet war, in dem die weitere Erkrankung zu einer erneuten Arbeitsverhinderung führte.

⁸ BAG, Urt. v. 14.11.1984 – 5 AZR 394/82.

⁹ Reinhard, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl. 2024, EFZG § 3 Rn. 43; Müller-Glöge, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2021, EFZG § 3 Rn. 64.

¹⁰ BAG, Urt. v. 11.12.2019 – 5 AZR 505/18, Rn. 13.

Annerfelt/Rettenmaier: Irgendwer ist immer krank!

Somit ist das Vorliegen eines einheitlichen Verhinderungsfalls anzunehmen. Eine erneute Entgeltfortzahlung bis zur Höchstdauer von sechs Wochen ist somit ausgeschlossen.

4. Ergebnis

A hat keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung für den Arbeitsausfall vom 21.2.2022 bis 2.4.2022 gem. § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG i.V.m. § 611a Abs. 2 BGB.

III. Gesamtergebnis Fall 1

A hat gegen I einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung gem. § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG i.V.m. § 611a Abs. 2 BGB für die Dauer von sechs Wochen vom 10.1.2022 bis einschließlich 20.2.2022.

A hat keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung für den Arbeitsausfall vom 21.2.2022 bis 2.4.2022.

Lösung Fall 2

B könnte gem. § 611 a Abs. 2 BGB gegen I einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung für die Zeit vom 10.5.2022 bis 22.5.2022 haben.

Voraussetzung dafür ist, dass zwischen B und I ein wirksames Arbeitsverhältnis besteht und der Anspruch nicht gem. § 326 Abs. 1 BGB untergegangen ist.

I. Anspruch entstanden

Zwischen B und I besteht ein wirksames Arbeitsverhältnis, sodass B grundsätzlich einen Anspruch auf Zahlung des Entgelts gem. § 611a Abs. 2 BGB hatte.

II. Anspruch untergegangen

Der Anspruch könnte jedoch wegen Unmöglichkeit der Leistung gem. § 326 Abs. 1 BGB untergegangen sein. B hat vom 10.5.2022 bis 22.5.2022 nicht gearbeitet. Dies führt aufgrund des Fixschuldcharakters der Arbeit zur Unmöglichkeit der Leistung gem. § 275 Abs. 1 BGB. I wurde somit gem. § 326 Abs. 1 BGB von ihrer Leistungspflicht zur Zahlung des Entgelts befreit.

III. Annahmeverzug gem. § 615 S. 1 BGB i.V.m. §§ 293 ff. BGB.

Etwas Anderes könnte sich jedoch ergeben, wenn I nach § 615 S. 1 BGB im Annahmeverzug war. In diesem Fall kann die Arbeitnehmerin die Entgeltleistung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Die Voraussetzungen des Annahmeverzugs sind in den §§ 293–299 BGB festgelegt.

Die Voraussetzungen des Annahmeverzugs sind:

1. Vorliegen eines erfüllbaren Anspruchs auf Arbeitsleistung
2. Ordnungsgemäßes Angebot der Arbeitnehmerin
3. Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft der Arbeitnehmerin
4. Nichtannahme des Angebots durch die Arbeitgeberin (§§ 293, 298 BGB), keine Unzumutbarkeit der Annahme

1. Vorliegen eines erfüllbaren Anspruchs auf Arbeitsleistung

Das Arbeitsverhältnis muss erfüllbar sein, d.h. die Arbeitnehmerin muss zur Arbeitsleistung verpflichtet und die Arbeitgeberin zur Annahme berechtigt sein.¹¹ Da das Arbeitsverhältnis vorliegend besteht, ist dieses erfüllbar.

2. Ordnungsgemäßes Angebot der Arbeitnehmerin

Damit I in Verzug kommt, müsste B ihre Arbeitsleistung der I ordnungsgemäß angeboten haben, § 294 BGB, und I diese nicht angenommen haben, § 293 BGB.

„Ein wörtliches Angebot des Arbeitnehmers (§ 295 BGB) genügt, wenn der Arbeitgeber ihm zuvor erklärt hat, er werde die Arbeit nicht annehmen oder er sei nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer in einem die tatsächliche Heranziehung übersteigenden Umfang zu beschäftigen. [...] Zudem kann ein Angebot der Arbeitsleistung ausnahmsweise nicht erforderlich sein, wenn offenkundig ist, dass der Gläubiger auf seiner Weigerung, die geschuldete Leistung anzunehmen, beharrt [...] oder er aus offensichtlichen rechtlichen Gründen die geschuldete Leistung nicht annehmen kann.“¹²

B wollte am 10.5.2022 nach dem Ende des ihr gewährten Urlaubs ihre Arbeit bei I wiederaufnehmen und ist hierzu persönlich am Betrieb erschienen. Damit hat sie ihre Leistung tatsächlich angeboten i.S.d. § 294 BGB.

3. Leistungswilligkeit und Leistungsfähigkeit der Arbeitnehmerin

B müsste leistungswillig und leistungsfähig gewesen sein, die geschuldete Arbeitsleistung zu bewirken. Dabei obliegt der Arbeitgeberin eine Darlegungs- und Beweislastpflicht dahingehend, ob die Arbeitnehmerin „zur Leistung objektiv außer Stande oder subjektiv nicht bereit war.“

a) Leistungswilligkeit

B müsste leistungswillig gewesen sein. Soweit die Arbeitnehmerin nicht in der Lage ist, die geschuldete Arbeitsleistung zu bewirken, gerät die Arbeitgeberin nicht in Annahmeverzug, § 297 BGB. Der Leistungswille hat sich auf die i.S.v. § 294 BGB zu bewirkende Beschäftigung zu beziehen.

B wollte am 10.5.2022 ihre Tätigkeit als Lagerarbeiterin bei I nach ihrem Urlaub wiederaufnehmen und erschien pünktlich am Werkstor. B war damit leistungswillig.

b) Leistungsfähigkeit

B müsste auch leistungsfähig gewesen sein. Leistungsfähigkeit setzt voraus, dass die Arbeitnehmerin tatsächlich und rechtlich zur geschuldeten Arbeitsleistung in der Lage ist. Unabhängig davon, ob die Leistungsunfähigkeit der Arbeitnehmerin tatsächliche oder rechtliche Ursachen hat, stellt diese i.d.R. ein objektives Leistungshindernis dar.¹³

¹¹ Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, BGB § 615 Rn. 10.

¹² BAG, Urt. v. 10.8.2022 – 5 AZR 154/22, Rn. 15.

¹³ BAG, Urt. v. 10.8.2022 – 5 AZR 154/22, Rn. 22.

Für die Aufrechterhaltung des arbeitsvertraglichen Vergütungsanspruches verlangt § 615 S. 1 BGB nach seinem Wortlaut nur, „dass der Arbeitgeber die vom leistungswilligen und leistungsfähigen Arbeitnehmer angebotene Arbeitsleistung nicht annimmt. Aus welchem Grund dies geschieht und ob der Arbeitgeber dies verschuldet hat, ist [...] ohne Bedeutung [...]. Die Annahme der Arbeitsleistung ist arbeitsvertraglich keine Pflicht, sondern lediglich eine Obliegenheit des Gläubigers (Arbeitgebers). Jedes den Erfüllungseintritt verhindernde Verhalten des Arbeitgebers ist letztlich eine Nichtannahme der Leistung [...]“¹⁴

B war nicht erkrankt, auch nicht an COVID-19, sodass sie grundsätzlich leistungsfähig war.

Fraglich ist zudem, ob B die Quarantäneanordnung der I zu befolgen hatte und ob B damit auch rechtlich in der Lage war, ihre Arbeitsleistung zu erbringen. Dadurch, dass es keine bundesgesetzliche Vorgabe oder bundesweit geltende Verordnung zur Einhaltung einer Quarantäne nach Reiserückkehr aus einem Risikogebiet gab und B zudem nicht aufgrund landesrechtlicher Verordnung verpflichtet war, sich nach der Rückkehr aus der Türkei in Quarantäne zu begeben, bestanden keine öffentlich-rechtlichen Vorgaben, sodass B die Arbeitsleistung nicht rechtlich unmöglich war. Die Anordnung einer häuslichen Quarantäne durch die Arbeitgeberin ist nicht durch das Direktionsrecht nach § 106 GewO gedeckt.¹⁵

Dass I dem B vorübergehend untersagte, das Betriebsgelände zu betreten, ist nicht gleichzusetzen mit einem Unvermögen zur Erbringung der Arbeitsleistung i.S.d. § 297 BGB. I ist dafür verantwortlich, dass B nicht an ihren Arbeitsplatz gehen konnte und damit für das Leistungshindernis.

„Für Ansprüche aus § 615 Satz 1 i.V.m. § 611a Abs. 2 BGB ist grundsätzlich unerheblich, aus welchem Grund dies geschieht und ob der Arbeitgeber dies verschuldet hat. Der Arbeitgeber ist deshalb auch dann, wenn er aus Präventionsgründen – ohne infektionsschutzrechtliche behördliche Anordnung – den Arbeitnehmer freistellt, diesem für die Zeit der Freistellung zur Vergütungsfortzahlung verpflichtet.“¹⁶

B war mithin leistungsfähig.

4. Nichtannahme des Angebots durch die Arbeitgeberin

B wurde der Zutritt zum Werksgelände verweigert. Zudem hat I mit Schreiben vom 13.5.2022 ausdrücklich erklärt, sie werde die Arbeitsleistung der B bis einschließlich 22.5.2022 nicht annehmen. Demnach hat I das Angebot der B zur Leistung nicht angenommen.

Fraglich ist, ob I die Annahme der Arbeitsleistung der B „nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Arbeitslebens“¹⁷, also aufgrund der konkreten betrieblichen Umstände unzumutbar war.

Vorliegend umfasst die Tätigkeitsbeschreibung der B das Zusammenstellen der Kundenbestellungen sowie das korrekte Verpacken und Verschicken der Kundenbestellungen. Direkten Kontakt mit Lieferant*innen oder Kund*innen hat sie jedoch nicht.

¹⁴ BAG, Urt. v. 10.8.2022 – 5 AZR 154/22, Rn. 24.

¹⁵ BAG, Urt. v. 10.8.2022 – 5 AZR 154/22, Rn. 36.

¹⁶ BAG, Urt. v. 10.8.2022 – 5 AZR 154/22, Rn. 37.

¹⁷ BAG, Urt. v. 10.8.2022 – 5 AZR 154/22, Rn. 39.

Annerfelt/Rettenmaier: Irgendwer ist immer krank!

Mithin hält sich das Infektionsrisiko, das von B ausgeht, in Grenzen. Das Hygienekonzept der I schließt vielmehr generell und unabhängig von den konkreten Gegebenheiten vor Ort nach Rückkehr aus einem Risikogebiet eine Beschäftigung für die Dauer von 14 Tagen aus.

Allerdings muss auch festgestellt werden, dass I für den Gesundheitsschutz ihrer Arbeitnehmer*innen gesetzlich und vertraglich verantwortlich ist. Nach § 618 Abs. 1 BGB hat die Arbeitgeberin Dienstleistungen, die unter ihrer Anordnung oder ihrer Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, dass die Arbeitnehmer*innen gegen Gefahren für Leben und Gesundheit soweit geschützt sind, als die Natur der Dienstleistung es gestattet. Zu diesen Gefahren gehört auch ein mögliches Ansteckungsrisiko durch Kolleg*innen, welches die Arbeitgeberin möglichst gering zu halten hat.¹⁸

Fraglich ist mithin, ob I mildere und gleich wirksame Mittel als die Anordnung eines vierzehntägigen Betretungsverbot zur Verfügung standen, um den „erforderlichen und angemessenen Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer zu erreichen, einen ordnungsgemäßen Betriebsablauf sicherzustellen und zugleich die berechtigten Interessen der Arbeitnehmer zu wahren.“¹⁹ I hätte B zum einen ein Betretungsverbot aussprechen können, ohne die Zahlung der Vergütung einzustellen. Oder sie hätte von B unmittelbar vor der Arbeitsaufnahme die Vorlage eines tagesaktuellen negativen PCR-Tests verlangen können, was das zugegebenermaßen immer verbleibende Restrisiko einer Infektion zumindest reduziert hätte.

„Das angeordnete 14-tägige Betretungsverbot für den Betrieb bei gleichzeitigem Verlust des Vergütungsanspruchs erweist sich hiernach auch unter Berücksichtigung des an sich anerkennenswerten Ziels, den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer zu optimieren und den Betrieb aufrechtzuerhalten, als nicht erforderlich, jedenfalls aber als nicht verhältnismäßig im engeren Sinne und daher unbillig i.S.v. § 106 S. 2 i.V.m. S. 1 GewO.“²⁰

Das Interesse der I an der Aufrechterhaltung eines ungestörten Betriebsablaufs überwiegt somit nicht dem Interesse der B am Erhalt ihrer arbeitsvertraglichen Vergütung.

Demnach war I die Annahme der Arbeitsleistung der B nicht objektiv unzumutbar. Mithin befand sich I im Annahmeverzug.

5. Zwischenergebnis

Rechtsfolge des Annahmeverzugs nach § 615 S. 1 BGB ist die Aufrechterhaltung des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs. B hat mithin trotz Nichtleistung der Arbeit Anspruch auf die vereinbarte Vergütung.

IV. Ergebnis

B hat mithin für den Zeitraum von vom 10.5.2022 bis 22.5.2022 Anspruch gegen I auf Zahlung ihres arbeitsvertraglich vereinbarten Entgeltes.

¹⁸ BAG, Urt. v. 10.8.2022 – 5 AZR 154/22, Rn. 43.

¹⁹ BAG, Urt. v. 10.8.2022 – 5 AZR 154/22, Rn. 46.

²⁰ Ebenda.

Lösung Fall 3

Fraglich ist ob die Kündigungsschutzklage des C vom 9.9.2022 begründet ist. Dies ist der Fall, wenn der Arbeitsvertrag zwischen C und I nicht durch die Kündigung vom 2.9.2022 beendet wurde.

I. Vorliegen eines wirksamen Arbeitsvertrages

Zwischen C und I besteht seit sieben Jahren ein Arbeitsvertrag.

II. Vorliegen einer wirksamen Kündigungserklärung, §§ 623, 126 Abs. 1 BGB

Die Kündigung erfolgte in Form eines Schreibens vom 2.9.2022, sodass die nach §§ 623, 126 Abs. 1 BGB erforderliche Schriftform gewahrt wurde. Auch wurde das Schreiben vom gem. § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG vertretungsberechtigten Geschäftsführer unterschrieben. Die Kündigung als einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung ist C auch i.S.d. § 130 Abs. 1 BGB zugegangen. Eine wirksame Kündigungserklärung liegt somit vor.

III. Kündigungsfrist

Da C sieben Jahre bei I beschäftigt ist, kommt § 622 Abs. 2 Nr. 2 BGB zur Anwendung. Die Kündigungsfrist beträgt demgemäß zwei Monate zum Ende eines Kalendermonats. Somit hat I dem C fristgerecht gekündigt.

IV. Präklusionsfrist

C müsste die Klageerhebungsfrist aus §§ 4, 7 KSchG eingehalten haben. Die Kündigung ist C am 5.9.2022 zugegangen, sodass die Klageerhebung am 9.9.2022 fristgerecht erfolgte.

V. Anhörung des Betriebsrats

Der Betriebsrat wurde ordnungsgemäß angehört, gem. § 102 Abs. 1 S. 1 BetrVG. Der Betriebsrat muss der Kündigung nicht zustimmen.²¹ I durfte somit C kündigen, obwohl der Betriebsrat seine Zustimmung verweigert bzw. widersprochen hat.

VI. Allgemeiner Kündigungsschutz

1. Anwendbarkeit des KSchG

Da im Betrieb der I mehr als zehn Arbeitnehmer*innen tätig sind, ist der betriebliche Anwendungsbereich des KSchG gem. § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG eröffnet. Zudem bestand das Arbeitsverhältnis zwischen A und I bereits länger als sechs Monate. Somit ist auch der persönliche Anwendungsbereich gem. § 1 Abs. 1 KSchG eröffnet.

²¹ Kania, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl. 2024, BetrVG § 102 Rn. 16.

2. Soziale Rechtfertigung der Kündigung, § 1 Abs. 2 S. 1 Var. 1 KSchG

Die Kündigung könnte sozial ungerechtfertigt gem. § 1 Abs. 2 KSchG und damit rechtsunwirksam gem. § 1 Abs. 1 KSchG sein. Dies ist der Fall, wenn die Kündigung nicht durch einen in § 1 Abs. 2 KSchG aufgezählten Grund gerechtfertigt ist.

In Betracht kommt eine krankheits- und somit personenbedingte Kündigung, § 1 Abs. 2 S. 1 Var. 1 KSchG. Dabei kann man zwischen vier verschiedenen Gruppen unterscheiden: Kündigung wegen lang andauernder Krankheit, wegen häufiger Kurzeiterkrankungen, wegen krankheitsbedingter Minderung der Leistungsfähigkeit oder wegen dauernder Leistungsunfähigkeit.²²

Vorliegend könnte es sich um eine Kündigung wegen häufiger Kurzeiterkrankungen handeln.

Bei der krankheitsbedingten Kündigung erfolgt die Wirksamkeitsprüfung in drei Stufen: Zunächst muss eine negative Prognose hinsichtlich der voraussichtlichen Dauer der Arbeitsunfähigkeit bestehen. Dies muss auf zweiter Stufe zu einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen führen. Zudem muss die Interessenabwägung auf dritter Stufe ergeben, dass die betriebliche Beeinträchtigung zu einer billigerweise nicht mehr hinzunehmenden Belastung der Arbeitgeberin führt und als letztes Mittel deshalb nur die Kündigung bleibt.

a) Negative Prognose

Die krankheitsbedingte Kündigung setzt eine negative Prognose voraus. Dies ist eine auf Grund objektiver Umstände festzustellende Tatsache, dass nach dem Beendigungstermin mit weiteren krankheitsbedingten Störungen im Hinblick auf die vom Arbeitnehmer geschuldete Arbeitsleistung zu rechnen ist.²³ Dabei ist im ersten Schritt zunächst zu prüfen, ob in der Vergangenheit wiederholt Erkrankungen aufgetreten sind. Soweit diese nicht ausgeheilt sind, kann die Arbeitgeberin darauf ihre Vermutung stützen, dann auch in Zukunft mit Krankheitszeiten in entsprechendem Umfang zu rechnen ist.

„Vorbehaltlich besonderer Umstände des Einzelfalls ist für die Erstellung der Gesundheitsprognose ein Referenzzeitraum von drei Jahren maßgeblich. [...] Maßgeblicher Zeitpunkt zur Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung ist der Zeitpunkt der Kündigungserklärung“.²⁴

Vorliegend kann festgestellt werden, dass C in (fast) jedem Jahr seiner Arbeit bei I wegen häufiger Kurzerkrankungen die Sechs-Wochen-Grenze (30 Sollarbeitstage) überschritten hat. Im Referenzzeitraum war C in den Jahren 2019 und 2020 an 53 und 64 vollen Sollarbeitstagen wegen häufiger Kurzerkrankungen arbeitsunfähig erkrankt. Im Jahr 2021 fehlte C an insgesamt 78 vollen Sollarbeitstagen wegen häufiger Kurzerkrankungen. 2022 hat er bereits 38 Fehltage gesammelt.

Im nächsten Schritt muss jedoch berücksichtigt werden, dass das Grundleiden des C mit dem Beginn der neuen Therapie so therapiert wurde, dass die Gefahr der Wiederholung weitestgehend ausgeschlossen ist. Seine Autoimmunerkrankung wird mit neuen Medikamenten behandelt, welche das Immunsystem derart regulieren, dass mit keinen weiteren Fehlzeiten aufgrund der Immunerkrankung gerechnet werden muss.

²² Oetker, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl. 2024, KSchG § 1 Rn. 111.

²³ Oetker, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl. 2024, KSchG § 1 Rn. 114.

²⁴ LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 5.10.2021 – 6 Sa 244/20, Rn. 33.

Annerfelt/Rettenmaier: Irgendwer ist immer krank!

„Dieses Vorbringen [...] ist im Hinblick auf ihre Grunderkrankung geeignet, die negative Zukunftsprognose durch die Fehlzeiten in der Vergangenheit zu erschüttern [...]. Sprechen schon im Zeitpunkt der Kündigung [...] objektive Umstände dafür, dass die Arbeitsunfähigkeit möglicherweise von absehbarer Dauer sein wird, kann keine negative Prognose gestellt werden.“²⁵

Durch die Erklärung des C gegenüber I, dass seine neue Therapie so erfolgreich ist, dass sein Grundleiden geheilt wurde und somit die Gefahr der Wiederholung ausgeschlossen ist, hat C die negative Zukunftsprognose durch die Fehlzeiten in der Vergangenheit erschüttert. Damit kann festgestellt werden, dass die negative Gesundheitsprognose bei C zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs nicht vorgelegen hat. Es war am 2.9.2022 nicht mehr mit häufigen Kurzerkrankungen des C von jährlich insgesamt mehr als sechs Wochen zu rechnen.

b) Zwischenergebnis

Nachdem es bereits an einer negativen Zukunftsprognose des C i.S.d. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG fehlt, kommt es darauf, ob die weiteren Voraussetzungen für eine soziale Rechtfertigung einer krankheitsbedingten Kündigung vorliegen, nicht mehr an.

3. Zwischenergebnis

Die Kündigung ist mithin nicht sozial gerechtfertigt.

VII. Ergebnis

Die Kündigungsschutzklage des C vom 9.9.2022 ist begründet.

²⁵ LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 5.10.2021 – 6 Sa 244/20, Rn. 33.

Examensübungsklausur: Die falsche Gisela

Wiss. Mitarbeiter Nico Halkenhäuser, LL.B., Wiss. Mitarbeiter Maximilian Kluckert, LL.B., Mannheim*

Die Klausur wurde im November 2023 im Rahmen des Examensklausurenkurses und der Klausurenklinik an der Universität Mannheim gestellt. Die erste Aufgabe ist angelehnt an ein Urteil des Arbeitsgerichts Berlin.¹ Trotz ihres ungewöhnlichen (und ungewöhnlich langen) Sachverhalts handelt es sich um eine eher leichte Examensklausur, deren Probleme im Allgemeinen Teil des BGB und in der Vertragsauslegung angesiedelt sind. Die Klausur lässt sich ohne umfangreiches Spezialwissen und unter Anwendung methodischer Grundsätze gut lösen. Wie so oft kommt es daher vor allem auf eine gute Struktur, gutachterliche und methodische Präzision² und durchdachte Argumentationen an.

Sachverhalt

Die Rundfunkanstalt Mannheim (R) ist eine Fernsehanstalt, die einen eigenen Sender betreibt. Sie ist in der Form einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts organisiert und in der Trägerschaft des Landes Baden-Württemberg. R ist Teil der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (ÖRR) im Sinne des Rundfunkstaatsvertrags und wird daher aus Mitteln des Rundfunkbeitrags finanziert.

R ist im Zuge mehrerer Enthüllungen über die Einkommensstruktur ihrer Geschäftsleitungsmitglieder in eine schwere Krise geraten. Die Öffentlichkeit ist erzürnt, dass die aus öffentlichen Geldern finanzierte Rundfunkanstalt ihrem Führungspersonal horrende Vergütungen zahlt. Weil die Rundfunkanstalt auch in der Politik zunehmend kritisch hinterfragt wird, will sie den PR-Turnaround schaffen. Sie sucht deshalb eine neue Intendantin (Vorsitzende der Geschäftsleitung), die insbesondere Führungskompetenzen und Erfahrung in der Leitung einer Rundfunkanstalt aufweisen soll. Die „Headhunter“ bei R werden schnell fündig: Gisela Gouda (Go), ehemalige Intendantin einer anderen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt und gemeinhin als „Saniererin“ für angeschlagene Unternehmen bekannt, soll es werden. In der Personalabteilung der R kommt es aber bei der internen Übermittlung zu einem Missgeschick: Dem zuständigen Gremium wird fälschlich nicht Gisela Gouda, sondern Gisela Gauber (G) vorgeschlagen. Die vierzigjährige G war zwar ebenfalls in der Vergangenheit bei einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt angestellt, dort aber „nur“ als Assistentin in der Programmdirektion tätig. Das bei R zuständige Gremium schickt G postalisch eine Einladung zu einem „Kennenlerngespräch“, in der man sie sehr für ihre Verdienste um den öffentlich-rechtlichen Rundfunk lobt und fragt, ob sie sich vorstellen könne, Intendantin bei R zu werden. G ist höchst erfreut, als der Brief sie erreicht. Sie weiß zwar um ihre Namensähnlichkeit zur berühmten Persönlichkeit Gisela Gouda und witzelt noch mit ihrem Mann, dass es sich sicher um eine Verwechslung handle. Sie ergreift aber die Gelegenheit und erscheint kurz darauf vor dem Gremium der R, wo sie herzlich empfangen wird.

* Die Autoren sind Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wirtschafts- und Arbeitsrecht (Prof. Dr. Friedemann Kainer) an der Universität Mannheim und Doktoranden ebenda. Diese danken den Hilfskräften des Lehrstuhls für deren tatkräftige Unterstützung bei der Erstellung des Manuskripts.

¹ ArbG Berlin, Urt. v. 1.9.2023 – 21 Ca 1751/23, 21 Ca 3464/23.

² Hierzu empfehlenswert Halkenhäuser/Blum, JuS 2021, 297.

Um ein eigentliches Vorstellungsgespräch handelt es sich nicht – die Mitglieder des Gremiums tauschen sich mit G vielmehr über die Senderlandschaft, die Zukunft des linearen Fernsehens und allgemeine Medienentwicklungen aus. Nach ihren bisherigen Tätigkeiten wird G nicht gefragt. Obwohl sie in dem Einladungsschreiben und im Kennenlerngespräch stets mit ihrem richtigen Namen angesprochen wurde, beschleicht sie immer mehr das Gefühl, dass man sich bei R vertan haben muss und eigentlich Gisela Gouda einstellen wollte. Irgendwann holt der Vorsitzende des Gremiums dann ein Dokument hervor und legt es G vor. Dabei handelt es sich um einen Dienstvertrag, der auf drei Jahre befristet ist und G ein Jahreseinkommen von 400.000 € garantiert. Außerdem wird G von der Rundfunkanstalt ein sog. Ruhegeld eingeräumt. Der entsprechende § 7 des Dienstvertrags lautet:

„Mit dem Ende des Dienstverhältnisses erwirbt die Dienstleisterin einen Anspruch auf monatliche Zahlung i.H.v. jeweils 20.000 € (Ruhegeld). Dieser Anspruch ist zeitlich unbefristet.“

Der Vertrag entstand nach einer zustimmenden Abstimmung in Verwaltungs- und Rundfunkrat und trägt die erforderlichen Unterschriften.

G glaubt kaum, was sie da sieht. Aktuell verdient sie etwa 60.000 € brutto im Jahr und nun bietet man ihr – über drei Jahre hinweg – eine Vergütung in Millionenhöhe. Vor allem über das Ruhegeld ist sie höchst erstaunt. Ihr wird sofort klar, dass sie nur einen einzigen Tag arbeiten muss, um für den Rest ihres Lebens monatlich 20.000 € zu erhalten, ohne irgendetwas dafür zu leisten. Sie könnte sogar noch nebenher arbeiten gehen, ohne dass eine Anrechnung erfolgt. Sie rechnet grob, dass sie – bei unterstellten 40–50 Jahren Restlebenserwartung – gut und gerne 10 Millionen € bekommen wird. Sie denkt in diesem Moment nochmal daran, dass es sich um eine Verwechslung handeln muss. Weil der Vertrag aber ihren richtigen Namen enthält, beseitigt sie ihre Zweifel mit einem gedanklichen „und wenn schon“ und unterschreibt den Vertrag.

G ist voller Tatendrang. Sie verbleibt in den Räumlichkeiten der R und macht sich, in ihrem neuen Büro angekommen, frisch ans Werk. Im Hintergrund braut sich aber einiges zusammen: Als die Kommunikationsabteilung noch am selben Morgen die ersten Social Media-Beiträge und Pressemitteilungen über die Neubesetzung der Intendantinnenstelle veröffentlicht, haben die meisten Kommentatoren nur Hohn übrig. „Gisela Gouda auf Wish bestellt“ lauten noch die nettesten Umschreibungen. Und langsam dämmert es auch den Zuständigen bei R, dass da etwas schief gegangen sein muss. Nach einigen sehr hektisch einberufenen Sitzungen ist klar: Man hat die falsche Gisela eingestellt. Sofort wird die Rechtsabteilung damit beauftragt, Möglichkeiten der „Rückabwicklung“ der Anstellung auszuloten. G wird über den peinlichen Skandal vorerst nicht in Kenntnis gesetzt.

Die Rechtsabteilung hat unterdessen aber noch ein Problem aus der Vergangenheit zu lösen: Kurz vor ihrem Abschied von R hatte die ehemalige Intendantin L noch die Ehrenhof Film GmbH (E) mit einem Projekt beauftragt. Bei der Produktion des Sendematerials, das bei R ausgestrahlt wird, bedient sich die Rundfunkanstalt traditionell externer Produktionsdienstleister, so auch bei E. Die Beauftragung externer Unternehmen kann in gewissen Fällen ohne öffentliche Ausschreibung, also im Direktvergabeverfahren, erfolgen. Dafür wird ein privatrechtlicher Vertrag zwischen der Rundfunkanstalt und der Produktionsgesellschaft geschlossen.

Am Telefon erläuterte L dem bei E zuständigen Mitarbeiter X damals, dass sie sich eine dreißigminütige Dokumentation über die in Mannheim stattgefundene Bundesgartenschau 2023 wünsche. Diese solle „tolle, eindringliche Bilder liefern“. Der letztendliche, wirksam zustande gekommene Vertrag enthält in Bezug auf den anzufertigenden Film nur die Klausel:

„E verpflichtet sich gegenüber R zur Herstellung einer dreißigminütigen Filmdokumentation über die Bundesgartenschau 2023.“

Es wurde eine Vergütung i.H.v. 100.000 € vereinbart.

Kurze Zeit später erhielt L von X dann eine Mail, in der er freudig verkündete, dass die betreffende Dokumentation im Anhang zu finden sei und man bitte auf das unten angegebene Konto die Vergütung zahlen möge. Und in der Tat enthält die Datei eine exakt dreißigminütige Dokumentation über die Bundesgartenschau 2023 – sehr gut recherchiert noch dazu. Das Problem: Die gezeigten Filmsequenzen (unterbrochen durch textliche „Einspieler“ und unterlegt mit einer Kommentierung und Musik) sind ausnahmslos Zusammenschnitte alter Filmbeiträge des Nachrichtenprogramms der R, die E bereits für R produziert hatte. Die Rechte an dem Material – durchweg Filmaufnahmen der Bundesgartenschau 2023 – waren bei E verblieben und R nur ein einfaches Nutzungsrecht daran eingeräumt worden. L erkennt diese „Frechheit“ sofort; als große Naturliebhaberin hat sie ja selbst alle früheren Beiträge über die „BUGA 23“ bei E in Auftrag gegeben. Sie ruft sofort bei X an und beschwert sich darüber, dass kein einziges bewegtes Bild in dieser Doku *neu*, sondern alles schon „gelaufenes Material“ sei. Das sei eine Video-Collage, aber keine Filmproduktion. X verweist hingegen auf seine künstlerische Freiheit als Filmschaffender und darauf, dass die Dokumentation – was zutrifft – in Informationsgehalt und Ästhetik hochwertig ist. Nur weil das nicht das sei, was man sich bei R vorgestellt habe, könne man E keinen Vorwurf machen. Schließlich habe sich E auch nicht zur Anfertigung neuer Filmaufzeichnungen, sondern nur zur Produktion einer Dokumentation verpflichtet. Und weil die verwendeten Nachrichtenfilme so gut seien, habe man auch ansprechende Bilder verarbeiten können. Das Telefonat endet ergebnislos. Unmittelbar im Anschluss schickt X der L – zu diesem Zeitpunkt noch vertretungsberechtigte Intendantin – eine E-Mail, in der er sie auffordert, „unser Werk unverzüglich abzunehmen“. L wurde kurz darauf entlassen, die E-Mail über zwei Wochen nicht beantwortet. Erst G, die nun die aufgelaufene (elektronische) Post der L durchforstet, entdeckt die E-Mail am Vormittag ihres zweiten Arbeitstages. Unsicher darüber, was in diesem Fall zu tun ist, besucht sie die Rechtsabteilung der R.

Was ebendieser Rechtsabteilung und dem gerade anwesenden Vorsitzenden des Einstellungsgremiums, der die Zustimmung der Rundfunk- und Verwaltungsräte eingeholt hat, sehr gelegen kommt: Man nutzt die Gelegenheit, um ihr mitzuteilen, dass sie mit sofortiger Wirkung ihrer Pflichten entbunden sei und R sich an den Dienstvertrag mit ihr nicht mehr gebunden fühle. Zur Begründung trägt man vor, dass die mit G vereinbarten Vergütungen – wie man nun in einer Revision durch die Rechtsabteilung festgestellt haben will – sittenwidrig seien. Ihre Vergütung sei schließlich aus Beitragszahlungen der Allgemeinheit finanziert. Vor allem das Ruhegeld, wonach G nun bis an ihr Lebensende 240.000 € pro Jahr zustünden, sei nicht mit dem Anstandsgefühl unserer Gesellschaft zu vereinbaren. Außerdem verweist man darauf, dass man sich in der Identität der G getäuscht habe. Man gesteht zwar ein, dass der Fehler in der Personalabteilung entstanden ist. Dies ändere aber nichts daran, dass G nicht die erforderlichen Eigenschaften für diese Tätigkeit aufweise. Außerdem fühle man sich von ihr getäuscht, weil ihr die Verwechslung doch hätte klar sein müssen. Spätestens beim Kennenlerngespräch hätte sie sich offenbaren können. G ist sich aber keiner Schuld bewusst, schließlich wurde sie – was zutrifft – stets mit ihrem richtigen Namen, aber nie auf ihre bisherigen Tätigkeiten angesprochen. Im Streit wird G von den Sicherheitskräften aus dem Gebäude entfernt. Danach ist ihr überhaupt nicht mehr danach zumute, für R zu arbeiten – das Ruhegeld will sie aber gerne dennoch beziehen.

Bearbeitungshinweis

Der Sachverhalt ist – ggf. hilfsgutachtlich – unter allen in Betracht kommenden Vorschriften des BGB zu prüfen. Es ist davon auszugehen, dass R bei allen Handlungen ordnungsgemäß vertreten wurde und dass zwischen R und G kein Arbeitsvertrag, sondern ein Dienstvertrag geschlossen wurde.

Aufgabe 1

Hat G einen Anspruch auf das vertraglich zugesagte Ruhegeld i.H.v. 20.000 € pro Monat?

Aufgabe 2

Hat E einen Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Vergütung i.H.v. 100.000 €?

Lösung

Aufgabe 1: Hat G einen Anspruch auf das vertraglich zugesagte Ruhegeld i.H.v. 20.000 € pro Monat?	499
I. Anspruch der G auf das monatliche Ruhegeld iHv 20.000 € aus § 7 Dienstvertrag gegen R	499
1. Anspruch entstanden	499
a) Einigung	499
b) Keine Unwirksamkeit der Klausel nach §§ 305 ff. BGB.....	500
c) Unwirksamkeit nach § 138 Abs. 2 BGB.....	500
d) Unwirksamkeit nach § 138 Abs. 1 BGB.....	500
e) Unwirksamkeit nach § 142 Abs. 1 BGB.....	502
aa) Anfechtbarkeit.....	502
bb) Anfechtungsgrund § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB	503
(1) Täuschung	503
(2) Widerrechtlichkeit	504
(3) Doppelte Kausalität.....	504
(4) Arglist	505
(5) Zwischenergebnis.....	505
cc) Anfechtungsgründe § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB und § 119 Abs. 2 BGB	505
dd) Anfechtungserklärung, § 143 Abs. 1, 2 BGB.....	506
ee) Anfechtungsfrist, §§ 121 Abs. 1, 124 Abs. 1 BGB.....	506
f) Zwischenergebnis.....	506
2. Erlöschen des Anspruchs wegen fristloser Kündigung, § 626 Abs. 1, Abs. 2 BGB.....	507
3. Ergebnis	507

II. Anspruch der G auf Schadensersatz in Form eines monatlichen Ruhegeldes aus § 122 Abs. 1 BGB	507
III. Anspruch der G auf Schadensersatz aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB.....	509
IV. Ergebnis.....	509
Aufgabe 2: Anspruch auf Zahlung des Werklohns i.H.v. 100.000 € aus § 631 Abs. 1 BGB ...	509
I. E könnte gegen R einen Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Vergütung i.H.v. 100.000 € aus § 631 Abs. 1 BGB haben.	509
1. Anspruch entstanden und nicht erloschen	509
2. Anspruch durchsetzbar	509
a) Abnahme nach § 640 Abs. 1 S. 1 BGB	510
b) Abnahmefiktion gem. § 640 Abs. 2 S. 1 BGB	510
aa) Fertigstellung des Werkes.....	510
bb) Fristsetzung.....	511
cc) Ausschluss der Fiktion aufgrund erfolgter Mangelrüge.....	512
dd) Treuwidrigkeit § 242 BGB	512
ee) Zwischenergebnis	513
c) Einrede des § 641 Abs. 3 BGB	513
II. Ergebnis.....	513

Aufgabe 1: Hat G einen Anspruch auf das vertraglich zugesagte Ruhegeld i.H.v. 20.000 € pro Monat?

I. Anspruch der G auf das monatliche Ruhegeld i.H.v. 20.000 € aus § 7 Dienstvertrag gegen R

G könnte gegen R einen Anspruch auf Zahlung des monatlichen Ruhegeldes i.H.v. 20.000 € aus § 7 des Dienstvertrages haben.

Hinweis: Bereits hier kann der erste Fehler entstehen, wenn Bearbeitende auf § 611 Abs. 1 BGB abstellen. Es handelt sich bei dem Ruhegeld zwar (siehe sogleich) um einen Teil der Hauptleistungspflicht der R – nur auf § 611 Abs. 1 BGB abzustellen, ist aber zu unpräzise: Es ist exakt diejenige Norm zu zitieren, aus der sich der fragliche Anspruch ergibt.

Dafür ist eine entsprechende Einigung zwischen G und R und das Eintreten der Voraussetzungen der Klausel nötig.

1. Anspruch entstanden

a) Einigung

G und R haben sich zunächst auf den Abschluss des Dienstvertrags geeinigt. Die Voraussetzungen des § 7 Dienstvertrag lägen damit grundsätzlich vor.

Die Regelung könnte jedoch unwirksam sein. Dann käme es auf die Voraussetzungen der Klausel nicht mehr an: § 7 des Dienstvertrags hätte insoweit keine regelnde Kraft mehr.

b) Keine Unwirksamkeit der Klausel nach §§ 305 ff. BGB

§ 7 des Dienstvertrags ist nicht nach §§ 305 ff. BGB unwirksam. Selbst wenn man die Klausel als AGB i.S.d. § 305 BGB betrachten würde, handelt es sich um eine Bestimmung der Leistung der R und damit um eine Preishauptabrede. Nach § 307 Abs. 3 BGB sind jedoch nur Abweichungen oder Ergänzungen von gesetzlichen Regelungen gem. §§ 307 ff. BGB kontrollfähig. Im Übrigen handelt es sich nicht um eine Klausel zum Nachteil des Vertragspartners. G soll dadurch gerade einen vorteilhaften Anspruch auf Ruhegeld erhalten.

c) Unwirksamkeit nach § 138 Abs. 2 BGB

Der Dienstvertrag könnte gem. § 138 Abs. 2 BGB nichtig sein. Objektiv erfordert der Tatbestand des § 138 Abs. 2 BGB ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung.³ Für die Bestimmung eines „auffälliges Missverhältnisses“ sind alle Umstände des Einzelfalls maßgeblich, wobei ein Missverhältnis regelmäßig dann anzunehmen ist, wenn die vom Schuldner zu erbringende Leistung um mindestens 100 % über dem Wert der Gegenleistung liegt.⁴ Ferner müsste der Wucherer ein beim Bewucherten vorliegendes „Schwäche Merkmal“ i.S.d. § 138 Abs. 2 BGB bewusst ausnutzen.⁵ Ein Missverhältnis könnte sich hier aus den horrenden Vergütungen für G im Vergleich zu ihrer mangelnden einschlägigen Berufserfahrung und auch in Zusammenschau mit ihrem bisherigen, wesentlich niedrigeren Gehalt ergeben. Allerdings befanden sich R bzw. ihre Gremien zu keiner Zeit in einer Ausnahmesituation, sondern in einem schlichten Irrtum über die Person der G. Dabei handelt es sich jedenfalls nicht um eines der in § 138 Abs. 2 BGB genannten Ausnahmemerkmale. Es liegt kein Wucher i.S.d. § 138 Abs. 2 BGB vor.

d) Unwirksamkeit nach § 138 Abs. 1 BGB

Der Vertrag könnte allerdings wegen Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein. Dafür müsste er gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denken verstoßen.⁶ Hierbei sind die herrschende Sozialmoral, aber auch rechtsethische Grundsätze und die Wertungen des Grundgesetzes zu berücksichtigen;⁷ als Richtwert können die Maßstäbe eines „anständigen Durchschnittsmenschen“ herangezogen werden, wobei stets eine Interessenabwägung im Einzelfall notwendig ist.⁸

³ Bitter/Röder, BGB, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 6 Rn. 51; Armbrüster, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 138 Rn. 267, 272.

⁴ Starre Grenzen für ein wucherisches Geschäft existieren allerdings nicht, vgl. Schack, BGB-Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2023, § 12 Rn. 256; Faust, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2023, § 10 Rn. 3; Mansel, in: Jauernig, BGB, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 138 Rn. 16.

⁵ Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, § 27 Rn. 1163 ff.; Wendtland, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 138 Rn. 50 ff.

⁶ Bitter/Röder, BGB, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 6 Rn. 36; Mansel, in: Jauernig, BGB, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 138 Rn. 6.

⁷ ArbG Berlin, Urt. v. 1.9.2023 – 21 Ca 1751/23, 21 Ca 3464/23, Rn. 50.

⁸ Bitter/Röder, BGB, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 6 Rn. 36; Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, § 27 Rn. 1181, 1183 ff.; Wendtland, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 138 Rn. 16 ff.

Zuvorderst zu berücksichtigen ist das Prinzip der Privatautonomie.⁹ Es steht den Parteien grundsätzlich frei, auch deutlich unverhältnismäßige Vergütungen zu vereinbaren, sofern zwischen ihnen „Waffengleichheit“ herrscht. Dies ist – was Regelungszweck des § 138 Abs. 2 BGB darstellt – insbesondere dann nicht der Fall, wenn eine Seite unter einer Zwangslage leidet, die die andere Seite zu ihrem Vorteil nutzt. So liegt es hier aber nicht. R hat, noch bevor die Zuständigen je ein Wort mit G gewechselt haben, bereits den fabelhaft dotierten Vertrag ausformuliert und G nurmehr zur Unterschrift vorgelegt. Dabei handelte R nicht in einer Zwangslage,¹⁰ sondern lediglich unter einem falschen Eindruck.

Anknüpfungspunkt für die Sittenwidrigkeit kann also nicht die Schutzbedürftigkeit der R sein, wohl aber das öffentliche Interesse an Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit des ÖRR. Der ÖRR wird vorrangig aus öffentlichen Mitteln finanziert, an denen sich grundsätzlich jeder deutsche Haushalt zu beteiligen hat.¹¹ Es handelt sich um eine Pflichtabgabe; die Beitragsverweigerung kann zu Bußen führen.¹² Die dieses – aus guten Gründen existierende¹³ – System tragende Öffentlichkeit hat deshalb einen Anspruch darauf, dass mit den so eingezogenen Geldern sorgsam und wirtschaftlich umgegangen wird. Dazu gehört es insbesondere, dass alle Leistungen, die der ÖRR erbringt, in einem angemessenen oder jedenfalls noch vertretbaren Verhältnis zu den erhaltenen Gegenleistungen stehen; unzulässig ist *Verschwendung*. Und an dieser Verhältnismäßigkeit bestehen hier größte Zweifel: Mag man noch darüber hinwegsehen, dass die Intendantin einer Rundfunkanstalt mehr verdient als der Deutsche Bundeskanzler¹⁴, lässt sich kaum plausibel erklären, warum dieser auch noch ein „Ruhegeld“ zu zahlen ist. Die Idee eines „Ruhegeldes“ besteht darin, einen potenziellen Arbeitsplatzverlust abzusichern: Wer an der Spitze eines Unternehmens steht, erhält in aller Regel nur befristete Verträge und muss dazu häufig „seinen Hut nehmen“, sobald das Unternehmen in Schwierigkeiten gerät. Das Ruhegeld soll ein Ausgleich für diese Arbeitsplatzunsicherheit sein und ist damit nicht prinzipiell verwerflich.

Vorliegend würde die Empfängerin einer solchen Leistung jedoch – selbst bei einem „Rauswurf“ oder bei einer Beschäftigung von nur einem Tag – bis an den Rest ihres Lebens jährlich rund 240.000 € aus öffentlichen Mitteln erhalten, was sich über die Lebenszeit der G zu einer Summe im achtstelligen Bereich addieren kann. Zudem kann G unmittelbar nach dem Ende ihrer (ggf. nur eintägigen) Tätigkeit bei R eine neue Stelle annehmen und erhält dennoch weiterhin 20.000 € im Monat. Das gleicht nicht nur das Risiko aus, den gegenwärtigen Arbeitsplatz zu verlieren, sondern ermöglicht es, nach Vertragsende sogar mehr Einkommen als während der Vertragslaufzeit zu generieren.¹⁵ Dementsprechend kann dem Vertrag kein anderer Zweck entnommen werden, als eine gegenleistungslose Alimentation auf Kosten der Beitragszahler, die nicht mit Verweis auf das Arbeitsplatzrisiko zu rechtfertigen ist.¹⁶ Schließlich könnte der Vorwurf der Verschwendung von Rundfunkgebühren durch Aus-

⁹ *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 138 Rn. 33; *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, § 27 Rn. 1182.

¹⁰ Um eine solche handelt es sich auch nicht in einer „Senderkrise“ um das öffentliche Ansehen.

¹¹ *Schult*, in: BeckOK InfoMedienR, Stand: 1.8.2023, MStV § 35 Rn. 6; *Lent*, in: BeckOK InfoMedienR, Stand: 1.8.2023, RBeitrStV § 2 Rn. 2 ff.

¹² *Gersdorf*, in: BeckOK InfoMedienR, Stand: 1.5.2021, RBeitrStV § 12 Rn. 9 ff.; *Krenberger/Krumm*, in: Krenberger/Krumm, Kommentar zum OWiG, 7. Aufl. 2022, § 96 Rn. 1.

¹³ Näher hierzu in *Bieber*, in: Voigt, Handbuch Staat, 2018, S. 795 ff.

¹⁴ Dieser verdient rund 30.000 € im Monat, vgl. <https://www.tagesschau.de/inland/kanzler-verdienst-101.html> (16.5.2024).

¹⁵ Vgl. ArbG Berlin, Urt. v. 1.9.2023 – 21 Ca 1751/23, 21 Ca 3464/23, Rn. 63.

¹⁶ Vgl. ArbG Berlin, Urt. v. 1.9.2023 – 21 Ca 1751/23, 21 Ca 3464/23, Rn. 50 ff.

gaben, die nicht die Qualität des Programmes verbessern, vor dem Hintergrund aktueller Diskussionen den Ruf und die Existenz des öffentlichen Rundfunks gefährden.¹⁷

Ob es zur Annahme der Sittenwidrigkeit ferner auf eine verwerfliche Gesinnung der Vertragsparteien oder wenigstens Kenntnis der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände ankommt,¹⁸ kann hier dahinstehen, da dies jedenfalls nicht gefordert wird, wenn sich die Sittenwidrigkeit aus dem objektiven Inhalt des Geschäfts ergibt.¹⁹

Nach alledem ist jedenfalls der entsprechende § 7 des Dienstvertrags, der den Ruhegeldanspruch begründet, sittenwidrig und deshalb nichtig. Ob sich die Nichtigkeit dieser Klausel entsprechend der Regel des § 139 BGB auf den gesamten Dienstvertrag erstreckt, kann hier, weil es nur um ebendiesen Anspruch geht, dahinstehen.

e) Unwirksamkeit nach § 142 Abs. 1 BGB

Der Vertrag könnte auch infolge einer von R erklärten Anfechtung nichtig sein, § 142 Abs. 1 BGB.

aa) Anfechtbarkeit

Es stellt sich die Frage, ob ein Rechtsgeschäft, das bereits aus anderen Gründen (hier: § 138 Abs. 1 BGB) nichtig ist, überhaupt noch angefochten werden kann. Dies wurde kurz nach Inkrafttreten des BGB noch mehrheitlich abgelehnt. Es herrschte die Vorstellung, dass ein nichtiges Rechtsgeschäft nicht existent sei.²⁰ So, wie man einen Toten nicht töten und ein bereits untergegangenes Schiff nicht mehr versenken könne, könne auch ein nichtiges Rechtsgeschäft nicht erneut vernichtet werden.²¹ Die Entdeckung der „Doppelwirkungen im Recht“²² durch *Theodor Kipp* 1911 war in dieser Hinsicht revolutionär und führte zu einer Abkehr von der zuvor naturalistischen Vorstellung.²³ Zunehmend gezweifelt wird zwar an der Bedeutung der *Kipp*'schen Lehre für diese Feststellung; für die konkrete Falllösung kommt es auf die theoretische Grundlegung dieses Phänomens aber nicht an. Unabhängig davon, ob man die Anfechtbarkeit nichtiger Rechtsgeschäfte über die *Kipp*'sche Lehre von der Doppelwirkung im Recht oder etwa eine teleologische²⁴ oder „offene sinnvolle“²⁵ Gesetzesauslegung zu begründen sucht,²⁶ ist jedenfalls heute unstrittig,²⁷ dass ein nichtiges Rechtsgeschäft angefochten werden kann.

¹⁷ ArbG Berlin, Urt. v. 1.9.2023 – 21 Ca 1751/23, 21 Ca 3464/23, Rn. 74.

¹⁸ Die Rechtsprechung des BGH hierzu ist uneinheitlich, die herrschende Auffassung in der Literatur hält ein subjektives Element allgemein für entbehrlich, vgl. zum Streitstand und der Rechtsprechung des BGH *Fischinger*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2021, § 138 Rn. 145.

¹⁹ So ausdrücklich BGHZ 94, 268 (272).

²⁰ Über den hier zu Tage tretenden Streit zwischen einer „realistischen“ respektive „normativen“ Sicht auf die Wirkung der Nichtigkeit auf eine Willenserklärung, sehr lehrreich *Herbert*, JZ 2011, 503.

²¹ Vgl. *Würdinger*, JuS 2011, 769 (770 a.E.).

²² Instruktion *Kipp*, in: FS v. Martitz, 1911, S. 211 (211 ff.).

²³ Das war nicht immer so. In der Anfangszeit nach *Kipps* Veröffentlichung gab es z.T. heftige Kritik an seinem neuen dogmatischen Ansatz, vgl. dazu *Schmelz*, JA 2006, 21 a.E.; *Würdinger*, JuS 2011, 769 (770 f.); *Herbert*, JZ 2011, 503 (505 f.); heute ist die Anfechtbarkeit eines nichtigen Rechtsgeschäfts allgemeine Auffassung, vgl. statt aller BGH NJW-RR 2017, 114 (115 f.); BGHZ, 183, 235 = NJW 2010, 610 (611); *Busche*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 142 Rn. 12; *Beurskens*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2024, § 142 Rn. 5 ff.

²⁴ So etwa *Oellers*, AcP 169 (1969), 67 (70).

²⁵ *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rn. 729.

²⁶ So etwa *Oellers*, AcP 169 (1969), 67 (70).

²⁷ BGH NJW-RR 2017, 114 (115 f.); BGHZ 183, 235 = NJW 2010, 610 (611).

Hinweis: Von den Bearbeitenden wird an dieser Stelle nicht erwartet, sich mit den verschiedenen dogmatischen Begründungsansätzen auseinanderzusetzen oder sich in der seit Jahrzehnten diskutierten Frage nach der fortwährenden Bedeutung der *Kipp*'schen Lehre zu positionieren.²⁸ Erforderlich, aber auch ausreichend, sind kurze Ausführung zum Problem und die Feststellung, dass dies heute nicht mehr ernstlich angezweifelt wird.

bb) Anfechtungsgrund § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB

In Betracht kommt zunächst eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB.

Hinweis: Es ist zwar nicht logisch zwingend, entspricht aber deutlich dem Parteiinteresse, die Anfechtungsgründe des § 123 Abs. 2 BGB, soweit sie in Betracht kommen, vor den anderen Anfechtungsgründen zu prüfen, weil diese für den Anfechtenden in der Rechtsfolge (längere Frist, keine Schadensersatzpflicht) günstiger sind.

(1) Täuschung

Dafür müsste G die R getäuscht haben. Eine Täuschung ist das bewusste Erregen, Aufrechterhalten oder Verstärken eines Irrtums durch Vorspiegeln falscher Tatsachen.²⁹ Eine *aktive* Täuschung durch G liegt keinesfalls vor; sie hat sich zu keinem Zeitpunkt als andere Person ausgegeben. In Betracht kommt eine Täuschung durch Unterlassen, die allerdings nur zur Anfechtbarkeit führt, wenn eine *Rechtspflicht* zur Aufklärung bestanden hat.³⁰ Dabei ist wiederum der Grundsatz der Privatautonomie zu beachten: Informationsasymmetrien, d.h. Wissensvorsprünge des Anbieters einer Sache oder Leistung gegenüber seinen potenziellen Vertragspartnern, sind unserem Wirtschaftssystem inhärent. Eine Pflicht, diesen (wirtschaftlich wertvollen) Wissensvorsprung durch aktive Aufklärung aufzugeben, kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht.³¹ Dafür kommt es auf die Besonderheiten des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben und der Verkehrssitte an.³²

²⁸ So empfiehlt etwa auch *Petersen*, Jura 2007, 673 (675 f.), explizit in der Prüfung nur dann Stellung zu den verschiedenen Auffassungen zu beziehen, wenn es darauf im konkreten Einzelfall ankommt. Der Kernfall, aus dem *Kipp* seine Lehre hergeleitet hat und der bis heute in der Literatur am eindringlichsten diskutiert wird, ist die Frage der Wirkung des § 142 Abs. 2 BGB für den Fall, dass ein Minderjähriger eine Sache an einen arglistig Täuschenden übereignet, die Eltern aber die Genehmigung des Rechtsgeschäfts verweigern. Der Vertrag ist dann schon gem. § 108 Abs. 1 BGB nichtig. Der Erwerber könnte aber gleichwohl nach §§ 929 S. 1, 932 BGB Eigentum erwerben, wenn er die Minderjährigkeit nicht kannte. Fraglich ist in dieser Konstellation, ob der Erwerber sich die Kenntnis der Anfechtbarkeit nach § 142 Abs. 2 BGB auch für seinen Eigentumserwerb zurechnen lassen muss, mit der Folge, dass er nicht gutgläubig i.S.d. § 932 Abs. 2 BGB wäre. Das Ergebnis muss lauten: Ja, anderenfalls stünde er besser, als wenn er nicht mit einem Minderjährigen kontrahiert hätte, denn dann wäre das Geschäft nicht schon nach § 108 Abs. 1 BGB nichtig und somit unzweifelhaft anfechtbar. In ebendieser Konstellation lässt sich auch sehr gut vertreten, dass sich die Redlichkeit des § 932 Abs. 2 BGB auf *alle* möglichen Gründe der Nichtberechtigung bezieht und daher auch ohne Doppelwirkung der Gutgläubenserwerb scheitert. Dazu lehrreich *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rn. 728 ff.; um dieses Problem geht es hier aber nicht, sodass längere Ausführungen zum Streitstand überflüssig sind.

²⁹ *Bitter/Röder*, BGB, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 7 Rn. 142; *Wendtland*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 123 Rn. 7.

³⁰ *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 47. Aufl. 2023, § 19 Rn. 3; *Mansel*, in: Jauernig, BGB, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 123 Rn. 4.

³¹ Vgl. *Bitter/Röder*, BGB, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 7 Rn. 145; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 47. Aufl. 2023, § 19 Rn. 3.

³² Vgl. BGH NJW 1983, 2493 (2494); *Armbrüster*, JuS 2013, 865 (867); zum Ganzen näher *Wendtland*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 123 Rn. 11 f.

Die Besonderheit des Einzelfalls liegt hier darin, dass sich die Namensverwechslung bei R für G geradewegs aufgedrängt hat: Es wird eine neue Intendantin gesucht und G trägt einen sehr ähnlichen Namen wie eine ehemalige Intendantin, die für diesen Posten in Frage käme. Ihre aktuelle Tätigkeit und ihr Gehalt stehen in keinem Verhältnis zu der Aufgabe und Besoldung, die R ihr nun anbietet. Sie verfügt über keine nennenswerten Erfahrungen in diesem Bereich. Ihr selbst ist die Möglichkeit einer Verwechslung auch mindestens zwei Mal in den Sinn gekommen. G wäre es jederzeit ein Leichtes gewesen, zumindest einmal *nachzufragen*, ob hier vielleicht eine Verwechslung vorliegt.

Hiergegen ließe sich einwenden, dass G stets und von Beginn an mit ihrem richtigen Namen angesprochen wurde. In dem Gespräch wurde auch zu keiner Zeit über ihre Berufserfahrung oder Vergangenheit gesprochen. Es gab insoweit keinen „natürlichen“ Zeitpunkt, das Missverständnis auszuräumen. Dennoch war die Verwechslung für G so offenkundig, dass man von einem redlichen Vertragspartner in Anbetracht eines so hochdotierten Angebots erwarten muss, auch die bloße Möglichkeit eines Irrtums auszuräumen. Mithin liegt eine Täuschung i.S.d. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB vor.

Hinweis: Eine andere Auffassung ist gut vertretbar. Man könnte argumentieren, dass R als große öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt über ausreichend Geschäftserfahrung und Gewissenhaftigkeit verfügen muss, um solche Irrtümer schon in der Entstehung zu verhindern, oder jedenfalls Sorge zu tragen, dass solche in einem Kennenlerngespräch beseitigt werden.

(2) Widerrechtlichkeit

Über den Wortlaut des § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB hinaus muss die Täuschung widerrechtlich sein.³³ Rechtfertigungsgründe, wie etwa ein Recht zur Lüge, sind nicht ersichtlich.

(3) Doppelte Kausalität

Die Täuschung müsste ferner den Irrtum bedingt haben, welcher wiederum ursächlich für die Abgabe der Willenserklärung gewesen sein muss.³⁴ Unstreitig ist, dass R die G ohne die Verwechslung nicht eingestellt hätte. Zweifeln könnte man aber, weil der Irrtum – also die Verwechslung zwischen G und Go – eingetreten ist, bevor man G kontaktierte. Ihre Täuschung war nicht ursächlich für das *Entstehen* des Irrtums. Darauf kommt es aber auch nicht an, wenn die Täuschung den Irrtum aufrechterhalten hat und diese Täuschung zeitlich vor Abgabe der Willenserklärung erfolgt ist.³⁵ Die letztendliche Willenserklärung der R – das Angebot zum Abschluss eines Dienstvertrags in Form des vorgelegten Vertrages – erfolgte erst am Ende des Kennenlerngesprächs. G hätte jede Möglichkeit gehabt, vor diesem Zeitpunkt, also im Laufe des Gesprächs, den Irrtum zu beseitigen. Es besteht folglich eine Mitursächlichkeit in Form des Aufrechterhaltens des Irrtums und damit doppelte Kausalität.

³³ Faust, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2023, § 20 Rn. 5; a.A. Arnold, JuS 2013, 865 (868), der die arglistige Täuschung stets als widerrechtlich betrachtet sowie Singer/v. Finckenstein, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2021, § 123 Rn. 32, denen zufolge der Gesetzgeber es als überflüssig angesehen hat, auch der arglistigen Täuschung das Attribut „widerrechtlich“ voranzustellen, weil er davon ausging, dass jede arglistige Täuschung auch widerrechtlich sei.

³⁴ Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, § 22 Rn. 871; Rehberg, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2024, § 123 Rn. 19 ff.

³⁵ Zur notwendigen zeitlichen Reihenfolge zwischen Täuschung und Willenserklärung vgl. BGH NZM 2010, 917 (918 Rn. 12); Armbrüster, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 21.

(4) Arglist

Diese Täuschung müsste arglistig, d.h. wenigstens eventualvorsätzlich, erfolgt sein.³⁶ Im Falle eines Unterlassens ist dafür erforderlich, dass der Täuschende den Irrtum für möglich hält und damit rechnet und es billigend in Kauf nimmt, dass der Vertragspartner den Vertrag ohne den Irrtum nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte.³⁷ Das ist für G anzunehmen: Sie hat es zwei Mal für möglich bzw. „fast sicher“ gehalten, dass bei R eine Verwechslung vorliegt; ihr muss auch klar gewesen sein, dass R sie nur aufgrund dieser Verwechslung einstellen wollte. Im Bewusstsein dieser Umstände hat sie sich, ausgedrückt durch das gedankliche „Und wenn schon“, mit der Möglichkeit einer Verwechslung und ihres (Unterlassens-)Beitrags bei der Aufrechterhaltung des Irrtums abgefunden. Sie handelte mindestens eventualvorsätzlich.

(5) Zwischenergebnis

Mithin liegen alle Voraussetzungen einer arglistigen Täuschung i.S.d. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB vor. Ein Anfechtungsgrund besteht.

cc) Anfechtungsgründe § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB und § 119 Abs. 2 BGB

Als weitere Anfechtungsgründe kommen ein Inhaltsirrtum (§ 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB) sowie ein Eigenschaftsirrtum (§ 119 Abs. 2 BGB) in Betracht.

Ein Inhaltsirrtum i.S.d. § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB liegt vor, wenn der Erklärende über die Bedeutung seiner Erklärung irrt.³⁸ Die vom Erklärenden gemeinte Bedeutung seiner Willensäußerung deckt sich dabei nicht mit ihrem objektiven, durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt.³⁹ Um einen Eigenschaftsirrtum nach § 119 Abs. 2 BGB handelt es sich hingegen, wenn sich der Erklärende über eine verkehrswesentliche Eigenschaft einer Person oder Sache geirrt hat und dieser daher fälschlicherweise nicht vorhandene Eigenschaften zuschreibt.⁴⁰ Eine Eigenschaft stellen alle gegenwärtigen, (wert-)prägenden Merkmale tatsächlicher oder rechtlicher Art dar, die einer Person oder Sache unmittelbar und für eine gewisse Dauer anhaften.⁴¹ Verkehrswesentlich ist dabei, worauf der Rechtsverkehr bei Geschäften dieser Art typischerweise Wert legt.⁴²

Da die Geschäftsleitung der R den Dienstvertrag mit G in der Annahme schloss, dass es sich bei ihr um die ehemalige Intendantin einer anderen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt und als „Saniererin“ für angeschlagene Unternehmen bekannte Go handelte, kommt grundsätzlich ein Inhaltsirrtum in Form eines Personenidentitätsirrtums (*error in persona*) in Betracht. Dazu müsste sich R bei Abschluss des Dienstvertrages auf eine konkrete Person bezogen haben, die aufgrund der konkreten Umstände nicht der eigentlich gemeinten Person entsprach.⁴³ Da G jedoch stets mit ihrem richtigen Namen angesprochen und auch als andere Vertragspartei in dem Dienstvertrag bezeichnet wurde, beruht der Irrtum seitens der R nicht auf einer fehlerhaften körperlichen Auswahl ihres Ver-

³⁶ *Wendtland*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 123 Rn. 17.

³⁷ Vgl. für die Fälle des Verschweigens eines Mangels beim Gebrauchtwagenkauf BGH NJW 2015, 1969 (1970) m.w.N. aus der Rechtsprechung; näher zur Arglist in Unterlassensfällen *Wendtland*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 123 Rn. 17.

³⁸ *Bitter/Röder*, BGB, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 7 Rn. 77.

³⁹ *Musielak*, Grundkurs BGB, 18. Aufl. 2023, § 5 Rn. 332.

⁴⁰ *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 119 Rn. 136 ff.; *Mansel*, in: Jauernig, BGB, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 119 Rn. 11 ff.

⁴¹ BGH NJW 2001, 226 (227).

⁴² *Bitter/Röder*, BGB, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 7 Rn. 105.

⁴³ *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 119 Rn. 81.

tragspartners, wie es für die Annahme eines Identitätsirrtums erforderlich wäre.⁴⁴ Vielmehr nahm die R fälschlich an, dass G über bestimmte Eigenschaften – nämlich ihre Geschäftserfahrung in der Leitung (angeschlagener) Rundfunkanstalten und Unternehmen – verfüge. Die berufliche Qualifikation sowie Erfahrung in der Unternehmenssanierung stellten dabei für den Abschluss des Dienstvertrages seitens R maßgebliche und somit verkehrswesentliche Eigenschaften dar. Für G war zudem erkennbar, dass die Vorstellung von bestimmten Eigenschaften – zumindest die der beruflichen Qualifikation – R in ihrer Willensbildung beeinflusst hatte⁴⁵, da sie angesichts ihrer alleinigen Erfahrungen als Assistentin und Versechsfachung des Gehaltes mehrmals eine Verwechslung erahnte. Es ist daher überzeugender, von einem Eigenschaftsirrtum i.S.d. § 119 Abs. 2 BGB auszugehen.

Hinweis: Auch hier ist das Ergebnis weniger entscheidend als die richtige Herleitung des Problems. Es handelt sich – und das galt es, zu erkennen – um einen atypischen error in persona, weil das Einstellungsgremium bei R die richtige Person im Bewerbungsgespräch körperlich identifiziert hat und die Verwechslung insoweit schon lange vor der Willensbildung eingetreten ist.

dd) Anfechtungserklärung, § 143 Abs. 1, 2 BGB

R müsste die Anfechtung gem. § 143 Abs. 1, 2 BGB gegenüber G erklärt haben. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Begriff „anfechten“ verwendet wird.⁴⁶ Es genügt, wenn sich unzweideutig nach objektivem Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) aus der Willensäußerung des Anfechtungsberechtigten ergibt, dass dieser sich von einem Rechtsgeschäft wegen eines Fehlers lösen will.⁴⁷ R hat deutlich zum Ausdruck gebracht, dass G mit sofortiger Wirkung ihrer Pflichten entbunden sei, und hierbei auch die Verwechslung und Täuschung angeführt. Es handelt sich um eine Anfechtungserklärung.

ee) Anfechtungsfrist, §§ 121 Abs. 1, 124 Abs. 1 BGB

Die Erklärung dürfte nicht verfristet sein. Hinsichtlich der arglistigen Täuschung bestehen wegen der Jahresfrist des § 124 Abs. 1 BGB keine Bedenken; aber auch die Anfechtung aufgrund des Eigenschaftsirrtums ist nicht verfristet. Die Verantwortlichen haben, trotz der erwartbaren Schwerfälligkeit einer gremienbesetzten Organisation, binnen eines Tages die Anfechtung erklärt. Darin kann kein schuldhaftes Zögern gesehen werden. Also ist vorliegend auch die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt, sodass es nicht darauf ankommt, inwieweit diese auf §§ 121 Abs. 1, 124 Abs. 1 BGB entsprechend übertragen⁴⁸ werden muss. Mithin wurde die Anfechtung fristgerecht erklärt.

f) Zwischenergebnis

Damit ist der Vertrag wegen Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB und wegen Anfechtung nach § 142 Abs. 1 BGB nichtig. Insbesondere ist dabei die Rechtsfolge des § 142 Abs. 1 BGB nicht entsprechend den Grundsätzen der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis einzuschränken. Unabhängig von der Arbeitnehmerähnlichkeit des vorliegenden Dienstverhältnisses, ist nämlich eine Täuschung durch G gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB und die Sittenwidrigkeit der Ruhegeldklausel nach § 138 Abs. 1

⁴⁴ Bitter/Röder, BGB, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 7 Rn. 80.

⁴⁵ Zu dieser Voraussetzung BGH NJW 2001, 226 (227).

⁴⁶ BGHZ 91, 324 (331) = NJW 1984, 2279; BGHZ 88, 240 (245) = NJW 1984, 230; BGH NJW 2017, 1660 (1663 Rn. 29).

⁴⁷ BGH NJW 2017, 1660 (1663 Rn. 29).

⁴⁸ Vgl. Temming, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 626 Rn. 9 m.w.N.

BGB gegeben, sodass gewichtige Interessen einer Anwendung der Grundsätze entgegenstehen. Der Anspruch auf Ruhegeld ist bereits nicht entstanden.

2. Erlöschen des Anspruchs wegen fristloser Kündigung, § 626 Abs. 1, 2 BGB

Das Kündigungsrecht aus § 626 Abs. 1 BGB wird nicht durch ein Anfechtungsrecht gem. der §§ 119 ff. BGB ausgeschlossen.⁴⁹ Vielmehr steht dem Berechtigten ein Wahlrecht zu.⁵⁰ Also ist die Erklärung der R nach dem objektiven Empfängerhorizont gem. §§ 133, 157 BGB auszulegen. Die Kündigung würde den Anspruch auf das Ruhegeld nicht beseitigen, sondern erst entstehen lassen: Das Aufleben des Ruhegeldanspruchs ist ja geknüpft an die „Beendigung“ des Dienstvertrags. Es ist daher offensichtlich die Erklärung der R nicht im Sinne einer Kündigung, sondern nur als Anfechtung zu verstehen.

3. Ergebnis

G hat nach alledem keinen Anspruch auf das Ruhegeld gegen R gem. § 7 des nichtigen Dienstvertrags.

II. Anspruch der G auf Schadensersatz in Form eines monatlichen Ruhegeldes aus § 122 Abs. 1 BGB

Denkbar wäre noch ein Anspruch der G aus § 122 Abs. 1 BGB. Dieser scheidet jedoch aus mehreren Gründen.

R hat den Vertrag mit G wirksam angefochten (siehe oben). Dabei kann sie sich als Anfechtungsgrund sowohl auf § 119 Abs. 2 BGB als auch auf § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB stützen. Eine Anfechtung kann auf mehrere Anfechtungsgründe gestützt werden, dies muss sich aber aus der ausgelegten Erklärung ergeben.⁵¹ Legt man jedoch die Erklärung der R nach dem objektiven Empfängerhorizont unter Berücksichtigung des Interesses der R aus, so stütze sich deren Erklärung lediglich auf § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB, da so in jedem Fall ein Schadensersatzanspruch der G als Rechtsfolge des § 122 Abs. 1 BGB vermieden werden kann.⁵²

Sieht man dies anders, oder lehnt eine Anfechtung aufgrund § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB ab, so stellt sich die Frage, wie sich das Bestehen weiterer Nichtigkeitsgründe neben § 119 Abs. 2 BGB (hier Nichtigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB) auf den Anspruch gem. § 122 Abs. 1 BGB auswirkt.

Teilweise wird vertreten, dass im Falle einer Nichtigkeit aus anderen Gründen bereits der Tatbestand des § 122 Abs. 1 BGB nicht erfüllt sei.⁵³ Andere halten § 122 Abs. 1 BGB in diesen Fällen für unanwendbar.⁵⁴ Aus dem Wortlaut des § 122 BGB geht dies jedoch nicht notwendigerweise hervor. Spricht dieser von einer Nichtigkeit nach § 118 BGB oder einer Anfechtung aufgrund §§ 119, 120 BGB, so ist damit nicht zwingend die Abwesenheit weiterer Nichtigkeitsgründe vorausgesetzt.

Rechtsgeschäfte können aus mehreren Gründen nichtig sein. Aus der Regelung der Schadensersatzpflicht geht der gesetzgeberische Wille hervor, nur bei Vorliegen eines der beiden benannten Fälle eine Schadensersatzpflicht zu statuieren, nicht aber allgemein in anderen Fällen. Damit ist

⁴⁹ Günther, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2024, § 626 Rn. 14 ff.

⁵⁰ Temming, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 626 Rn. 9.

⁵¹ RGZ 57, 358 (362); Rehberg, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2024, § 121 Rn. 19.

⁵² Faust, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2023, § 21 Rn. 13; zu den Rechtsfolgen des § 122 Abs. 1 BGB Wendtland, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 122 Rn. 6 ff.; Bitter/Röder, BGB, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 7 Rn. 135.

⁵³ Rehberg, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2024, § 122 Rn. 6.1.

⁵⁴ Singer, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2021, § 122 Rn. 3.

allerdings noch nicht gesagt, dass das Vorliegen *zusätzlicher* Nichtigkeitsgründe den Anspruch ausschließt. Vielmehr können andere neben die benannten Nichtigkeitsgründe treten, ohne dass dies etwas daran ändert, dass das Rechtsgeschäft (auch) aus den in § 122 Abs. 1 BGB vorausgesetzten Gründen nichtig ist. Dogmatisch ist daher eine teleologische Reduktion vorzunehmen. Eine teleologische Reduktion wird vorgenommen, wenn der Wortlaut einer Norm zu weit geraten ist, sie somit Fälle erfasst, die sie nach dem Willen des Gesetzgebers nicht erfassen sollte.⁵⁵

Hier wollte der Gesetzgeber eine Schadensersatzpflicht in den benannten zwei Fällen regeln. Diesen ist gemein, dass der Erklärungsgegner bei einer typisierten Betrachtung auf die Gültigkeit der Erklärung des Schadensersatzpflichtigen vertraut hat. Hat er dies nicht oder war sein Vertrauen nicht schutzwürdig, da er nicht auf die Gültigkeit hätte vertrauen dürfen (Fahrlässigkeit), so scheidet der Anspruch gem. § 122 Abs. 2 BGB aus. Dieser Gedanke greift auch, wenn das Rechtsgeschäft aufgrund § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB angefochten wurde; der Erklärungsgegner durfte dann nicht auf die Gültigkeit der Erklärung vertrauen.⁵⁶ Ebenso verhält es sich im Fall der Sittenwidrigkeit, wo die Rechtsordnung einen vertraglich gegebenen Zustand nicht akzeptiert und sich in die Gültigkeit dieses Vertrages daher kein schutzwürdiges Vertrauen bilden kann. In diesen Fällen besteht also bei einer typisierten Betrachtung im Gegensatz zu den geregelten Fällen kein schutzwürdiges Vertrauen des Erklärungsgegners. Erfasst der Wortlaut des § 122 Abs. 1 BGB auch diese Fälle, ist er also zu weit geraten und daher teleologisch zu reduzieren. Dieses Ergebnis überzeugt auch vor einem weiteren Hintergrund: Bei dem Schadensersatzanspruch des § 122 Abs. 1 BGB handelt es sich um eine verschuldensunabhängige Vertrauenshaftung⁵⁷, die durch die sog. Sphärentheorie begründet wird.⁵⁸ Der Haftungsgrund des Anfechtenden wird darin gesehen, dass der Mangel aus der Risikosphäre des Erklärenden stammt. Im vorliegenden Fall wäre das Rechtsgeschäft aber auch ohne eine Anfechtung nach den §§ 142 Abs. 1, 119 Abs. 2 BGB wegen der Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB unwirksam, sodass der die Wirksamkeit verhindernde Mangel nicht nur aus der Risikosphäre des Erklärenden (hier: G) stammt. Es liegt vielmehr ein beidseitiger Sittenverstoß (siehe oben) vor, der nicht lediglich einer Risikosphäre zuzuordnen ist. Vor diesem Hintergrund eine Schadensersatzpflicht aufzulegen, geht damit über den Sinn und Zweck der haftungsbegründenden Norm hinaus.

Der Anspruch gem. § 122 BGB ist außerdem auf Ersatz des negativen Interesses gerichtet.⁵⁹ G könnte allenfalls Kosten ersetzt verlangen, die ihr im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vertrages entstanden sind, nicht aber positive Gewährleistungen aus dem nichtigen Vertrag geltend machen.

Darüber hinaus ist der Anspruch des § 122 BGB auf das positive Interesse begrenzt, was bei einem aus anderen als den in § 122 BGB genannten Gründen nichtigen Vertrag null beträgt.⁶⁰

Zuletzt wäre der Anspruch auch gem. § 122 Abs. 2 BGB ausgeschlossen.

Ein Anspruch der G aus § 122 Abs. 1 BGB scheidet daher aus.

Hinweis: Eine so breite Erörterung ist nicht zu erwarten, die umfassende Darstellung hier dient nur didaktischen Zwecken.

⁵⁵ Vgl. *Bitter/Rauhut*, JuS 2009, 289 (289 f.); *Früh*, JuS 2021, 908.

⁵⁶ *Rehberg*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2024, § 123 Rn. 117 f.

⁵⁷ *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, § 22 Rn. 932; *Bitter/Röder*, BGB, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 7 Rn. 135.

⁵⁸ *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, § 22 Rn. 932.

⁵⁹ *Mansel*, in: Jauernig, BGB, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 122 Rn. 3.

⁶⁰ *Rehberg*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2024, § 122 Rn. 6.1.

III. Anspruch der G auf Schadensersatz aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB

Gleiches gilt für einen Anspruch aus culpa in contrahendo (c.i.c.). Dieser ist zwar nicht der Höhe nach beschränkt, jedoch ebenfalls auf den Ersatz desjenigen Schadens gerichtet, der im Vertrauen auf den Abschluss des (wirksamen) Vertrages entstanden ist.⁶¹ Auch hier scheidet ein Anspruch zusätzlich an der Nichtigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB: Zwar ist die c.i.c. nicht generell bei Vorliegen der Sittenwidrigkeit ausgeschlossen,⁶² allerdings scheidet ein Anspruch dann aus, wenn die c.i.c. den Zweck der Nichtigkeitsbegründenden Norm unterlaufen würde.⁶³ Der die Sittenwidrigkeit begründende Umstand liegt gerade im Ruhegeld; es wäre hier völlig widersinnig, ihr einen ebensolchen Anspruch zu gewähren.

IV. Ergebnis

Nach alledem hat G keinen Anspruch gegen R auf Zahlung eines monatlichen Ruhegeldes i.H.v. 20.000 €.

Aufgabe 2: Anspruch auf Zahlung des Werklohns i.H.v. 100.000 € aus § 631 Abs. 1 BGB

I. E könnte gegen R einen Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Vergütung i.H.v. 100.000 € aus § 631 Abs. 1 BGB haben.

1. Anspruch entstanden und nicht erloschen

Hierzu müsste zwischen E und R ein wirksamer Werkvertrag bestehen. An einer wirksamen Einigung bestehen keine Zweifel. Ein Werkvertrag setzt nach § 631 Abs. 2 BGB weiter voraus, dass die Herbeiführung eines konkreten Erfolges vereinbart wurde.⁶⁴ E verpflichtet sich gegenüber R zur Herstellung einer dreißigminütigen Filmdokumentation über die Bundesgartenschau 2023. Hier geht es den Parteien nicht um ein bloßes Bemühen um die Erstellung eines Films, sondern um einen konkreten herbeizuführenden Erfolg. Verpflichtet sich ein Filmhersteller gegen eine Vergütung einen vorführungsbereiten Film als Ganzes zu erstellen, handelt es sich um einen Werkvertrag.⁶⁵ Die vorliegende Verpflichtung der Filmproduktionsgesellschaft E, gegen Entgelt einen vorführungsreifen Film als Ganzes herzustellen, ist mithin als Werkvertrag zu qualifizieren.

Damit ist zwischen E und R ein wirksamer Werkvertrag zustande gekommen. Der Anspruch der E auf Zahlung der 100.000 € ist entstanden und ferner nicht untergegangen.

2. Anspruch durchsetzbar

Der Anspruch müsste auch durchsetzbar sein. Fraglich erscheint hier insbesondere, ob der Vergütungsanspruch der E fällig ist. Nach § 641 Abs. 1 BGB tritt die Fälligkeit mit Abnahme des Werkes ein.

⁶¹ Herresthal, in: BeckOGK BGB, Stand: 15.2.2024, § 311 Rn. 338.

⁶² Herresthal, in: BeckOGK BGB, Stand: 15.2.2024, § 311 Rn. 232.

⁶³ Herresthal, in: BeckOGK BGB, Stand: 15.2.2024, § 311 Rn. 231.

⁶⁴ Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 631 Rn. 17.

⁶⁵ Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 631 Rn. 147.

a) Abnahme nach § 640 Abs. 1 S. 1 BGB

Der erstellte Film wurde nicht als im Wesentlichen vertragsgemäß gebilligt. Eine Abnahme gem. § 640 Abs. 1 S. 1 BGB erfolgte mithin nicht.

b) Abnahmefiktion gem. § 640 Abs. 2 S. 1 BGB

Das Werk gilt nach § 640 Abs. 2 S. 1 BGB jedoch als abgenommen, wenn der Unternehmer dem Besteller nach der Fertigstellung des Werkes eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat.⁶⁶

aa) Fertigstellung des Werkes

Dem Wortlaut nach ermöglicht § 640 Abs. 2 S. 1 BGB eine Abnahmefiktion erst „nach der Fertigstellung“ des Werkes, wodurch ein zu frühes Andienen des Werkes verhindert werden soll.⁶⁷ Die Regelung des § 640 Abs. 2 BGB ist nicht leicht zu greifen. Wie der Wortlaut des § 640 Abs. 2 BGB zeigt, ist es im Gegensatz zu einer Abnahme nach § 640 Abs. 1 BGB nicht relevant, ob das Werk frei von Mängeln ist.⁶⁸ Das bedeutet, dass es auf das tatsächliche Vorliegen eines Mangels nicht ankommt; der Besteller kann sich der Fiktion der Abnahme bereits dadurch entziehen, dass er einen – in Wahrheit gar nicht bestehenden – Mangel rügt.⁶⁹ Der Unternehmer ist grundsätzlich darauf verwiesen, bei bestrittener Mangelhaftigkeit des Werkes die Abnahme gerichtlich zu erzwingen.

Die Abnahmefiktion gänzlich von der materiellen Ordnungsgemäßheit des hergestellten Werkes zu abstrahieren, überzeugt aber ebenso wenig. Die Abnahmefiktion wäre gegenstandslos, wenn sie stets und ohne jede Prüfung durch die unbegründete Rüge eines Mangels beseitigt werden könnte. Nach hier vertretener Auffassung handelt es sich daher beim Merkmal der „Fertigstellung“ um das notwendige Korrektiv, um Fälle des rechtsmissbräuchlichen Abnahmeverlangens aufzufangen. Auch für die Fertigstellung kommt es hiernach aber nicht auf die Mangelfreiheit des Werkes an. Es ist vielmehr darauf abzustellen, ob die im Vertrag genannten Leistungen als abgearbeitet anzusehen sind.⁷⁰ Hierbei ist auf die Sichtweise eines objektiven Dritten abzustellen.⁷¹ Als „fertig“ kann demnach auch ein „schlampiges Werk“ erachtet werden, soweit das herzustellende Werk nur grundsätzlich erkennbar ist.⁷²

Hinweis: Die Norm des § 640 Abs. 2 BGB birgt erhebliche Unsicherheiten. Die hier vertretene Auffassung ist auch nicht zwingend zu teilen. Wichtig ist, dass die Bearbeitenden das Problem als solches erkennen und versuchen, einen methodisch vertretbaren Weg zur Behandlung der im Sachverhalt angelegten Anknüpfungspunkte zu finden. Unvertretbar wäre es hier aber, auf Nacherfüllungsansprüche aus §§ 634 ff. BGB einzugehen, weil diese unzweifelhaft erst mit der Abnahme aufleben. Entscheidend war daher die Erkenntnis, dass es auf die materielle Mangelhaftigkeit nicht ankommen kann.

⁶⁶ Voit, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 640 Rn. 31.

⁶⁷ GesE der BReg, BT-Drs. 18/8486, S. 49.

⁶⁸ Mansel, in: Jauernig, BGB, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 640 Rn. 9.

⁶⁹ Eine Ausnahme soll nur dort gemacht werden, wo der Mangel „offensichtlich nicht besteht“ oder „eindeutig unwesentlich“ ist, GesE der BReg, BT-Drs. 18/8486, S. 48; vgl. Bachem/Bürger, NJW 2018, 118 (121 a.E.).

⁷⁰ GesE der BReg, BT-Drs. 18/8486, S. 49; Voit, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 640 Rn. 33.

⁷¹ OLG Brandenburg NZBau 2019, 366 (368 Rn. 45).

⁷² Kögl, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2024, § 640 Rn. 126.

Entscheidend ist also, ob die aus alten Ausschnitten zusammengesetzte Dokumentation als grundsätzliche Erbringung des vertraglich geschuldeten Erfolgs angesehen werden kann. E verpflichtet sich gegenüber R zur Herstellung einer dreißigminütigen Filmdokumentation über die Bundesgartenschau 2023. Dies ist nach §§ 133, 157 BGB gem. dem objektiven Empfängerhorizont auszu-legen. Es gilt der Inhalt, den ein verständiger objektiver Dritter unter Berücksichtigung von Treu und Glauben angenommen hätte, wenn er sämtliche erkennbaren Umstände des Einzelfalls gekannt hätte.⁷³ Auch Begleitumstände der Erklärung werden dabei berücksichtigt, wenn der Empfänger von diesen wusste.⁷⁴

Der Vertrag spricht wörtlich nur von einer „dreißigminütigen Filmdokumentation über die Bundesgartenschau 2023“. Dem Anruf der ehemaligen Intendantin, in dem sie von „tollen, eindringlichen Bildern“ sprach, kann eine Anweisung für die Art der Bilder entnommen werden. Freilich spricht sie dabei nicht von *neuen* Bildern, sondern stellt nur Anforderungen an deren Qualität. Die verwendeten Bilder sind hochwertig – wofür auch spricht, dass R diese in der Vergangenheit schon ausgestrahlt hat. Weiterhin muss die Vergütung i.H.v. 100.000 € berücksichtigt werden. Bei Zahlungen in dieser Höhe geht die Erwartung des Bestellers wohl deutlich in Richtung der Produktion neuer Aufzeichnungen; der Zusammenschritt alten Filmmaterials geht erwartungsgemäß (und so auch hier) deutlich schneller und ist dementsprechend im Allgemeinen günstiger.

Fraglich ist, welches Interesse R an der Wiederverwertung alter Bilder hat. Auf den ersten Blick erscheint dieses gering. Das unterstellt aber, dass bereits im Fernsehen ausgestrahlte Bilder für die Zuschauer „verbraucht“ sind. Das gilt zweifellos für größere Gesamtwerke wie Filme, ist bei einer Dokumentation aber zweifelhaft. Dort geht es in der Regel nicht um Spannungsbögen und aufregende Szenen, sondern vordergründig um den gesprochenen Inhalt der Dokumentation. Die Bilder dienen in einer Dokumentation im Wesentlichen dazu, einen bestimmten Fakt plastisch zu machen, etwa indem man Personen Gesichter zuordnet und bestimmte Gegebenheiten in der gefilmten Umwelt verdeutlicht. Es ist daher höchstwahrscheinlich, dass die Zuschauer überhaupt nicht bemerken werden, dass Bilder wiederverwendet wurden. Die Dokumentation ist, wenn man die Herkunft der Bilder daher richtigerweise ausblendet, qualitativ hochwertig und anspruchsvoll. Dies ist vorliegend entscheidend: Die genaue Herkunft der Bilder und die damit einhergehende Machart der Dokumentation könnten für das eventuelle Vorliegen eines Mangels relevant sein. Für die Fertigstellung des Werkes reicht es aber aus, dass tatsächlich eine 30-minütige Dokumentation über die Bundesgartenschau erstellt wurde. Dass diese nicht den Erwartungen der L entsprach, ist im Rahmen der Fertigstellung unbeachtlich. Die im Vertrag genannte Leistung ist abgearbeitet. Es liegt eine 30-minütige Dokumentation über die BUGA vor. Das Werk ist fertiggestellt i.S.d. § 640 Abs. 2 S. 1 BGB.

Hinweis: Eine andere Auffassung ist gut vertretbar, wenn man den Fokus stärker auf die (vermutlich berechtigten) Erwartungen des Rechtsverkehrs legt. Man könnte auch stärker betonen, dass eine Vergütung von 100.000 € unverhältnismäßig wäre, wenn nur bereits existierendes Filmmaterial neu „gemixt“ und vertont werden muss.

bb) Fristsetzung

Es muss ferner eine angemessene Frist i.S.d. § 640 Abs. 2 BGB gesetzt worden sein. Die gesetzte Frist muss die Prüfung des Werks auf dessen Mangelfreiheit zulassen.⁷⁵ Die Abnahme wurde unverzüglich

⁷³ Bitter/Röder, BGB, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 7 Rn. 22.

⁷⁴ Dörner, in: Schulze/Dörner/Ebert u.a., Handkommentar zum BGB, 11. Aufl. 2021, § 133 Rn. 8.

⁷⁵ Voit, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 640 Rn. 34.

verlangt. Daraus wird deutlich, dass nur ein begrenzter Zeitraum zur Prüfung auf Mängel eingeräumt wird. Dass kein ausdrücklicher Endtermin genannt wird, schadet dabei nicht.⁷⁶ Denn auch wenn eine zu kurze Frist gesetzt und damit eine angemessene Frist ausgelöst wird, besteht eine (vergleichbare) Ungewissheit über den genauen Endtermin.⁷⁷ Es wurde mithin eine angemessene Frist gesetzt.

cc) Ausschluss der Fiktion aufgrund erfolgter Mangelrüge

Fraglich ist sodann, ob die vor der Fristsetzung erfolgte Mangelanzeige durch L die Abnahmefiktion ausschließt. Nach § 640 Abs. 2 BGB tritt die Fiktion nicht ein, wenn der Besteller die Abnahme innerhalb der Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat. Die Mangelanzeige von L erfolgte aber bereits vor der Fristsetzung, sodass problematisch ist, ob auch dies genügen kann.

Ganz überwiegend wird vertreten, dass eine erneute Mangelanzeige erfolgen müsse.⁷⁸ Die Fristsetzung soll den Besteller dazu anhalten, die Sach- und Rechtslage (nochmals) zu überprüfen.⁷⁹ Nach dem OLG Schleswig sei es für den Besteller auch nicht unzumutbar, die bereits erhobenen Mängelrügen zu wiederholen.⁸⁰ Das Verhalten des Unternehmers sei weiterhin nicht widersprüchlich, da es Streit über die Frage geben könnte, ob die gerügten Mängel tatsächlich vorliegen oder wesentlich sind.⁸¹ Zudem könnte die Mangelrüge durch Zeitablauf obsolet geworden sein (durch Nacharbeiten oder Darlegen von Gründen, warum doch keine Mängel vorliegen).⁸² Mithin wäre die Fiktion des § 640 Abs. 2 BGB nicht durch die frühe Rüge der L ausgeschlossen.

Demgegenüber gingen andere davon aus, dass die Fiktion des § 640 Abs. 2 BGB ausgeschlossen sei, wenn bereits vor der Fristsetzung eine Rüge erfolgte.⁸³ Nach dieser Gegenauffassung war vorliegend die Fiktion nach § 640 Abs. 2 BGB aufgrund der frühen Rüge durch L ausgeschlossen. Diese Auffassung wurde inzwischen aber mit Hinweis auf das Telos des § 640 Abs. 2 BGB aufgegeben.⁸⁴ Die Neuregelung des § 640 Abs. 2 BGB verfolgte das Ziel, möglichst zügig Klarheit über den Eintritt der Abnahmewirkung zu erhalten, was nur erreicht werden kann, wenn der Besteller sich zwingend auf die Fristsetzung hin erklären muss.⁸⁵

Somit schließt die erfolgte Rüge durch L die Fiktion des § 640 Abs. 2 BGB richtigerweise nicht aus.

dd) Treuwidrigkeit § 242 BGB

Die Herbeiführung der Fiktion des § 640 Abs. 2 BGB könnte vorliegend jedoch treuwidrig sein. Dies kann angenommen werden, wenn dem Unternehmer das Vorliegen eines erheblichen Mangels bekannt ist.⁸⁶ Es ist nicht ersichtlich, dass auf Seiten der E positive Kenntnis von einem erheblichen

⁷⁶ Mansel, in: Jauernig, BGB, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 640 Rn. 9 mit Verweis auf BGH NJW 2009, 3153; Scheuch, in: Schulze/Dörner/Ebert u.a., Handkommentar zum BGB, 11. Aufl. 2021, § 640 Rn. 12; a.A. Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 640 Rn. 28; Kögl, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2024, § 640 Rn. 132.

⁷⁷ BGH NJW 2009, 3153 (3154).

⁷⁸ OLG Schleswig BeckRS 2021, 38777 Rn. 26; Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 640 Rn. 30; Kögl, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2024, § 640 Rn.155; Scheuch, NJW 2018, 2513 (2516).

⁷⁹ Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 640 Rn. 30.

⁸⁰ OLG Schleswig BeckRS 2021, 38777 Rn. 26.

⁸¹ OLG Schleswig BeckRS 2021, 38777 Rn. 26.

⁸² OLG Schleswig BeckRS 2021, 38777 Rn. 26.

⁸³ Retzlaff, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 640 Rn. 15.

⁸⁴ Retzlaff, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 640 Rn. 15.

⁸⁵ OLG Schleswig BeckRS 2021, 38777 Rn. 25.

⁸⁶ Vgl. dazu OLG Schleswig BeckRS 2021, 38777 Rn. 27; zustimmend Steffen, NJW-Spezial 2022, 109; Schwenker/Rodemann, in: Erman, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2023, § 640 Rn. 13; Mansel, in: Jauernig, BGB, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 640 Rn. 9 hält bereits grobe Fahrlässigkeit für ausreichend.

Mangel vorliegt. Vielmehr scheint diese auf dem Standpunkt zu stehen, dass der Film wie geschuldet erstellt wurde. Weiterhin ist nicht ersichtlich, dass gezielt die Verwirrungen in der Rundfunkanstalt ausgenutzt werden, die im Übrigen im Verantwortungsbereich von R liegen. Demnach ist die Herbeiführung der Fiktion des § 640 Abs. 2 BGB vorliegend nicht treuwidrig.

ee) Zwischenergebnis

Nach hier vertretener Ansicht gilt das Werk gem. § 640 Abs. 2 BGB als abgenommen. Der Anspruch ist fällig.

c) Einrede des § 641 Abs. 3 BGB

Die Einrede des § 641 Abs. 3 BGB kann auch im Fall des § 640 Abs. 2 BGB erhoben werden.⁸⁷ R verweigert aber nicht *nach Fälligkeit* die Zahlung eines Teils der Vergütung unter Verweis auf einen Werkmangel. Die Einrede des § 641 Abs. 3 BGB wurde mithin nicht erhoben. Damit ist der Anspruch durchsetzbar.

II. Ergebnis

E hat gegen R einen Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Vergütung i.H.v. 100.000 € aus § 631 Abs. 1 BGB.

⁸⁷ Kögl, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.4.2024, § 641 Rn. 91.

Übungsfall im Baurecht: Eine Säule der Gesellschaft

Prof. Dr. Klaus Joachim Grigoleit, Ass. iur. Moritz Klanten, Dortmund*

Der vorliegende Fall ist angelehnt an ein Urteil des OVG Hamburg¹. Thematisch behandelt er die Prüfung eines Anspruchs auf Erteilung einer Baugenehmigung. In diesem Rahmen wird die von Studenten oft übersehene Problematik der Differenzierung des Begriffs der „baulichen Anlage“ nach dem Bauordnungsrecht einerseits und dem Bauplanungsrecht andererseits aufgegriffen.

Sachverhalt

A studiert Raumplanung an einer Technischen Universität. Sie möchte in dem Stadtteil, in dem sie lebt, eine fest mit dem Erdboden verbundene Beton-Anschlagsäule („Litfaßsäule“) errichten, um mittels Zettelanschlagen über kirchliche, sportliche, kulturelle, politische oder ähnliche Veranstaltungen zu unterrichten. „Normale“ Werbung soll auf der Säule nur ausnahmsweise möglich sein, und zwar, wenn sich eine freie Fläche ergibt und diese Werbung nicht mehr als 25 % der Oberfläche ausmacht. Die Anschlagsäule soll dabei außergewöhnlich klein sein – die von A entworfene „Kleinst-Litfaßsäule“ hat einen Durchmesser von 50 cm, ist 1,50 m hoch und soll auf einer öffentlichen Wegfläche stehen.

Bürgermeister B ist begeistert vom Ansinnen der A. Er geht zwar davon aus, dass A für ihr Vorhaben eine Baugenehmigung benötigt. Nach den bauordnungsrechtlichen Vorschriften der BauO sei die „Werbeanlage“ aber zulässig. Er führt insofern zutreffend aus, dass der geplante Standort in einem faktischen allgemeinen Wohngebiet liegt. Auch mit den bauplanungsrechtlichen Zulässigkeitsregeln des BauGB gäbe es keinerlei Probleme, da die Litfaßsäule keine bauliche Anlage darstelle. Die Regelungen des Straßenrechts verhinderten eine übermäßige Häufung von derartigen Anlagen, womit – was wiederum zutrifft – die von A geplante Anschlagsäule kein Bedürfnis nach einer ihre Zulässigkeit regelnden verbindlichen Bauleitplanung hervorruft. Straßenrechtlich sei die Errichtung zudem nicht zu beanstanden.

A stellt nun bei der zuständigen Behörde unter Einhaltung aller Form- und Verfahrensvorschriften einen Antrag auf Erteilung einer Baugenehmigung. Sie ist sich jedoch unsicher, ob die Behörde ihr die Baugenehmigung erteilen wird. A bittet Sie um Hilfe.

Fallfrage

Begutachten Sie, ob A einen Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung hat.

Bearbeitungsvermerk

Das Straßenrecht ist nicht zu prüfen. Legen Sie bei Ihrer Bearbeitung hinsichtlich des Bauordnungs-

* Der Autor *Grigoleit* ist Leiter des Fachgebiets Raumplanungs- und Umweltrecht der Fakultät Raumplanung an der TU Dortmund. Der Autor *Klanten* ist Wiss. Mitarbeiter ebenda.

¹ OVG Hamburg, Urt. v. 20.2.1997 – Bf. II 13/96 = NVwZ-RR 1998, 616.

rechts nur die abgedruckten Vorschriften zugrunde. Gehen Sie davon aus, dass es sich bei der „Kleinst-Litfaßsäule“ nicht um einen großen Sonderbau handelt. Ausnahmen nach den §§ 61–63, 78, 79 BauO sind nicht einschlägig.

§ 2 BauO

Bauliche Anlagen sind mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen.

§ 10 BauO

(1) In Kleinsiedlungsgebieten, Dorfgebieten, reinen und allgemeinen Wohngebieten sowie in entsprechenden faktischen Baugebieten im Sinne des § 34 Abs. 2 BauGB sind Werbeanlagen nur zulässig an der Stätte der Leistung.

(2) In den in Absatz 1 genannten Gebieten sind Werbeanlagen für amtliche Mitteilungen und zur Unterrichtung der Bevölkerung über kirchliche, kulturelle, politische, sportliche und ähnliche Veranstaltungen zulässig; die jeweils freie Fläche dieser Anlagen darf auch für andere Werbung verwendet werden.

§ 60 BauO

Die Errichtung, Änderung und Nutzungsänderung von baulichen Anlagen bedürfen der Baugenehmigung, soweit in den §§ 61 bis 63, 78 und 79 nichts anderes bestimmt ist.

§ 64 BauO

Bei der Errichtung und Änderung von Anlagen, die keine großen Sonderbauten sind, prüft die Bauaufsichtsbehörde

1. die Übereinstimmung mit

a) den Vorschriften über die Zulässigkeit der baulichen Anlagen nach den §§ 29 bis 38 des Baugesetzbuchs,

b) den §§ 4, 6, 8, 9, 10, 47 Absatz 4, 48 und 49 der Bauordnung,

[...]

§ 74 BauO

Die Baugenehmigung ist zu erteilen, wenn dem Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen.

Lösungsvorschlag

I. Anspruchsgrundlage	516
II. Formelle Anspruchsvoraussetzungen	516
III. Materielle Anspruchsvoraussetzungen	516
1. Genehmigungspflicht gem. § 60 BauO	516
2. Genehmigungsfähigkeit	516
a) § 64 Nr. 1 lit. a BauO i.V.m. §§ 29–38 BauGB	517
b) § 64 Nr. 1 lit. b BauO i.V.m. § 10 BauO	517
3. Zwischenergebnis	518
IV. Ergebnis	518

A könnte einen Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung haben. Dazu müsste eine geeignete Anspruchsgrundlage (I.) gegeben und die formellen (II.) und materiellen (III.) Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sein.

I. Anspruchsgrundlage

Zunächst bedürfte es einer geeigneten Anspruchsgrundlage. Nach § 74 BauO ist eine Baugenehmigung zu erteilen, wenn dem Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen. Mit § 74 BauO liegt damit eine geeignete Anspruchsgrundlage für die Erteilung einer Baugenehmigung vor.

II. Formelle Anspruchsvoraussetzungen

Zudem müssten die formellen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sein. A müsste die für die Erteilung einer Baugenehmigung einschlägigen Vorschriften hinsichtlich der Zuständigkeit, des Verfahrens und der Form eingehalten haben. A hat bei der zuständigen Behörde unter Einhaltung aller Form- und Verfahrensvorschriften einen Antrag auf Erteilung einer Baugenehmigung gestellt. Die formellen Anspruchsvoraussetzungen sind damit ebenfalls erfüllt.

III. Materielle Anspruchsvoraussetzungen

Auch die materiellen Anspruchsvoraussetzungen müssten gegeben sein. Nach § 74 BauO ist eine Baugenehmigung zu erteilen, wenn dem Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen. Vor diesem Hintergrund gilt es zunächst zu prüfen, ob das Vorhaben der A genehmigungspflichtig ist (1.). Anschließend ist zu untersuchen, ob es genehmigungsfähig ist (2.).

1. Genehmigungspflicht gem. § 60 BauO

Das Vorhaben der A könnte genehmigungspflichtig sein. Nach § 60 BauO bedürfen die Errichtung, Änderung und Nutzungsänderung von baulichen Anlagen der Baugenehmigung, soweit in den §§ 61–63, 78, 79 BauO nichts anderes bestimmt ist.

Bei baulichen Anlage im (gefahrenabwehrrechtlichen) Sinne handelt es sich nach § 2 BauO um mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen. A beabsichtigt, eine fest mit dem Erdboden verbundene Beton-Anschlagsäule zu errichten. Die Litfaßsäule ist damit aus Bauprodukten hergestellt und fest mit dem Erdboden verbunden. Es handelt sich also um die Errichtung einer baulichen Anlage i.S.d. § 2 BauO.

Ausnahmen nach §§ 61–63, 78, 79 BauO sind im vorliegenden Fall nicht einschlägig.

Das Vorhaben der A ist folglich nach § 60 BauO genehmigungspflichtig.

2. Genehmigungsfähigkeit

Die Errichtung der baulichen Anlage müsste auch genehmigungsfähig sein. Nach § 74 BauO ist dies dann der Fall, wenn dem Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen.

Bei der Litfaßsäule handelt es sich dabei nicht um einen großen Sonderbau. Vor diesem Hintergrund ist das Verfahren nach § 64 BauO einschlägig. Die Bauaufsichtsbehörde prüft die Übereinstimmung mit den im Katalog des § 64 Nr. 1 BauO genannten Vorschriften. Problematisch erscheint vorliegend lediglich die Vereinbarkeit mit den bauplanungsrechtlichen Vorschriften über die Zulässig-

keit der baulichen Anlagen nach den §§ 29–38 BauGB (vgl. § 64 Nr. 1 lit. a BauO) sowie mit der bauordnungsrechtlichen Norm des § 10 BauO (vgl. § 64 Nr. 1 lit. b BauO).

a) § 64 Nr. 1 lit. a BauO i.V.m. §§ 29–38 BauGB

Die Errichtung der Litfaßsäule müsste mit den bauplanungsrechtlichen Zulässigkeitsvorschriften der §§ 29 ff. BauGB in Einklang stehen.

Nach § 29 Abs. 1 BauGB gelten die §§ 30–37 BauGB unter anderem für Vorhaben, die die Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung von baulichen Anlagen zum Inhalt haben. Fraglich erscheint, ob es sich bei dem Vorhaben der A um eine bauliche Anlage i.S.d. § 29 Abs. 1 BauGB handelt.

Der Begriff der baulichen Anlage im bauplanungsrechtlichen Sinne ist nicht identisch mit dem des Bauordnungsrechts. Während das Bauordnungsrecht als spezielles Gefahrenabwehrrecht einzuordnen ist und damit in den Kompetenzbereich der Länder fällt, handelt es sich bei dem im BauGB kodifizierten „Städtebaurecht“ um eine Materie des Bodenrechts, welche nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG in den Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung fällt. Nicht nur die Zielrichtungen der Bauordnungen und des BauGB unterscheiden sich demnach, sondern auch die Kompetenzen zum Erlass der Vorschriften fallen auseinander. Die Übertragung der bauordnungsrechtlichen Definition der baulichen Anlage in das Bauplanungsrecht ist vor diesem Hintergrund nicht nur sach-, sondern gleichzeitig auch kompetenzwidrig. Der Begriff der baulichen Anlage im Sinne des BauGB ist damit strikt von dem des Bauordnungsrechts zu unterscheiden.²

Eine bauliche Anlage im Sinne des BauGB sind solche Anlagen, die in einer auf Dauer gedachten Weise künstlich mit dem Erdboden verbunden sind und bodenrechtliche Relevanz entfalten. A möchte in dem Stadtteil, in dem sie lebt, eine fest mit dem Erdboden verbundene Beton-Anschlagsäule („Litfaßsäule“) auf einer öffentlichen Wegefläche errichten. Es handelt sich also um eine auf Dauer künstlich mit dem Erdboden verbundene Anlage. Diese müsste allerdings auch bodenrechtliche Relevanz entfalten.³ Dies ist dann der Fall, wenn das Vorhaben die in § 1 Abs. 5 und 6 BauGB genannten Belange in einer Weise berührt oder jedenfalls berühren kann, die geeignet ist, das Bedürfnis nach einer ihre Zulässigkeit regelnden verbindlichen Bauleitplanung hervorzurufen.⁴ Im vorliegenden Fall verhindern jedoch die Regelungen des Straßenrechts eine übermäßige Häufung von Anlagen wie der von A geplanten Litfaßsäule. Zudem möchte A eine außergewöhnlich kleine Anschlagsäule errichten. Vor diesem Hintergrund ruft die Litfaßsäule ausweislich des Sachverhalts kein Bedürfnis nach einer ihre Zulässigkeit regelnden verbindlichen Bauleitplanung hervor. Ihr kommt damit auch keine bodenrechtliche Relevanz zu. Folglich handelt es sich bei der von A geplanten Litfaßsäule nicht um eine bauliche Anlage i.S.d. § 29 Abs. 1 BauGB. Die Zulässigkeit des Vorhabens ist demnach nicht an den §§ 29 ff. BauGB zu messen. Sie stehen der Errichtung der von A geplanten Litfaßsäule nicht entgegen.

b) § 64 Nr. 1 lit. b BauO i.V.m. § 10 BauO

Die Errichtung der Litfaßsäule müsste mit den Vorschriften des § 10 BauO übereinstimmen.

§ 10 BauO enthält Bestimmungen zur bauordnungsrechtlichen Zulässigkeit von Werbeanlagen. Es ist zwischen Abs. 1 und Abs. 2 zu differenzieren: § 10 Abs. 1 BauO gilt für Werbeanlagen in Kleinsiedlungsgebieten, Dorfgebieten, reinen und allgemeinen Wohngebieten sowie in entsprechenden

² Siehe insofern auch BVerwG, Urt. v. 10.12.1971 – IV C 33, 34, 35/69 = VerwRSpr 1973, 77 (80).

³ Vgl. Krämer, in: Spannowsky/Uechtritz, BeckOK BauGB, Stand: 1.2.2024, § 29 Rn. 3, 5.

⁴ So Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, Kommentar, 15. Aufl. 2022, § 29 Rn. 14 m.w.N.

faktischen Baugebieten i.S.d. § 34 Abs. 2 BauGB und sieht vor, dass diese nur an der Stätte der Leistung zulässig sind. § 10 Abs. 2 BauO hingegen enthält eine spezielle Regelung für Werbeanlagen für amtliche Mitteilungen sowie solchen zur Unterrichtung der Bevölkerung über kirchliche, kulturelle, politische, sportliche und ähnliche Veranstaltungen. Die in § 10 Abs. 2 BauO aufgeführten Anlagen sind in den in Abs. 1 genannten Gebieten zulässig, wobei aus der Zusammenschau mit Abs. 1 und der dortigen Restriktion auf die Stätte der Leistung deutlich wird, dass die in Abs. 2 genannten Werbeanlagen nicht auf einen bestimmten Ort beschränkt sind.

Das Vorhaben der A könnte nach § 10 Abs. 2 BauO zulässig sein. Hierzu müsste es zunächst die Voraussetzungen nach § 10 Abs. 2 Hs. 1 BauO erfüllen. A möchte mit der von ihr entworfenen Litfaßsäule mittels Zettelanschlägen über kirchliche, sportliche, kulturelle, politische oder ähnliche Veranstaltungen unterrichten. Es handelt sich damit um eine Werbeanlage i.S.d. § 10 Abs. 2 BauO. Diese möchte sie in einem faktischen allgemeinen Wohngebiet auf einer öffentlichen Wegefläche errichten. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 10 Abs. 2 Hs. 1 BauO sind folglich erfüllt.

Darüber hinaus müssten auch die Vorgaben des § 10 Abs. 2 Hs. 2 BauO eingehalten werden. Nach Hs. 2 darf zwar die jeweils freie Fläche von Anlagen i.S.d. Hs. 1 auch für andere Werbung verwendet werden. Damit die Vorgaben des § 10 Abs. 1 BauO und dessen Restriktion auf die Stätte der Leistung nicht umgangen werden, ist diese Bestimmung aber so zu interpretieren, dass „normale“ Werbung auf Anlagen nach § 10 Abs. 2 BauO gegenüber den in § 10 Abs. 2 BauO explizit genannten Zwecken nicht überwiegen darf. Sobald solche „andere“ Werbung den Großteil der Anschlagfläche ausmacht, handelt es sich vielmehr um eine Anlage i.S.d. Abs. 1, die dann den dort aufgestellten Restriktionen unterfällt.

Vorliegend soll die Anschlagssäule nur ausnahmsweise für „normale“ Werbung genutzt werden dürfen, wenn sich eine freie Fläche ergibt und diese Werbung nicht mehr als 25 % der Oberfläche ausmacht. Hierdurch wird gewährleistet, dass die in § 10 Abs. 2 BauO genannten Mitteilungs- und Unterrichtszwecke im Vordergrund stehen.⁵ Auch die Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 Hs. 2 BauO sind damit gegeben.

Die Errichtung der Litfaßsäule stimmt mit den Vorschriften des § 10 BauO überein.

3. Zwischenergebnis

Das Vorhaben der A ist nach § 60 BauO genehmigungspflichtig und nach § 74 BauO genehmigungsfähig.

IV. Ergebnis

Eine geeignete Anspruchsgrundlage sowie die formellen und materiellen Anspruchsvoraussetzungen liegen damit vor. A hat einen Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung.

⁵ Vgl. hierzu *Henke*, in: Spannowsky/Saurenhaus, BeckOK BauO NRW, Stand: 1.2.2024, § 10 Rn. 29, unter Verweis auf OVG Münster, Urt. v. 10.4.1973 – XI A 479/72, BRS Bd. 27 Nr. 118.

Fortgeschrittenenklausur Besonderes Verwaltungsrecht: Ein teurer Feuerwehreinsatz

Wiss. Mitarbeiterin Melina Reyher, Erlangen*

Die Klausur wurde im Wintersemester 2023/24 als Fortgeschrittenenklausur im Öffentlichen Recht von Prof. Dr. Andreas Funke an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg mit einer Bearbeitungszeit von 180 Minuten gestellt. Die Klausur hat sowohl im Bereich der Zulässigkeit (statthafte Klageart, Klagebefugnis) als auch in der Begründetheit (Zustandsverantwortlichkeit und Polizeipflichtigkeit von Hoheitsträgern) einen hohen Schwierigkeitsgrad. Der Übungsfall prüft den Umgang der Bearbeiter/-innen mit unbekanntem Normen im Zusammenhang mit allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts. Die abgedruckten Normen sind, jedenfalls außerhalb von Bayern, kein Prüfungstoff, sodass keine (vertieften) Vorkenntnisse erwartet werden können. Der Fall dient aber gerade deswegen gut zur Vermittlung und Übung des Umgangs mit unbekanntem Normen. Hier kommt es vor allem darauf an, die Probleme zu erkennen und sich argumentativ mit diesen auseinanderzusetzen. Die Klausur ist angelehnt an BayVGH, Urt. v. 20.7.2022 – 4 B 20.3009.

Sachverhalt

Durch das Gebiet der kreisfreien mittelfränkischen Gemeinde E fließt die Bundeswasserstraße Main-Donau (Main-Donau-Kanal). Am 23.5.2023 wird im Bereich der örtlichen Schleuse festgestellt, dass sich größere Mengen Mineralöl im Wasser befinden. Durch eine Vermischung des Öls mit dem Wasser wird die Wasserqualität erheblich gemindert. Es können schwere Schäden in der Tier- und Pflanzenwelt innerhalb und außerhalb des Gewässers entstehen. Die Freiwillige Feuerwehr wird wegen der Verunreinigung alarmiert. Bei dem mehrstündigen Einsatz schöpfen 23 Einsatzkräfte das Mineralöl ab. Es kann nicht festgestellt werden, wer das Öl eingeleitet hat.

Eine Woche später geht bei dem örtlich zuständigen Wasser- und Schifffahrtsamt des Bundes nach erfolgter Anhörung ein Bescheid der E ein, in welchem diese Ersatz für die durch den Feuerwehreinsatz entstandenen Kosten i.H.v. 6.800 € verlangt. E verweist auf Art. 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 des Bayerischen Feuerwehrgesetzes (BayFwG). Da ein Verursacher nicht ermittelt werden könne, sei der Rechtsträger des Wasser- und Schifffahrtsamts, die Bundesrepublik Deutschland (B), zum Kostenersatz verpflichtet. E habe nur technischen Hilfsdienst geleistet und habe, im Gegensatz zur B, keine Zustandsverantwortlichkeit. B sei zur Unterhaltung der Wasserstraße verpflichtet und Begünstigte in diesem Sinne. Die Höhe des festgesetzten Betrages entspreche – was zutrifft – der einschlägigen Satzung der E.

B reagiert mit Unverständnis auf den Bescheid. Weder habe sie die tatsächliche Gewalt hinsichtlich des Öls noch hinsichtlich des entstandenen Öl-Wasser-Gemischs innegehabt. Außerdem sei sie lediglich Eigentümerin der Bundeswasserstraße und nicht etwa des Öls, weswegen sie diesbezüglich keine Beseitigungspflicht habe. Auch aus den wasserrechtlichen Vorschriften ergebe sich nichts Gegenteiliges: Dass B Eigentümerin der Bundeswasserstraße ist, sei irrelevant, da die Unterhaltungspflicht für die Wasserstraße dem Freistaat Bayern obliege. E könne sich an den Freistaat wenden.

* Die Autorin Reyher ist Doktorandin und Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie (Prof. Dr. Andreas Funke) an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

Nachdem B erfolglos Widerspruch eingelegt hat, erhebt sie beim zuständigen Gericht Klage mit dem Ziel, den Kostenersatz nicht leisten zu müssen.

Fallfrage

Hat die Klage der B Aussicht auf Erfolg?

Bearbeitungsvermerk

Normen des KAG, des BayWG sowie § 4 Abs. 2 WHG bleiben außer Betracht. Wird die Klage für unzulässig erklärt, ist die Begründetheit hilfsgutachtlich zu prüfen.

Auszug aus dem Bayerischen Feuerwehrgesetz (BayFwG)

Art. 1 BayFwG (Aufgaben der Gemeinden)

(1) Die Gemeinden haben als Pflichtaufgabe im eigenen Wirkungskreis dafür zu sorgen, daß drohende Brand- oder Explosionsgefahren beseitigt und Brände wirksam bekämpft werden (abwehrender Brandschutz) sowie ausreichende technische Hilfe bei sonstigen Unglücksfällen oder Notständen im öffentlichen Interesse geleistet wird (technischer Hilfsdienst).

[...]

Art. 4 BayFwG (Arten und Aufgaben der Feuerwehren)

(1) Der abwehrende Brandschutz und der technische Hilfsdienst werden durch gemeindliche Feuerwehren (Freiwillige Feuerwehren, Pflichtfeuerwehren, Berufsfeuerwehren) [...] besorgt. Die gemeindlichen Feuerwehren sind öffentliche Einrichtungen der Gemeinden.

[...]

Art. 28 BayFwG (Ersatz von Kosten)

(1) Die Gemeinden können nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen Ersatz der notwendigen Aufwendungen verlangen, die ihnen durch Ausrücken, Einsätze und Sicherheitswachen gemeindlicher Feuerwehren (Art. 4 Abs. 1 und 2) [...] entstanden sind. Der Anspruch wird durch Leistungsbescheid geltend gemacht. Auf Aufwendungsersatz soll verzichtet werden, wenn eine Inanspruchnahme der Billigkeit widersprüche.

(2) Kostenersatz nach Abs. 1 kann verlangt werden

1. für Einsätze im abwehrenden Brandschutz und im technischen Hilfsdienst, bei denen die Gefahr oder der Schaden durch den Betrieb von Kraft-, Luft-, Schienen- oder Wasserfahrzeugen oder eines Anhängers, der dazu bestimmt ist, von einem Kraftfahrzeug mitgeführt zu werden, veranlaßt war, mit Ausnahme der Einsätze oder Tätigkeiten, die unmittelbar der Rettung oder Bergung von Menschen und Tieren dienen,

2. für sonstige Einsätze im technischen Hilfsdienst, mit Ausnahme der Einsätze oder Tätigkeiten, die unmittelbar der Rettung oder Bergung von Menschen und Tieren dienen, [...]

(3) Zum Ersatz der Kosten ist verpflichtet,

1. wer in den Fällen des Abs. 2 Nrn. 1, 2, 3 und 4 die Gefahr, die zu dem Einsatz der Feuerwehr geführt hat, verursacht hat oder sonst zur Beseitigung der von der Feuerwehr behobenen Gefahr verpflichtet war,

2. wer in den Fällen des Abs. 2 Nr. 1 Halter eines Fahrzeugs im Sinn von Absatz 2 Nr. 1 ist, durch das ein Feuerwehreinsatz veranlaßt war,

[...]

Auszug aus dem Wasserhaushaltsgesetz (WHG)

§ 4 WHG (Gewässereigentum, Schranken des Grundeigentums)

(1) Das Eigentum an den Bundeswasserstraßen steht dem Bund nach Maßgabe der wasserstraßenrechtlichen Vorschriften zu. Soweit sich aus diesem Gesetz, auf Grund dieses Gesetzes erlassener oder sonstiger wasserrechtlicher Vorschriften Verpflichtungen aus dem Gewässereigentum ergeben, treffen diese auch den Bund als Eigentümer der Bundeswasserstraßen.

[...]

§ 39 WHG (Gewässerunterhaltung)

(1) Die Unterhaltung eines oberirdischen Gewässers umfasst seine Pflege und Entwicklung als öffentlich-rechtliche Verpflichtung (Unterhaltungslast). Zur Gewässerunterhaltung gehören insbesondere:

[...]

4. die Erhaltung und Förderung der ökologischen Funktionsfähigkeit des Gewässers insbesondere als Lebensraum von wild lebenden Tieren und Pflanzen,

[...]

§ 40 WHG (Träger der Unterhaltungslast)

(1) Die Unterhaltung oberirdischer Gewässer obliegt den Eigentümern der Gewässer, soweit sie nicht nach landesrechtlichen Vorschriften Aufgabe von Gebietskörperschaften, Wasser- und Bodenverbänden, gemeindlichen Zweckverbänden oder sonstigen Körperschaften des öffentlichen Rechts ist.

[...]

Lösungsvorschlag

A. Sachentscheidungskompetenz des Gerichts	522
I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO	522
II. Zuständiges Gericht	523
III. Zwischenergebnis	523
B. Zulässigkeit	523
I. Statthafte Klageart	523
II. Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO	525
III. Zwischenergebnis	526
III. Vorverfahren	526
IV. Beteiligten- und Prozessfähigkeit.....	526
V. Frist	526
VI. Zwischenergebnis	526
C. Begründetheit.....	526
I. Passivlegitimation	527
II. Rechtmäßigkeit des Bescheids	527

1. Rechtsgrundlage.....	527
2. Formelle Rechtmäßigkeit des Bescheids.....	527
a) Zuständigkeit.....	527
b) Verfahren	527
c) Form.....	527
d) Zwischenergebnis.....	527
3. Materielle Rechtmäßigkeit	528
a) Tatbestand.....	528
aa) Vorliegen einer Einsatzsituation nach Art. 28 Abs. 2 Nr. 2 BayFwG	528
bb) Passivlegitimation des Kostenpflichtigen.....	528
(1) Adressatenstellung aus tatsächlicher Gewalt	529
(2) Adressatenstellung aus Eigentümerstellung.....	530
(a) Eigentum am Öl-Wasser-Gemisch	530
(b) Träger der Unterhaltslast.....	530
(c) Zwischenergebnis	530
(3) Polizeipflichtigkeit von Hoheitsträgern	531
(4) Zwischenergebnis.....	531
cc) Zwischenergebnis	531
b) Rechtsfolge	531
c) Zwischenergebnis.....	532
4. Zwischenergebnis.....	532
III. Zwischenergebnis	532
D. Ergebnis.....	532

Die Klage der B hat Aussicht auf Erfolg, wenn die Sachurteilsvoraussetzungen vorliegen und die Klage zulässig und begründet ist.

A. Sachentscheidungskompetenz des Gerichts

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO

Da keine aufdrängenden Sonderzuweisungen ersichtlich sind, bestimmt sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Es müsste sich demnach um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handeln und es dürfte auch keine abdrängende Sonderzuweisung vorliegen.

Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor, wenn die streitentscheidenden Normen solche des öffentlichen Rechts sind. Öffentlich-rechtliche Normen sind solche, die den Hoheitsträger als

solchen berechtigen und verpflichten (sog. modifizierte Subjektstheorie).¹ Als streitentscheidende Normen dienen hier vor allem die Normen des Feuerwehrgesetzes, auf die der Kostenbescheid der E, gegen den B nun vorgehen möchte, beruht. Das Feuerwehrgesetz berechtigt E gerade in ihrer Funktion als Hoheitsträgerin, womit nach der modifizierten Subjektstheorie eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit gegeben ist.

Auch eine Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art liegt vor, da mangels eines Streits zweier Verfassungsorgane über Verfassungsrecht keine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit gegeben ist. Da auch keine abdrängende Sonderzuweisung vorliegt, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

II. Zuständiges Gericht

Das Gericht ist laut Sachverhalt zuständig.

III. Zwischenergebnis

Die Sachentscheidungskompetenz des Gerichts ist gegeben.

B. Zulässigkeit

I. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem klägerischen Begehren, § 88 VwGO. B möchte gegen den Kostenbescheid der E vorgehen und begehrt das Entfallen der Pflicht zur Zahlung. In Betracht kommt demnach eine Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO. Hierbei ist das Klägerbegehren auf die Aufhebung eines Verwaltungsakts gerichtet. Ein Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Fraglich ist, ob vorliegend zum einen eine „hoheitliche Maßnahme“ und zum anderen eine Außenwirkung gegeben ist, da der Kostenbescheid von einem Hoheitsträger an einen anderen Hoheitsträger gerichtet ist.

Zunächst müsste eine hoheitliche Maßnahme vorliegen. Die Hoheitlichkeit einer Maßnahme ist dann zu bejahen, wenn die handelnde Behörde zum einen einseitig handelt, was die Maßnahme von vertraglichen Regelungen abgrenzt. Zum anderen erfolgt dieses einseitige Handeln auf der Inanspruchnahme besonderer, exklusiver Befugnisse.² Dieses Merkmal der Hoheitlichkeit geht nicht bereits in dem Merkmal „auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts“ auf, wie teilweise vertreten wird.³ Diese Ansicht ist bereits aufgrund des Wortlauts des § 35 Abs. 1 VwVfG abzulehnen: Dieser nennt sowohl das Merkmal „hoheitlich“ als auch das Merkmal „auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts“, was bei Identität überflüssig wäre. Vielmehr umfasst das Merkmal „auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts“ die Abgrenzung der Rechtsform des behördlichen Handelns zu privatrechtlichem Handeln, während die Hoheitlichkeit vor allem auf die Einseitigkeit des behördlichen Handelns im Unterschied

¹ *Sodan*, in: *Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, 5. Aufl. 2018, § 40 Rn. 302.

² *Knauff*, in: *Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar*, 1. EL, Stand: August 2021, VwVfG § 35 Rn 54.

³ Dazu *Windoffer*, in: *Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 2. Aufl. 2019, VwVfG § 35 Rn 37.

zu einer konsensualen Maßnahme abzielt.⁴

Das Merkmal der Einseitigkeit ist vorliegend durch den Bescheid der E erfüllt. Fraglich ist jedoch, ob die Inanspruchnahme von besonderen, exklusiven Rechten ein Subordinationsverhältnis voraussetzt. Ein solches Subordinationsverhältnis ist typischerweise dann zu bejahen, wenn ein Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen Bürger und Staat vorliegt.⁵ Dies entspricht auch dem Gedanken des Bürgers als „Untertan der Verwaltung“⁶. Vorliegend handelt es sich jedoch nicht um ein Staat-Bürger-Verhältnis, sondern um ein Staat-Staat-Verhältnis. Gegen die Begrenzung des Begriffs „hoheitlich“ auf das Staat-Bürger-Verhältnis spricht jedoch, dass die Legaldefinition des § 35 S. 1 VwVfG nicht den Adressaten eines Verwaltungsakts erwähnt. Des Weiteren ergibt sich aus sonstigen Normen des VwVfG die explizite Begrenzung der Adressatenstellung auf den Bürger, was in § 35 VwVfG jedoch nicht der Fall ist. Ebenso kann der Hoheitsträger auch gegenüber einem anderen Hoheitsträger von seinen Sonderrechten Gebrauch machen, wenn sich aus diesen nichts anderes ergibt. Der Gebrauch von Sonderrechten steht somit nicht notwendigerweise in einem kumulativen Verhältnis zum Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses. Auch im Gleichordnungsverhältnis kann ein Hoheitsträger von seinen Sonderrechten Gebrauch machen. Adressat eines Verwaltungsaktes kann damit jedes denkbare Rechtssubjekt sein.⁷ Das Merkmal „hoheitlich“ setzt demnach kein Staat-Bürger-Verhältnis voraus und ist auch zwischen zwei Hoheitsträgern erfüllt.

Fraglich ist jedoch, ob bei einem Bescheid zwischen zwei Hoheitsträgern eine Außenwirkung gegeben ist. Voraussetzung dieser Außenwirkung ist, dass der Rechtskreis der anordnenden Behörde verlassen wird.⁸ Vorliegend könnte dem entgegenstehen, dass auf beiden Seiten ein staatlicher Hoheitsträger steht, die staatliche Sphäre demnach nicht verlassen wurde. Eine solche fehlende Außenwirkung wird insbesondere dann bejaht, wenn beide Hoheitsträger denselben Rechtsträger haben.⁹ Bei Hoheitsträgern mit unterschiedlichen Rechtsträgern kann aufgrund der Stellung verschiedener Rechtssubjekte auf Urheber- und Adressatenseite hingegen eine Außenwirkung bejaht werden¹⁰, insbesondere wenn der jeweils andere Hoheitsträger gerade in seiner Qualität als eigenständige Rechtspersönlichkeit betroffen ist.¹¹ Vorliegend erlässt die Gemeinde E einen Bescheid gegen den Bund B. Es liegen demnach zwei verschiedene Rechtsträger vor. B wird gerade als Inhaberin der Bundeswasserstraße adressiert, womit sie auch in ihrer Qualität als eigenständige Rechtspersönlichkeit betroffen ist. Die Außenwirkung ist zu bejahen. Der Leistungsbescheid der E ist demnach als Verwaltungsakt zu qualifizieren. Statthafte Klageart ist dementsprechend die Anfechtungsklage, § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO.

⁴ Windoffer, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 2. Aufl. 2019, VwVfG § 35 Rn 37; Knauff, in: Schoch/Schneider, *Verwaltungsrecht, Kommentar*, 1. EL, Stand: August 2021, VwVfG § 35 Rn 60.

⁵ BVerwGE 28, 1 (2 f.); Knauff, in: Schoch/Schneider, *Verwaltungsrecht, Kommentar*, 1. EL, Stand: August 2021, VwVfG § 35 Rn. 55.

⁶ Jungkind, *Verwaltungsakte zwischen Hoheitsträgern*, 2008, S. 32.

⁷ Jungkind, *Verwaltungsakte zwischen Hoheitsträgern*, 2008, S. 34.

⁸ Knauff, in: Schoch/Schneider, *Verwaltungsrecht, Kommentar*, 1. EL, Stand: August 2021, VwVfG § 35 Rn. 124 f.

⁹ Knauff, in: Schoch/Schneider, *Verwaltungsrecht, Kommentar*, 1. EL, Stand: August 2021, VwVfG § 35 Rn. 135; Ziekow, in: Ziekow, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 4. Aufl. 2020, VwVfG § 35 Rn. 51.

¹⁰ Knauff, in: Schoch/Schneider, *Verwaltungsrecht, Kommentar*, 1. EL, Stand: August 2021, VwVfG § 35 Rn. 137; Jungkind, *Verwaltungsakte zwischen Hoheitsträgern*, 2008, S. 38.

¹¹ Jungkind, *Verwaltungsakte zwischen Hoheitsträgern*, 2008, S. 68.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist – insbesondere im Rahmen der Außenwirkung – sehr gut vertretbar. Wird der Verwaltungsakt und demnach auch eine Anfechtungsklage verneint, muss der Fall über die Leistungsklage gelöst werden.

II. Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO

B müsste klagebefugt sein, § 42 Abs. 2 VwGO. Dies ist der Fall, wenn die Möglichkeit besteht, dass sie durch den Bescheid der E in eigenen Rechten verletzt ist (sog. Möglichkeitstheorie). Ausreichend ist die *Möglichkeit* der Verletzung eines subjektiven Rechts. E verlangt Kostenerstattung von B. Diese ist somit Adressatin eines belastenden Verwaltungsaktes. Nach der Adressatentheorie können Adressaten eines Verwaltungsakts aus dieser Adressatenstellung heraus bereits Klage erheben, da sie dadurch mindestens in Art. 2 Abs. 1 GG verletzt sein könnten. B ist jedoch als Hoheitsträgerin in der Regel nicht grundrechtsberechtigt ist und kann sich nicht auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen.¹² Somit ergibt sich aus der Adressatentheorie keine Klagebefugnis für B.

Die Klagebefugnis könnte sich jedoch aus dem Gedanken der faktischen Betroffenheit in Kombination mit dem Recht auf Unterlassen gesetzwidrigen Zwangs ergeben. Hintergrund der Klagebefugnis ist die Verhinderung von Popularklagen, woraus sich das Erfordernis einer subjektiv-rechtlichen Klagebefugnis ergibt.¹³ Eine bloß faktische Betroffenheit reicht somit in der Regel nicht für die Bejahung der Klagebefugnis aus. Die Verwaltung ist jedoch gem. Art. 20 Abs. 3 GG an das geltende Recht gebunden. Diese „Gesetzmäßigkeit der Verwaltung“ führt dazu, dass die vollziehende Gewalt bei einer Verletzung des geltenden Rechts dazu verpflichtet ist, diese rückgängig zu machen.¹⁴ Diese Verpflichtung zur Rückgängigmachung gesetzwidrigen Zwangs muss auch geltend gemacht werden können, wodurch sich eine Möglichkeit der Klagebefugnis ergibt. Sollte der Bescheid der E auf rechtswidrigen Gründen beruhen, muss B also dagegen auch vorgehen können. Fraglich ist jedoch, ob diese Konstruktion auch im Staat-Staat-Verhältnis bejaht werden kann. Die Begrenzung staatlichen Handelns durch Art. 20 Abs. 3 GG und die daraus resultierende Pflicht zur Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustands soll vor allem den Bürger/-innen zugutekommen. Diese haben ein schützenswertes Interesse an der Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands, die sich aus ihrer untergeordneten Stellung gegenüber dem Staat und der Staatsmacht ergibt.¹⁵ Ein solches schützenswertes Interesse ergibt sich für einen weiteren Hoheitsträger, der ebenfalls Teil der Staatsgewalt ist, nicht. Die Anwendbarkeit des Rechts auf Unterlassen gesetzwidrigen Zwangs auf ein Staat-Staat-Verhältnis ist demnach zu verneinen.¹⁶

Eine Klagebefugnis könnte sich jedoch aus der sog. Schutznormtheorie ergeben. Hierfür müsste eine Norm vorliegen, die B subjektive Rechte verleiht. Dies ist der Fall, wenn eine Schutznorm neben dem Schutz öffentlicher Interessen zumindest auch dazu bestimmt ist, dem Interesse einzelner Personen oder Personengruppen zu dienen. Vorliegend müsste B sich demnach auf eine Norm berufen können, die nicht nur dem öffentlichen Interesse, sondern auch ihrem einschlägigen Interesse dient. B hat vorliegend das Interesse, die von ihr verlangten Kosten nicht zu zahlen. Sie begehrt das Abwehren des Kostenerstattungsanspruchs. Eine Norm, aus der sich solche subjektive Rechte für B erge-

¹² Bartsch, Staat gegen Staat, 2018, S. 358.

¹³ Schmitt-Kötters, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.1.2024, § 42 Rn. 109.

¹⁴ Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 110 f.; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 222.

¹⁵ Vgl. dazu die Begründung einer sich aus Art. 20 Abs. 3 GG ergebenden Rechtmäßigkeitsrestitution bei Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 222.

¹⁶ Bartsch, Staat gegen Staat, 2018, S. 358 f.

ben, ist vorliegend jedoch nicht ersichtlich. Insbesondere dient Art. 28 BayFwG allein dem öffentlichen Interesse und begründet dementsprechend keine Abwehrrechte Einzelner. Demnach ist die Klagebefugnis gem. § 42 Abs. 2 VwGO zu verneinen.

Hinweis: Das Problem der Klagebefugnis bei der Polizeipflichtigkeit von Hoheitsträgern ist als sehr schwierig einzustufen. Bei der Bearbeitung der Klausur ist es bereits zu honorieren, wenn das Problem überhaupt erkannt wird. Die Ablehnung der Klagebefugnis erscheint aus dogmatischen Gründen als die vertretbarere Lösung. Jedoch ist es auch vertretbar, wenn die Bearbeiter/-innen durch entsprechende Begründung eine Klagebefugnis aus einem Recht auf Rechtmäßigkeitsrestitution (siehe oben) annehmen, indem sie auch Hoheitsträger entgegen der oben genannten Lösung als schützenswert erachten. Im oben angegebenen Urteil, auf dem der Fall beruht, wird die Klagebefugnis ohne weitere Begründung angenommen. Entscheidet sich ein/e Bearbeiter/-in für die Ablehnung der Klagebefugnis, muss er bzw. sie hilfsgutachtlich die Begründetheit prüfen, vgl. hierzu den Vermerk im Sachverhalt.

III. Zwischenergebnis

Die Klage ist unzulässig.

Hinweis: Bei Ablehnung der Klagebefugnis endet hier die Zulässigkeitsprüfung. Die Begründetheit ist hilfsgutachtlich zu prüfen. Bei Bejahung der Klagebefugnis ist nach „II. Klagebefugnis“ weiterzuprüfen mit „III. Vorverfahren“:

III. Vorverfahren

Laut Sachverhalt wurde das Vorverfahren, § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. Art. 12 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AGVwGO, ordnungsgemäß durchgeführt.

IV. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Sowohl E als auch B sind nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligungsfähig, müssen aber gem. § 62 Abs. 3 VwGO vertreten werden. Der Oberbürgermeister vertritt die Stadt E, B wird von der Ausgangsbehörde vertreten.

V. Frist

Die Anfechtungsklage muss innerhalb eines Monats nach Zustellung des Widerspruchbescheids erhoben werden (§ 74 Abs. 1 S. 1 VwGO).

VI. Zwischenergebnis

Die Klage der B ist zulässig.

C. Begründetheit

Die Klage ist begründet, wenn sie sich gegen den richtigen Beklagten richtet (§ 78 Abs. 1 VwGO), der

Verwaltungsakt rechtswidrig war und B dadurch in ihren Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).

I. Passivlegitimation

E ist gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO passivlegitimiert.

II. Rechtmäßigkeit des Bescheids

Fraglich ist, ob der Kostenbescheid der E rechtmäßig war. Hierzu muss der Bescheid auf einer rechtmäßigen Rechtsgrundlage beruhen und formell sowie materiell rechtmäßig sein.

1. Rechtsgrundlage

Bei der Auferlegung des angefochtenen Kostenbescheids handelt es sich um eine belastende Verwaltungsmaßnahme. Folglich bedarf es entsprechend dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes¹⁷ einer entsprechenden Rechtsgrundlage. Als gesetzliche Grundlage kommt Art. 28 Abs. 1 S. 1, 2, Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 S. 1 Nr. 1 Alt. 2 BayFwG in Betracht.

2. Formelle Rechtmäßigkeit des Bescheids

Der Kostenbescheid ist formell rechtmäßig, wenn die erlassende Behörde zuständig ist sowie etwaige Form- und Verfahrensvorschriften eingehalten sind.

a) Zuständigkeit

Gem. Art. 28 Abs. 1 S. 1 BayFwG können die Gemeinden, deren gemeindliche Feuerwehr ausgerückt ist, für die Aufwendungen Kosten verlangen. Vorliegend ist demnach die Gemeinde E zuständig.

b) Verfahren

Eine Anhörung nach Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG ist erfolgt.

Hinweis: Die richtige Normenkette zur Pflicht der Anhörung wäre hier Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 lit. a, sublit. cc, subsublit. ccc KAG i.V.m. § 91 Abs. 1 S. 1 AO. Da Normen des KAG mit Ausnahme des Art. 10 KAG jedoch bei der Bearbeitung außer Betracht bleiben sollen, ist das Verfahren über Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG zu lösen.

c) Form

Art. 39 Abs. 1 BayVwVfG verlangt eine Begründung des schriftlich ergangenen Verwaltungsaktes. Dieser Voraussetzung ist die Gemeinde nachgekommen.

d) Zwischenergebnis

Der Bescheid ist formell rechtmäßig.

¹⁷ Dieser kann auch zwischen Hoheitsträgern angewandt werden, vgl. *Bartsch*, Staat gegen Staat, 2018, S. 58, 358.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Die materielle Rechtmäßigkeit des Bescheids liegt vor, wenn der Tatbestand erfüllt ist und auf Rechtsfolgenseite keine Ermessensfehler vorliegen.

a) Tatbestand

Zunächst müsste der Tatbestand von Art. 28 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 2 BayFwG erfüllt sein.

aa) Vorliegen einer Einsatzsituation nach Art. 28 Abs. 2 Nr. 2 BayFwG

Zur Rechtmäßigkeit des Kostenbescheids müsste zunächst eine Einsatzsituation der Feuerwehr vorliegen. Art. 28 Abs. 2 Nr. 1 BayFwG scheidet mangels der Herbeiführung einer Gefahr durch ein Fahrzeug aus. In Betracht kommt demnach eine Einsatzsituation nach Abs. 2 Nr. 2. Voraussetzung hierfür ist ein Einsatz im technischen Hilfsdienst. Technischer Hilfsdienst ist nach der Legaldefinition des Art. 1 Abs. 1 BayFwG technische Hilfe bei Unglücksfällen oder Notständen im öffentlichen Interesse. Vorliegend könnte eine Notstandslage vorliegen. Eine Notstandslage ist hier durch eine Parallelwertung von § 228 BGB anzunehmen, wenn einem Rechtsgut von einer Sache Gefahr droht.¹⁸ Durch die Vermischung des Öls mit Wasser könnten schwere Schäden für die Tier- und Pflanzenwelt entstehen. Außerdem wird die Wasserqualität erheblich beeinträchtigt. Eine Notstandslage ist demnach zu bejahen. Deren Beseitigung müsste auch im öffentlichen Interesse liegen. Die Feuerwehr der Gemeinde hat das Mineralöl aus dem Wasser abgeschöpft, um den Schaden für das Wasser und die Tier- und Pflanzenwelt zu minimieren. Hohe Wasserqualität sowie die Sicherheit des Gewässers stellen ein Interesse der Allgemeinheit dar. Dementsprechend lag der Einsatz der Feuerwehr im öffentlichen Interesse, technischer Hilfsdienst war vorliegend gegeben. Eine Einsatzsituation nach Art. 28 Abs. 2 Nr. 2 BayFwG lag vor.

Hinweis: Typischerweise wird bei einem Kostenbescheid die Rechtmäßigkeit der Primärmaßnahme inzident geprüft. Dies ist an dieser Stelle aber überflüssig, da Art. 28 BayFwG keine Konnexität voraussetzt. Art. 28 BayFwG regelt lediglich die Inanspruchnahme einer anderen – natürlichen oder juristischen Personen – auf Kostenebene. Insbesondere im vorliegenden Fall des Feuerwehreinsatzes zur Gefahrenbeseitigung einer öffentlichen Bundeswasserstraße kommt es nicht auf die Ersthandlung an, da die Gemeinde als Sicherheitsbehörde für die Allgemeinheit und nicht gegenüber der B gehandelt hat. B soll nur auf der Kostenebene in Anspruch genommen werden. Die Primärmaßnahme und deren Rechtmäßigkeit ist demnach irrelevant.

bb) Passivlegitimation des Kostenpflichtigen

Zur Rechtmäßigkeit des Kostenbescheids müsste B auch als Kostenschuldnerin passivlegitimiert sein. Eine Verantwortlichkeit könnte bereits dadurch gegeben sein, dass sie gem. Art. 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 Alt. 1 BayFwG die Gefahr verursacht hat. Gefahr meint vorliegend die Notstandslage des Art. 1 Abs. 1 BayFwG. Laut Sachverhalt kann jedoch nicht festgestellt werden, wer das Öl eingeleitet hat. Demnach scheidet Art. 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 Alt. 1 aus. Auch eine andere – natürliche oder juristische – Person kann mangels Feststellbarkeit dementsprechend nicht gem. Art. 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 Alt. 1 BayFwG in Anspruch genommen werden.

¹⁸ Mansel, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 228 Rn. 2.

Denkbar wäre eine Adressatenstellung der B aus Art. 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 Alt. 2 BayFwG. Demnach ist zum Kostenersatz verpflichtet, wer in den Fällen des Art. 28 Abs. 2 Nrn. 1, 2 BayFwG zur Beseitigung der von der Feuerwehr behobenen Gefahr verpflichtet war. Eine Pflicht zur Beseitigung der Gefahr im Sinne des Feuerwehrechts könnte sich für B sowohl aus dem Innehaben der tatsächlichen Gewalt über die störende Sache als auch aus ihrer Eigentümerstellung an der Bundeswasserstraße folgen.

(1) Adressatenstellung aus tatsächlicher Gewalt

B könnte tatsächliche Gewalt über das Öl, das Wasser und/oder das Öl-Wasser-Gemisch innehaben. Hierbei kann der Gedanke der allgemeinen Verantwortlichkeitsdogmatik des Polizeirechts übertragen werden: Verantwortlich für den Zustand von Sachen ist der Inhaber der tatsächlichen Gewalt.¹⁹ Inhaber der tatsächlichen Gewalt ist derjenige, der über tatsächliche Einwirkungsmöglichkeiten auf die Sache verfügt.²⁰ B müsste demnach zum Zeitpunkt des Feuerwehreinsatzes Einwirkungsmöglichkeiten auf das Wasser, das Öl oder das durch die Verunreinigung entstandene Öl-Wasser-Gemisch gehabt haben.

Bezüglich der sich auf einem Fließgewässer befindlichen Öllache ist eine solche Sachherrschaft schon deshalb auszuschließen, weil deren Ausdehnung und Gestalt sich fortlaufend ändern, so dass es an einem räumlich abgrenzbaren körperlichen Gegenstand gem. § 90 BGB fehlt. Demnach stellt der Ölfilm auf dem Main-Donau-Kanal keine rechtlich selbstständige Sache dar, sondern war mit dem Wasser verbunden und bildete mit diesem einen einheitlichen Gegenstand. Eine tatsächliche Gewalt bezüglich des Öls ist dementsprechend auszuschließen.

Denkbar wäre eine Sachherrschaft hinsichtlich des Öl-Wasser-Gemisches. Jedoch ist das Grundstück, auf dem sich die Bundeswasserstraße befindet, der Allgemeinheit frei zugänglich, sodass die Herrschaftsbeziehung der B sich von derjenigen beliebiger anderer Personen nicht unterscheidet. Bei Bundeswasserstraßen ist aufgrund der Vorschriften über den Gemeingebrauch (§ 25 WHG) und über die Benutzungsbefugnis für Wasserfahrzeuge (§ 5 WaStrG) ein allgemeines Betretungsrecht anzunehmen. Inhaber der tatsächlichen Gewalt im Sinne der Verantwortlichkeitsdogmatik des Polizeirechts kann jedoch nur sein, wer über besondere faktische Einwirkungsmöglichkeiten auf die störende Sache verfügt, aus denen sich eine spezielle Verantwortlichkeit für deren Zustand ableiten lässt.²¹ Daran fehlt es, wenn wegen eines Betretungs- und Benutzungsrechts der Allgemeinheit jedermann in gleicher Weise auf die Sache zugreifen kann. Eine Adressatenstellung lässt sich demnach nicht aus tatsächlicher Gewalt begründen.

Hinweis: Da weder § 25 WHG noch § 5 WaStrG im Sachverhalt erwähnt werden, sind diese nicht vorauszusetzen. Die Begründung, dass Wasserstraßen für jedermann zugänglich sind, kann jedoch auch ohne Kenntnis dieser Normen erwartet werden.

¹⁹ Dieser Grundsatz schlägt sich neben § 18 des Bundespolizeigesetzes auch in den verschiedenen landesrechtlichen Ausgestaltungen des Polizeirechts nieder, vgl. unter anderem für Bayern Art. 8 Abs. 1, 2 PAG bzw. Art. 9 Abs. 2 LStVG sowie für NRW § 5 Abs. 1, 2 PolG.

²⁰ Steiner, in: Schmidbauer/Steiner, Polizeiaufgabengesetz, Polizeiorganisationsgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2023, PAG Art. 8 Rn. 3.

²¹ Steiner, in: Schmidbauer/Steiner, Polizeiaufgabengesetz, Polizeiorganisationsgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2023, PAG Art. 8 Rn. 3.

(2) Adressatenstellung aus Eigentümerstellung

B könnte jedoch in ihrer Stellung als Eigentümerin der Bundeswasserstraße Zustandsstörerin sein. Die Eigentumsstellung der B ergibt sich aus § 4 Abs. 1 WHG i.V.m. Art. 89 Abs. 1 GG.

Hinweis: Da nicht auf Art. 89 GG verwiesen wurde, kann nicht verlangt werden, dass dieser mitzitiert wird. Die Begründung der Eigentümerstellung mit § 4 Abs. 1 WHG reicht demnach aus.

(a) Eigentum am Öl-Wasser-Gemisch

Die Bundeswasserstraße selbst stellt jedoch noch nicht die Gefahrenquelle dar. Einer Inanspruchnahme als Eigentümerin der Bundeswasserstraße könnte demnach entgegenstehen, dass eine andere – natürliche oder juristische – Person Eigentümerin des Öl-Wasser-Gemisches, also der Gefahrenquelle, ist. Eigentum an der Bundeswasserstraße begründet noch nicht automatisch eine Zustandsverantwortlichkeit für die Gefahrenquelle. Jedoch könnte B mit der Eigentümerstellung auch das Eigentum am Öl-Wasser-Gemisch erlangt haben. Indem sich Mineralöl im Wasser befand, fand eine Vermischung statt. Zwar konnte das Öl von der Feuerwehr durch eine Ölsperre abgeschöpft werden, sodass die Vermischung nicht gem. § 948 Abs. 1 BGB untrennbar war. Jedoch steht es gem. § 948 Abs. 2 BGB der Untrennbarkeit gleich, wenn die Trennung der vermischten Sachen mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden wäre. Die Kosten des Feuerwehreinsatzes übersteigen die Kosten des Mineralöls um ein Vielfaches. § 948 Abs. 2 BGB ist somit zu bejahen. Bei dem Öl-Wasser-Gemisch kann aufgrund des jeweiligen Anteils von Öl und Wasser das Wasser als Hauptsache angesehen werden. Dementsprechend hatte B als Eigentümerin des Wassers das alleinige Eigentum am Öl-Wasser-Gemisch, vgl. § 947 Abs. 2 BGB. B als Eigentümerin der Bundeswasserstraße war demnach auch Eigentümerin des Öl-Wasser-Gemisches, von dem die Gefahr nach Art. 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BayFwG ausging.

(b) Träger der Unterhaltslast

Fraglich ist, ob die Eigentümerstellung B auch zur Beseitigung der Gefahr verpflichtet. Gem. § 40 Abs. 1 S. 1 WHG obliegt die Unterhaltung eines oberirdischen Gewässers den Eigentümern der Gewässer, soweit sie nicht nach landesrechtlichen Vorschriften Aufgabe von Gebietskörperschaften, Wasser- und Bodenverbänden, gemeindlichen Zweckverbänden oder sonstigen Körperschaften des öffentlichen Rechts ist. Zur Gewässerunterhaltung gehört auch die Erhaltung und Förderung der ökologischen Funktionsfähigkeit des Gewässers, insbesondere als Lebensraum von wild lebenden Tieren und Pflanzen, vgl. § 39 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 WHG. Da die Verunreinigung mit Öl die ökologische Funktionsfähigkeit von Gewässern insbesondere als Lebensraum wild lebender Tiere und Pflanzen nachteilig beeinflussen kann, umfasst § 39 Abs. 1 Nr. 4 WHG auch die Maßnahmen, die zur Beseitigung eines auf der Wasseroberfläche treibenden Ölfilms erforderlich sind. Vorliegend führte das Mineralöl zu der Möglichkeit eines Schadens für Tier- und Pflanzenwelt in dem und um das Gewässer. Die Beseitigungspflicht der B für die Gefahr ergibt sich demnach aus § 40 Abs. 1 S. 1 WHG i.V.m. § 39 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 WHG.

(c) Zwischenergebnis

B ist Eigentümerin der Wasserstraße und des darin befindlichen Öl-Wasser-Gemisches. Auch ist sie Trägerin der Unterhaltslast gem. § 40 Abs. 1 S. 1 WHG und somit richtige Adressatin des Kostenbescheids.

(3) Polizeipflichtigkeit von Hoheitsträgern

Der Inanspruchnahme der B könnte jedoch eine fehlende Polizeipflichtigkeit von Hoheitsträgern entgegenstehen. Zu einer solchen Polizeipflichtigkeit treffen die polizei- und sicherheitsrechtlichen Normen zur Verantwortlichkeit keine Aussage. Grundsätzlich kann auch ein Hoheitsträger Störer im Sinne des Polizeirechts sein.²² Diese denkbare Störereigenschaft eines Hoheitsträgers wird als Problem der *materielle Polizeipflichtigkeit* betrachtet. Sie ergibt sich bereits daraus, dass Hoheitsträger bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben an die sich aus den Gesetzen und anderen Rechtsvorschriften ergebenden Bestimmungen zur Einhaltung des Gefahrenabwehrrechts gebunden sind²³ und bei einer Nichteinhaltung als Störer klassifiziert werden können. Verursacht ein Hoheitsträger eine Gefahr, ist er für diese auch verantwortlich. Demnach ist eine solche materielle Polizeipflichtigkeit zu bejahen. Im Rahmen der Frage nach der *formellen Polizeipflichtigkeit* stellt sich die Frage, ob Hoheitsträger die Befugnis haben, gegen einen anderen Hoheitsträger einzuschreiten, der eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung verursacht hat. Dies ist grundsätzlich umstritten.²⁴ Im vorliegenden Fall ist eine Polizeipflichtigkeit aber bereits aus dem Sinn und Zweck des Feuerwehrgesetzes zu bejahen. Die Feuerwehr der E wurde als technischer Hilfsdienst zur Gefahrenbeseitigung gerufen. Die Gefahr – das Mineralöl im Wasser des Main-Donau-Kanals – musste aufgrund möglicherweise folgender Schäden beseitigt werden. Für die Situation war B zwar nicht aufgrund von eigenen Handlungen verantwortlich, jedoch dennoch als Eigentümerin der Bundeswasserstraße Zustandsstörerin. Vorliegend geht es nicht darum, gegen einen anderen Hoheitsträger aufgrund dessen Tätigwerdens einzuschreiten. Der Schwerpunkt liegt auf der Inanspruchnahme des Kostenträgers auf der Kostenebene. Die Argumente gegen eine (formelle) Polizeipflichtigkeit²⁵ sind auf den vorliegenden Fall somit nicht übertragbar.

Dementsprechend ist die auf die Kosten bezogene Polizeipflichtigkeit der B zu bejahen.

(4) Zwischenergebnis

B war als Zustandsstörerin demnach richtige Adressatin des Kostenbescheids und somit passivlegitimiert.

cc) Zwischenergebnis

Sowohl eine Einsatzsituation nach Art. 28 Abs. 2 Nr. 2 BayFwG als auch die Passivlegitimation des Kostenpflichtigen sind zu bejahen. Der Tatbestand von Art. 28 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 S. 1 Nr. 1 Alt. 2 BayFwG ist demnach erfüllt.

b) Rechtsfolge

Die materielle Rechtmäßigkeit des Bescheids setzt außerdem voraus, dass auf der Rechtsfolgenseite keine Ermessensfehler vorgelegen haben, was vom Verwaltungsgericht allerdings nur in den Grenzen des § 114 S. 1 VwGO überprüft werden kann.

²² BVwVerGE 29, 52 (52 ff.); *Schmidbauer*, in: Schmidbauer/Steiner, Polizeiaufgabengesetz, Polizeiorganisationsgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2023, PAG Art. 11 Rn. 169 ff.

²³ BVwVerGE 114, 232 (238 f.).

²⁴ *Schmidbauer*, in: Schmidbauer/Steiner, Polizeiaufgabengesetz, Polizeiorganisationsgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2023, PAG Art. 11 Rn. 170.

²⁵ *Schmidbauer*, in: Schmidbauer/Steiner, Polizeiaufgabengesetz, Polizeiorganisationsgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2023, PAG Art. 11 Rn. 170 ff.

E steht grundsätzlich ein Ermessen zu, ob sie einen Kostenbescheid erlässt, vgl. „die Gemeinden können“ und „Kostenersatz [...] kann verlangt werden“ in Art. 28 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BayFwG. Ein Ermessensfehler könnte sich jedoch aus der Adressatenwahl ergeben. Laut Sachverhalt verweist B die E auf den Freistaat Bayern als richtigen Adressaten des Bescheids. Wie oben jedoch bereits geprüft, kommt nur B als Adressatin i.S.d. Art. 28 Abs. 2 BayFwG in Betracht. Ermessensfehler bei der Adressatenwahl kommen demnach nicht in Betracht.

Bei der Ermessensentscheidung, ob E nun einen Kostenbescheid erlässt oder nicht, ist auch zu berücksichtigen, dass B geltend gemacht hat, dass sie insbesondere im Hinblick auf die haushaltsrechtlichen Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit, Art. 61, 62 GO, von der Möglichkeit eines Kostenbescheids Gebrauch gemacht hat. Auch Gründe für einen Billigkeitsverzicht nach Art. 28 Abs. 1 S. 3 BayFwG oder anderweitige Gründe, die für ein Absehen von der Inanspruchnahme der B sprechen, liegen nicht vor.

Insgesamt überwiegt bei einer Abwägung der jeweiligen Interessen das Interesse der E am Ersatz der entstandenen Aufwendungen. Ermessensfehler sind demnach nicht ersichtlich.

c) **Zwischenergebnis**

Der Kostenbescheid war materiell rechtmäßig.

4. **Zwischenergebnis**

Der Kostenbescheid war rechtmäßig.

III. **Zwischenergebnis**

Die Klage der B ist aufgrund der Rechtmäßigkeit des Bescheids unbegründet.

D. **Ergebnis**

Die Klage der B wird keinen Erfolg haben.

Anfängerklausur Allgemeines Verwaltungsrecht: Unbestimmte Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum

Wiss. Mitarbeiter Yannick Schumacher, Köln*

Der Fall wurde als Abschlussklausur zur Vorlesung im Allgemeinen Verwaltungsrecht an der Universität zu Köln im Sommersemester 2022 gestellt. Er ist angelehnt an das Urteil des BVerwG vom 30.10.2019 – 6 C 18.18. Thematisiert wurde das Vorliegen eines unbestimmten Rechtsbegriffs. Die Studierenden sollten zunächst feststellen, dass ein unbestimmter Rechtsbegriff mit einem Beurteilungsspielraum vorliegt. Im Rahmen der Beurteilungsfehler musste sich dann mit einem möglichen Verstoß gegen Grundrechte auseinandergesetzt werden. Die Schreibzeit betrug 120 Minuten.

Sachverhalt

Der Rapper A hat nach acht erfolgreichen Alben im Februar 2014 sein neues Album „Criminal Life“ veröffentlicht, das der Musikrichtung Gangsta-Rap zuzuordnen ist. In den 15 Songs des Albums, welches sich innerhalb kürzester Zeit mehr als 100.000-mal verkauft hat, rappt der Künstler über seinen kriminellen Lebenswandel.

Ende Oktober 2014 hat die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien (BPS), eine Bundesbehörde, ein Indizierungsverfahren nach §§ 17 ff. JuSchG (Jugendschutzgesetz) eingeleitet. In diesem Verfahren wird von einem aus zwölf Personen bestehenden Gremium (Zwölfer-Gremium) darüber entschieden, ob das Album in die Liste der jugendgefährdenden Medien gesetzt wird, was zur Folge haben würde, dass der Verkauf eines Albums an Kinder und Jugendliche verboten ist. Das Gremium unterliegt keinen Weisungen. Es ist zusammengesetzt aus Vertreter:innen der Bereiche der Kunst, der Literatur, des Buchhandels, der Anbieter:innen von Trägermedien, der Jugendhilfe, der Lehrerschaft und der Kirchen. Zur Aufnahme in die Liste jugendgefährdender Medien bedarf es dabei einer Mehrheit von zwei Dritteln der an der Entscheidung mitwirkenden Mitglieder:innen des Gremiums.

Das zuständige Zwölfer-Gremium hat im Rahmen dieses Indizierungsverfahren auf Grundlage von § 18 Abs. 1 S. 1 JuSchG entschieden, dass das Album „Criminal Life“ in die Liste der jugendgefährdenden Medien eingetragen wird. In der Begründung heißt es, jeder Titel des Albums enthalte Schilderungen, wie er aus beliebigen Anlässen offen brutale Gewalt anwende, als Drogendealer oder Waffenhändler tätig sei, ohne dafür belangt zu werden. Auch seien die Texte durchsetzt mit Äußerungen, in denen Frauen und Homosexuelle in vulgärer Sprache herabgewürdigt und verächtlich gemacht würden. Diese Darstellung des Inhalts des Albums trifft zu. Aus diesem Befund schließt das Zwölfer-Gremium, die Texte übten mit hoher Wahrscheinlichkeit einen schädlichen Einfluss auf hierfür empfängliche Minderjährige aus. Gefährdet seien insbesondere Jugendliche, die in einem Umfeld lebten, in dem patriarchalische Verhältnisse und homophobe Einstellungen vorherrschten. Das Album sei daher jugendgefährdend i.S.d. § 18 Abs. 1 S. 1 JuSchG. Die Entscheidung ist formell rechtmäßig.

Hiermit ist A nicht einverstanden und hält die Aufnahme seines Albums „Criminal Life“ in die Liste der jugendgefährdenden Medien für rechtswidrig. Er ist der Auffassung, dass seine Kunstfreiheit

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Institut für Medienrecht und Kommunikationsrecht (Prof. Dr. Karl-E. Hain) an der Universität zu Köln.

gem. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG unverhältnismäßig eingeschränkt werde. Dementsprechend hätte im Rahmen der tatbestandlichen Abwägung dem Aspekt der Kunst gegenüber dem Jugendschutz der Vorrang eingeräumt werden müssen.

Die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien bleibt jedoch bei ihrer Einschätzung. Sie betont insbesondere, dass die Entscheidung des Zwölfer-Gremiums schon gar nicht der vollen gerichtlichen Kontrolle unterfalle. Als fachlich besetztes Gremium verfüge dieses im Rahmen der zu treffenden Entscheidung über eine weitaus bessere Fachkenntnis als Verwaltungsrichter:innen.

Fallfrage

A klagt vor dem zuständigen Verwaltungsgericht gegen die Indizierung. Wird das Gericht diese als rechtswidrig einstufen?

Bearbeitungsvermerk

Die Aufnahme von Träger- und Telemedien in die Liste jugendgefährdender Medien stellt einen Verwaltungsakt gem. § 35 S. 1 VwVfG dar. Bei CDs handelt es sich um Trägermedien i.S.d. § 18 Abs. 1 S. 1 JuSchG. Es ist ausschließlich auf die im Sachverhalt abgedruckte Norm mit dem nachfolgend wiedergegebenen Inhalt abzustellen. Gehen Sie auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Fragen – ggf. hilfsgutachtlich – ein.

Auszug aus dem Jugendschutzgesetz (JuSchG)

§ 18 – Liste jugendgefährdender Medien

- (1) Träger- und Telemedien, die geeignet sind, die Entwicklung von Kindern oder Jugendlichen oder ihre Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zu gefährden, sind von der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien in eine Liste (Liste jugendgefährdender Medien) aufzunehmen. (...)
- (2) (...)
- (3) Ein Medium darf nicht in die Liste aufgenommen werden,
 1. (...)
 2. wenn es der Kunst oder der Wissenschaft, der Forschung oder der Lehre dient,
 3. (...)

Lösungsvorschlag

A. Ermächtigungsgrundlage	535
B. Formelle Rechtmäßigkeit	535
C. Materielle Rechtmäßigkeit	536
I. Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage	536
1. Vorliegen eines Träger- oder Telemediums gem. § 18 Abs. 1 S. 1 JuSchG	536
2. Jugendgefährdung gem. § 18 Abs. 1 S. 1 JuSchG	536
a) Überprüfbarkeit der Voraussetzung der Jugendgefährdung	536
aa) Umgang mit unbestimmten Rechtsbegriffen auf Tatbestandsseite	536
bb) Beurteilungsspielraum des Zwölfer-Gremiums	537

b) Prüfung von Beurteilungsfehlern.....	538
aa) Schutzbereich	538
bb) Eingriff	539
cc) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	539
(1) Einschränkungsmöglichkeiten	539
(2) Grenzen der Einschränkungsmöglichkeiten.....	539
(a) Gesetzliche Grundlage	539
(b) Verhältnismäßigkeit.....	540
(aa) Legitimer Zweck	540
(bb) Geeignetheit.....	540
(cc) Erforderlichkeit.....	540
(dd) Angemessenheit	540
(ee) Zwischenergebnis.....	541
(c) Zwischenergebnis	541
(3) Zwischenergebnis.....	541
dd) Zwischenergebnis	541
c) Zwischenergebnis.....	541
3. Zwischenergebnis.....	541
II. Rechtsfolge	541
III. Zwischenergebnis	541
D. Ergebnis.....	542

Das Gericht wird die Aufnahme des Albums „Criminal Life“ des Rappers A in die Liste jugendgefährdender Medien als rechtswidrig einstufen, wenn diese nicht auf einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage beruht und/oder formell bzw. materiell rechtswidrig ist.

A. Ermächtigungsgrundlage

Zunächst müsste die Aufnahme des Albums in die Liste der jugendgefährdenden Medien auf einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage beruhen. Als Ermächtigungsgrundlage kommt § 18 Abs. 1 S. 1 JuSchG in Betracht.

B. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Aufnahme des Albums „Criminal Life“ in die Liste jugendgefährdender Medien ist formell rechtmäßig.

C. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Aufnahme des Albums in die Liste der jugendgefährdenden Medien müsste auch materiell rechtmäßig sein. Dies ist der Fall, wenn die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage vorliegen und die Behörde ihr Ermessen – soweit vom Gesetzgeber eingeräumt – fehlerfrei ausgeübt hat.

I. Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

Zunächst müssten die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage vorliegen.

1. Vorliegen eines Träger- oder Telemediums gem. § 18 Abs. 1 S. 1 JuSchG

Bei der CD handelt es sich laut des Sachverhalts um ein Trägermedium i.S.d. § 18 Abs. 1 S. 1 JuSchG.

2. Jugendgefährdung gem. § 18 Abs. 1 S. 1 JuSchG

Nach § 18 Abs. 1 S. 1 JuSchG sind Träger- und Telemedien, die geeignet sind, die Entwicklung von Kindern oder Jugendlichen oder ihre Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zu gefährden, von der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien in eine Liste jugendgefährdender Medien aufzunehmen.¹

a) Überprüfbarkeit der Voraussetzung der Jugendgefährdung

Fraglich ist, ob das Verwaltungsgericht die Bewertung der Behörde hinsichtlich der Voraussetzung der Jugendgefährdung überhaupt voll überprüfen kann. Eine volle Nachprüfung scheidet dann aus, wenn der Behörde insoweit ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe zusteht.²

Dann müsste die Ermächtigungsgrundlage auf der Tatbestandsseite unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten und der Behörde müsste insoweit ein Beurteilungsspielraum zustehen. Mit den Begriffen der Eignung zur Gefährdung der Entwicklung von Kindern oder Jugendlichen oder ihrer Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit enthält § 18 Abs. 1 S. 1 JuSchG unbestimmte Rechtsbegriffe.³

Zu prüfen ist, wie mit solchen unbestimmten Rechtsbegriffen auf der Tatbestandsseite umzugehen ist.⁴

aa) Umgang mit unbestimmten Rechtsbegriffen auf Tatbestandsseite

Nach der wohl herrschenden Rechtsprechung und Lehre sind unbestimmte Rechtsbegriffe regelmäßig vollständig überprüfbar. Dies soll sich aus dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes gem. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG und dem Schutz der jeweils betroffenen Grundrechte ergeben.⁵

¹ Ausführlich zur Jugendgefährdung *Altenhain*, in: Löffler, Presserecht, Kommentar, 7. Aufl. 2023, JuSchG § 18 Rn. 1 ff.

² Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 7 Rn. 31.

³ BVerwG, Urt. v. 30.10.2019 – 6 C 18.18, Rn. 17.

⁴ Ausführlich zu unbestimmten Rechtsbegriffen *Beaucamp*, JA 2012, 193; *Kment/Vorwalter*, JuS 2015, 193; *Voßkuhle*, JuS 2008, 117. Siehe zur Falllösung auch *Durinke/Ingold*, ZJS 2009, 274.

⁵ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 7 Rn. 34.

Ausnahmen werden nur zugelassen, soweit durch das Nachvollziehen und Überprüfen von fachlichen oder wissenschaftlichen Beurteilungen die Rechtsprechung an ihre Funktionsgrenzen stieße. Für bestimmte Fallgruppen des BVerwG⁶ – so unter anderem in Prüfungsentscheidungen und prüfungähnlichen Entscheidungen, bei beamtenrechtlichen Beurteilungen, bei Entscheidungen wertender Art durch weisungsfreie, mit Sachverständigen und/oder Interessenvertretern besetzten Ausschüssen, bei Prognoseentscheidungen und Risikobewertungen vor allem im Bereich des Umwelt- und Wirtschaftsrecht sowie bei Entscheidungen, die an vorgegebene Ziele und Faktoren im Bereich der Verwaltungs- und der Wirtschaftspolitik anknüpfen und durch diese bestimmt werden – werden dementsprechend der Verwaltung Beurteilungsspielräume eingeräumt.⁷

bb) Beurteilungsspielraum des Zwölfer-Gremiums

Fraglich ist, ob hier eine der durch die Rechtsprechung gebildeten Fallgruppen vorliegt.

Infrage kommt die Fallgruppe der Entscheidungen wertender Art durch weisungsfreie, mit Sachverständigen und/oder Interessenvertreter besetzten Ausschüssen. Dabei ist zu beachten, dass nicht bereits das Vorliegen dieser Fallgruppe zur Bejahung eines Beurteilungsspielraums führt. Vielmehr müssen die Entscheidungen des Gremiums gerade von einer erhöhten Komplexität zeugen, sodass durch das Fachwissen der Sachverständigen die Einräumung der Letztentscheidungsbefugnis begründet werden kann.⁸

Im Hinblick auf die hier in Rede stehenden unbestimmten Rechtsbegriffe müssen Entscheidungen hochgradig wertender Art getroffen werden. Diese Entscheidung trifft ein aus zwölf Personen bestehendes Gremium (Zwölfer-Gremium). Das Zwölfer-Gremium unterliegt keinen Weisungen. Es ist zusammengesetzt aus Vertreter:innen der Bereiche der Kunst, der Literatur, des Buchhandels, der Anbieter von Trägermedien, der Jugendhilfe, der Lehrerschaft und der Kirchen. Somit verfügt es durch seine personelle Zusammensetzung über eine Bandbreite an speziellem Fachwissen und praktischen Erfahrungen auf dem Gebiet des Jugendschutzes. Zudem ist es durch das Erfordernis eines Besetzungsquorums und einer qualifizierten Mehrheit mit einer erhöhte Richtigkeitsgewähr ausgestattet.⁹

Es handelt sich mithin um ein Gremium, das eine sachverständige, pluralistische und unabhängige Meinungsbildung gewährleistet. Damit liegt ein Fall der Entscheidungen wertender Art durch weisungsfreie, mit Sachverständigen und/oder Interessenvertreter:innen besetzten Ausschüssen vor.

Somit muss dem Zwölfer-Gremium ein Beurteilungsspielraum zuerkannt werden.¹⁰

Anmerkung: Das BVerwG lehnt in seiner neusten Rechtsprechung den Beurteilungsspielraum des Zwölfer-Gremiums explizit ab und nimmt hier eine Wende in seiner Rechtsprechung vor.¹¹ Es begründet dies damit, dass nicht allein aufgrund der Entscheidung durch ein Gremium, das eine sachverständige, pluralistische und unabhängige Meinungsbildung gewährleistet, auf das Vorliegen eines Beurteilungsspielraums geschlossen werden kann. Die Annahme eines Beurteilungsspielraums sei nur dann berechtigt, wenn das gesetzlich vorgegebene Entscheidungsprogramm vage sei und sich eine fallbezogene Anwendung als besonders schwierig erweise, weil eine Vielzahl von Bewertungs-

⁶ BVerwG, Urt. v. 26.6.1990 – 1 C 10.88, Rn. 21.

⁷ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 7 Rn. 37 ff.

⁸ BVerwG, Urt. v. 30.10.2019 – 6 C 18.18, Rn. 15.

⁹ BVerwG, Urt. v. 30.10.2019 – 6 C 18.18, Rn. 7, 17, 48.

¹⁰ So auch noch BVerwG, Urt. v. 28.8.1996 – 6 C 15.94, Rn. 14; BVerwG, Urt. v. 18.2.1998 – 6 C 9/97.

¹¹ BVerwG, Urt. v. 30.10.2019 – 6 C 18.18, Rn. 18.

faktoren ermittelt, gewichtet und in ein Verhältnis zueinander gesetzt werden müssten. Die Entscheidung in Bezug auf die erforderlichen Feststellungen und Wertungen zur Jugendgefährdung und Kunst würden sich jedoch gerade nicht als übermäßig schwierig erweisen.¹²

Es ist hier also ebenso gut vertretbar, das Vorliegen eines Beurteilungsspielraums des Zwölfer-Gremiums abzulehnen. Wird der Beurteilungsspielraum des Zwölfer-Gremiums abgelehnt, muss das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen vollumfänglich geprüft werden. Dazu hätte zunächst geprüft werden müssen, ob die CD als Trägermedium gem. § 18 Abs. 1 S. 1 JuSchG geeignet ist, die Entwicklung von Kindern oder Jugendlichen oder ihre Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zu gefährden.¹³ Dies war vorliegend der Fall. Sodann wäre zu erörtern gewesen, ob die Ausnahmeregelung des § 18 Abs. 3 Nr. 2 JuSchG einschlägig ist. Danach darf ein Medium nicht in die Liste aufgenommen werden, wenn es der Kunst dient.¹⁴ Im Rahmen dessen hätte eine ausführliche Abwägung zwischen der Kunstfreiheit einerseits und dem Jugendschutz andererseits vorgenommen werden müssen. Das BVerwG geht vorliegend von einem Vorrang des Jugendschutzes aus.¹⁵ Dementsprechend würde die Ausnahmeregelung des § 18 Abs. 3 Nr. 2 JuSchG nicht greifen. Die Tatbestandsvoraussetzungen von § 18 Abs. 1 S. 1 JuSchG wären mithin erfüllt gewesen.

b) Prüfung von Beurteilungsfehlern

Das Vorliegen eines unbestimmten Rechtsbegriffs mit einem Beurteilungsspielraum hat zur Folge, dass das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist. Es kann nur überprüft werden, ob die Behörde verkannt hat, dass ihr ein Beurteilungsspielraum zusteht (Beurteilungsausfall) oder ob die behördliche Entscheidung mit Sinn und Zweck der gesetzlichen Einräumung des Beurteilungsspielraums nicht vereinbar ist, die Behörde entscheidungserhebliche Gesichtspunkte nicht ausreichend beachtet, sachfremde Erwägungen angestellt hat oder ob gegen Grundrechte oder allgemeine Rechtsgrundsätze verstoßen worden ist (Beurteilungsfehlgebrauch).¹⁶

Hier könnte ein Beurteilungsfehler in Form des Beurteilungsfehlgebrauchs wegen eines Verstoßes gegen die Kunstfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG des A vorliegen. Dann müsste ein verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich der Kunstfreiheit gegeben sein.

aa) Schutzbereich

Zu prüfen ist zunächst, ob der Schutzbereich der Kunstfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG eröffnet ist. Dazu müsste das Album „Criminal Life“ als Kunst einzustufen sein. Maßgebend ist dabei der Kunstbegriff des Grundgesetzes.¹⁷ Danach wird die freie schöpferische Gestaltung, durch die Künstler Eindrücke, Erfahrungen oder Erlebnisse durch das Medium einer bestimmten Formensprache zum Ausdruck bringen, umfasst (sog. materialer Kunstbegriff). Geschützt ist die künstlerische Betätigung,

¹² BVerwG, Urt. v. 30.10.2019 – 6 C 18.18, Rn. 19.

¹³ Ausführlich hierzu siehe etwa *Altenhain*, in: Löffler, Presserecht, Kommentar, 7. Aufl. 2023, JuSchG § 18 Rn. 4 ff.

¹⁴ Ausführlich hierzu siehe etwa *Altenhain*, in: Löffler, Presserecht, Kommentar, 7. Aufl. 2023, JuSchG § 18 Rn. 64 ff.

¹⁵ BVerwG, Urt. v. 30.10.2019 – 6 C 18.18, Rn. 67.

¹⁶ BVerwG, Beschl. v. 16.12.2008 – 1 WB 39.07, Rn. 41.

¹⁷ Ausführlich auch zu dem formalen und dem offenen Kunstbegriff siehe *Kempen*, in: BeckOK GG, Stand: 15.1.2024, Art. 5 Rn. 157 ff.

d.h. der Schaffungsprozess (Werkbereich), sowie die Darstellung Verbreitung des Kunstwerks (Wirkbereich).¹⁸ Danach unterfällt das Album des A dem Begriff der Kunst.¹⁹

Anmerkung: Hier könnte man auf die Idee kommen, dass es sich bei dem Album „Criminal Life“ aufgrund dessen Inhalts schon nicht um Kunst handelt. Dies erscheint wohl nicht vertretbar, da der Kunstbegriff nicht aufgrund der Bewertung des Inhalts eines Werks restriktiv auszulegen ist.

bb) Eingriff

Ein Eingriff ist jedes staatliche Handeln, das dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht.²⁰ Das durch die Aufnahme eines Träger- oder Telemediums in die Liste jugendgefährdender Medien ausgelöste Verbreitungsverbot führt zu einem Verbot des Verkaufs des Albums an Kinder und Jugendliche und stellt mithin einen Eingriff in den Wirkungsbereich des Urhebers dar.²¹

cc) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff müsste verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.²²

(1) Einschränkungsmöglichkeiten

Fraglich ist, wie das Grundrecht der Kunstfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG eingeschränkt werden kann. Zu beachten ist, dass es nicht über geschriebene Schranken verfügt. Dies heißt jedoch nicht, dass die Kunstfreiheit schrankenlos gewährleistet ist. In Betracht kommen sog. verfassungsimmanente Schranken zum Schutz von Rechtsgütern mit Verfassungsrang.²³

Als kollidierendes Verfassungsrecht könnte vorliegend der Jugendschutz herangezogen werden. Der Jugendschutz hat Verfassungsrang, wie sich bereits aus Art. 5 Abs. 2 GG ergibt. (Der Rekurs auf den Verfassungsrang des Jugendschutzes durch Art. 5 Abs. 2 GG bedeutet nicht eine Schrankenleihe, die hier aus systematischen Gründen unzulässig wäre.) Zudem ergibt sich der Verfassungsrang des Jugendschutzes aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Somit kann der Jugendschutz als kollidierendes Verfassungsrecht herangezogen werden.

(2) Grenzen der Einschränkungsmöglichkeiten

Weiterhin müssten die Grenzen der Einschränkungsmöglichkeiten gewahrt worden sein.

(a) Gesetzliche Grundlage

Fraglich ist zunächst, ob es einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Nach dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes ist eine gesetzliche Grundlage erforderlich, wenn wesentliche Entscheidungen getroffen werden.²⁴ Bei der Anwendung der in Rede stehenden unbestimmten Rechtsbegriffe, die zur Indizierung von Träger- und Telemedien führen kann, handelt es sich wegen der Grundrechtsrelevanz im

¹⁸ *Kempfen*, in: BeckOK GG, Stand: 15.1.2024, Art. 5 Rn. 157 ff.

¹⁹ Auch nach dem formalen und dem offenen Kunstbegriff handelt es sich bei dem Album des A um Kunst.

²⁰ *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 35. Aufl. 2019, Rn. 294.

²¹ *Manssen*, Staatsrecht II, 19. Aufl. 2022, § 18 Rn. 478.

²² *Manssen*, Staatsrecht II, 19. Aufl. 2022, § 18 Rn. 479 ff.

²³ *Kempfen*, in: BeckOK GG, Stand: 15.1.2024, Art. 5 Rn. 156.

²⁴ *Rux*, in: BeckOK GG, Stand: 15.1.2024, Art. 20 Rn. 172 ff.

Hinblick auf die Kunstfreiheit und das allgemeine Persönlichkeitsrecht um eine wesentliche Entscheidung, sodass eine einfach-gesetzliche Grundlage erforderlich ist. Als solche kann § 18 Abs. 1 S. 1 JuSchG herangezogen werden.

(b) Verhältnismäßigkeit

Zu prüfen ist schließlich, ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im weiten Sinne gewahrt wurde. Dies ist der Fall, wenn der Eingriff einen legitimen Zweck verfolgt sowie geeignet, erforderlich und angemessen ist.²⁵

(aa) Legitimer Zweck

Zunächst müsste ein legitimer Zweck verfolgt werden.²⁶ Die Indizierung des Albums „Criminal Life“ dient dem Jugendschutz, welcher gem. Art. 5 Abs. 2 GG und gem. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG Verfassungsrang genießt.²⁷ Folglich wird ein legitimer Zweck verfolgt.

(bb) Geeignetheit

Das aus der Indizierung folgende Verbreitungsverbot fördert den legitimen Zweck des Jugendschutzes und ist mithin geeignet.²⁸

(cc) Erforderlichkeit

Zudem müsste der Eingriff auch erforderlich sein. Erforderlich ist ein Mittel dann, wenn kein anderes, gleich wirksames, aber milderer Mittel zur Verfügung steht.²⁹ Das Album „Criminal Life“ ist durchzogen von Schilderungen, wie A aus beliebigen Anlässen offen brutale Gewalt anwendet, als Drogendealer oder Waffenhändler tätig ist, ohne dafür belangt zu werden. Auch sind die Texte durchsetzt mit Äußerungen, in denen Frauen und Homosexuelle in vulgärer Sprache herabgewürdigt und verächtlich gemacht werden. Demnach ist – nicht zuletzt unter Berücksichtigung des Beurteilungsspielraums der Behörde – davon auszugehen, dass die Indizierung des ganzen Albums auch erforderlich ist.

(dd) Angemessenheit

Zu prüfen ist weiterhin, ob die Indizierung auch angemessen ist.³⁰ Dies ist der Fall, wenn im konkreten Fall dem Jugendschutz der Vorrang vor der Kunstfreiheit des A einzuräumen ist.

Zugunsten der Kunstfreiheit des Rappers A gem. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ist zu berücksichtigen, dass die Kunstfreiheit im Hinblick auf die geistige Entfaltung des Individuums eine überaus bedeutende Gewährleistung ist.

Andererseits ist bzgl. des Jugendschutzes gem. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zu beachten, dass die gesunde Entwicklung von Jugendlichen ebenfalls ein Rechtsgut von besonderem Rang ist. Im vorliegenden Fall wiegen die jugendgefährdenden Einflüsse schwer. Alle Titel des Albums enthalten Schilderungen der Gewaltverherrlichung und Aussagen, in denen Frauen und Homosexuelle in

²⁵ Rux, in: BeckOK GG, Stand: 15.1.2024, Art. 20 Rn. 192 ff.

²⁶ Manssen, Staatsrecht II, 19. Aufl. 2022, § 8 Rn. 220.

²⁷ An dieser Stelle ist zu beachten, dass die Kunstfreiheit ein vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht ist und der Eingriff aufgrund dessen zwingend einem geschützten Verfassungsgut dienen muss.

²⁸ Manssen, Staatsrecht II, 19. Aufl. 2022, § 8 Rn. 223.

²⁹ Manssen, Staatsrecht II, 19. Aufl. 2022, § 8 Rn. 225.

³⁰ Manssen, Staatsrecht II, 19. Aufl. 2022, § 8 Rn. 228.

vulgärer Sprache herabgewürdigt und verächtlich gemacht werden. Von daher ist die Beurteilung der Behörde, das Album stelle eine erhebliche Gefahr für Jugendliche, insbesondere solche, die in einem Umfeld leben, in dem patriarchalische Verhältnisse und homophobe Einstellungen vorherrschen, dar, nicht zu beanstanden.³¹

Dies gilt auch – nicht zuletzt unter Berücksichtigung des gegebenen Beurteilungsspielraums – für die Annahme des Vorrangs des Jugendschutzes gegenüber der Kunstfreiheit des A.

Daher ist die Anwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe, die zur Indizierung des Albums des A geführt hat, angemessen.

(ee) Zwischenergebnis

Die Indizierung des Albums „Criminal Life“ war verhältnismäßig im weiten Sinne.

(c) Zwischenergebnis

Die Grenzen der Einschränkungsmöglichkeiten wurden gewahrt.

(3) Zwischenergebnis

Der Eingriff in den Schutzbereich der Kunstfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

dd) Zwischenergebnis

Es liegt kein Verstoß gegen die Kunstfreiheit des A gem. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG vor.

c) Zwischenergebnis

Es liegt kein Beurteilungsfehler in Form des Beurteilungsfehlgebrauchs vor.

3. Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage sind gegeben.

II. Rechtsfolge

Die Behörde müsste zudem die richtige Rechtsfolge gewählt haben. Bei § 18 Abs. 1 S. 1 JuSchG handelt es sich um eine gebundene Entscheidung. In diesem Fall ist die von der Behörde getroffene Entscheidung regelmäßig dann fehlerfrei, wenn die Behörde die gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge gewählt hat. Vorliegend wurde das Album „Criminal Life“ in die Liste jugendgefährdender Medien aufgenommen. Somit wurde die richtige Rechtsfolge gewählt.

III. Zwischenergebnis

Die Aufnahme des Albums „Criminal Life“ in die Liste der jugendgefährdenden Medien ist materiell rechtmäßig.

³¹ BVerwG, Urt. v. 30.10.2019 – 6 C 18.18, Rn. 67

D. Ergebnis

Das Gericht wird die Aufnahme des Albums „Criminal Life“ in die Liste der jugendgefährdenden Medien gem. § 18 Abs. 1 S. 1 JuSchG als rechtmäßig einstufen.

Schwerpunktbereichsklausur: „In Äppler Veritas“? Von EU Geldern und Finanznöten eines Apfelwinzers

Wiss. Mitarbeiterin Nur Sena Karakocaoğlu, Wiss. Mitarbeiter Jan-Martin W. T. Schneider, Gießen*

Spätestens seit der Corona-Pandemie finden auch häufiger Delikte des 22. Abschnitts des StGB Eingang in Strafrechts- und Schwerpunktbereichsklausuren, wodurch sich – nicht nur im Bereich der universitären Schwerpunktbereichsprüfung Strafrecht – das Prüfungsfeld erweitern lässt. Zusätzlich kommt in prozessualer Hinsicht eine neue EU-Einrichtung – die seit dem 1. Juni 2021 operierende Europäische Staatsanwaltschaft (EUSa) – hinzu, die im Schnittgebiet der Pflichtfächer der staatlichen Pflichtfachprüfung zwischen § 7 Abs. 3 lit. b und c („Grundzüge Gang des Strafverfahrens“) und § 7 Abs. 4 aus dem Öffentlichen Recht liegt, das die Kenntnis der „Organe und Handlungsformen der Europäischen Gemeinschaften“ fordert. Die Klausur behandelt daher sowohl pflichtfachtaugliche als auch darüberhinausgehende, überwiegend den Schwerpunktbereich internationales Strafrecht (inklusive EU-Strafrecht) betreffende Fragestellungen.

Sachverhalt

A ist Bauer, Winzer und Straußwirtschaftswirt in der idyllischen hessischen Stadt „Kleinöd“ nahe der Bergstraße. A besitzt Rebflächen, Streuobstwiesen mit alten, aber robusten Apfelbäumen. Er betreibt nebenbei auch noch eine eigene Mostereipresse. A befindet sich momentan in einer finanziellen Not-situation. Es droht ggf. ein Insolvenzverfahren über seinen Betrieb.

A recherchiert daher im Internet nach Investitions- und Erwerbsmöglichkeiten, um den Betrieb ggf. eigenständig zu retten. Dabei stößt er auf ein einmaliges Projekt zur Innovationsförderung in Rheinland-Pfalz und Hessen. Es ist ein regionales Programm des bundesweiten Stützungsprogramms (NSP) „Weinanbau fit für die Zukunft“. Hessen beteiligt sich hieran mit dem Förderprojekt „Klimafreundlicher Apfelweinanbau“. Ziel ist die Nachpflanzung in Streuobstbeständen und die Errichtung von „[m]ehnjährigen Blühstreifen und -flächen (sog. HALM 2 C.3.2)“. Außerdem ist die Förderung der Errichtung oder Wiederherstellung von Weinbergsmauern oder Installation von wasser-schonenden Bewässerungsanlagen auf Rebflächen genannt. Es wäre eine Spitzenförderung von bis zu 90.000 € möglich.

* Die Verf. sind am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Hauck, LL.M. (Sussex) für ein EU-Projekt tätig. Die Ausarbeitung entstand im Rahmen von eigenen Recherchen sowie im Rahmen einer Vorlesung zum Internationalen Strafrecht (Europäisches Strafrecht) von Prof. Dr. Hauck, LL.M. (Sussex) im Sommersemester 2023. Er wurde in Teilen auch inspiriert von einem Vortrag der Delegierten Staatsanwältin des Regionalen Zentrums der Europäischen Staatsanwaltschaft in Frankfurt a.M. Frau Dr. Krause-Ablaß, die auf Einladung der Professur am 5.6.2023 einen SQ-Vortrag zur Arbeit der Europäischen Staatsanwaltschaft (abrufbar unter https://jlubox.uni-giessen.de/dl/fiWDrZE6Xc2EjmM81ToDduNh/Gastvortrag_Krause-Ablasse_06_2023.mp4 [3.5.2024]) für Studierende und Referendare am Fachbereich Rechtswissenschaften der Justus-Liebig-Universität Gießen hielt. Die Klausur kann Studierenden des Schwerpunktbereichs im Selbststudium zur Überprüfung der Kenntnisse zum Europäischen Strafrecht (Verknüpfung von materiellem Recht und EU-Richtlinien) und den Delikten gegen den Europäischen Haushalt (sog. PIF-Delikte) dienen und für die Vorbereitung auf die Schwerpunktprüfung genutzt werden. Fortgeschrittenen Studierenden ermöglicht sie die Wiederholung examensrelevanter Bereiche der Betrugsdelikte. Zum Einlesen in das Thema empfehlen wir Weißer, Ad Legendum 2018, 257.

Im Kleingedruckten zum Förderprojekt „Klimafreundlicher Apfelweinanbau“, das A am meisten zusagt, steht, dass die Auszahlung zwar durch hessische Landesbehörden erfolgt, die Fördersumme aber aus dem Haushalt der Europäischen Union – vor allem aus den sog. Mitteln der Gemeinsamen EU-Agrarpolitik (GAP-Mitteln) zur Verfügung gestellt wird. Grundlage der Umsetzung der Gemeinsamen Agrar-Politik sind verschiedene EU-Verordnungen. In Hessen ist das Regierungspräsidium Darmstadt für die Apfel- und Weinbau-Förderung zuständig. Auf dessen Seiten findet A in Bezug zum Projekt „Klimafreundlicher Apfelweinanbau“ eine Zusammenfassung der Förderbedingungen sowie den Querverweis zur Beantragung auf das „Agrarportal Hessen“ und liest sich zunächst ein.

Die zentrale Vorgabe für das Projekt „Klimafreundlicher Apfelweinanbau“ ist die ausschließliche Verwendung von Solarenergie für Weiterverarbeitungsschritte in der Erntephase, um den CO₂-Ausstoß zu reduzieren. Hierzu wird die Anschaffung von Solaranlagen zur Erzeugung von Solarstrom gefördert, wobei eine Liste die förderfähigen Solaranlagen angibt und die Vorgehensweise beschrieben wird. Die Zuwendung wird als einmaliger Betrag nach dem Abschluss der Anschaffung auf der Grundlage des Zahlantrags mit Verwendungsnachweis ausgezahlt (sog. Erstattungsförderung vorfinanzierter Vorhaben). Die durchgeführten Anschaffungen (Art und Umfang) sind in geeigneter Form nachzuweisen, u.a. mit Karten und Rechnungen.

Im Anschluss an diese Bedingungen klickt sich A zum „Agrarportal Hessen“ durch, um sich den Antrag anzusehen. Dem Antrag ist in der Online-Maske ein digitales „Merkblatt zur Gewährung einer Zuwendung“ vorgeschaltet, das A sehr genau liest:

Merkblatt zur Gewährung einer Zuwendung (Auszug)

Die Förderung ist an die Einhaltung von Förderbestimmungen geknüpft – insbesondere, die unter der Lfd.-Ziffer 5.9.

Ziffer 5 Förderverfahrensregeln

Der Antragsteller ist gehalten, je nach Ausprägung diese zur Kenntnis zu nehmen, anzuerkennen oder einzuhalten. Er bestätigt dies durch seine Unterschrift am Ende des Antragsformulars.

Lfd.-Ziffer 5.9

Mitteilung gemäß § 2 Subventionsgesetz über die subventionserheblichen Tatsachen
Subventionserheblichkeit der Antragsangaben

Die Zuwendungen nach diesen Richtlinien sind Subventionen im Sinne des § 2 des Gesetzes gegen die missbräuchliche Inanspruchnahme von Subventionen (SubvG) und des hessischen Subventionsgesetzes (HSG) vom 18. Mai 1977 (GVBl. I S. 199). Subventionserhebliche Tatsachen (§ 1 Hess. SubvG in Verbindung mit § 2 Abs. 1 Subventionsgesetz) sind insbesondere.

[...] Folgende Tatsachen:

1) Angaben des Antragstellers, die für die Bewilligung und Gewährung einer Zuwendung erheblich sind:

Namen, ausführende Stelle, Rechtsform, Sitz, Geschäftsbetrieb, amtlichen Registereintrag des Antragstellers, Beschäftigtenzahl, Umsatz und Jahresbilanzsumme des Antragstellers.

Angabe, dass derzeit kein Insolvenzverfahren unmittelbar bevorsteht.

Angaben im Verwendungsnachweis inklusive Nachweis der für die Umsetzung der Maßnahme in Rechnung gestellten Ausgaben/Kosten (zahlenmäßiger Nachweis).

[...]

Zuwendungsempfänger werden durch das Antragsformular auf die Strafbarkeit [...] hingewiesen und bestätigen urschriftlich ihre Kenntnisnahme mit § 2 des Gesetzes gegen die missbräuchliche

Inanspruchnahme von Subventionen (SubvG) vom 29. Juli 1976 (BGBl. I S. 2034, 2037) und des hessischen Subventionsgesetzes (HSG) vom 18. Mai 1977 (GVBl. I S. 199)

Erklärung zur Kenntnisnahme aller subventionserheblichen Tatsachen

Mir/Uns ist die Strafbarkeit [...] bekannt.

Mir/Uns ist bekannt, dass zu Unrecht erhaltene durch Landesbehörden ausgezahlte EU-Zuschüsse nach der für Zuwendungen der EU geltenden Bestimmung zurückzuzahlen sind. [...]

Unterschriftenfeld

Bevor er eine Entscheidung fällt, ob er seine Idee wirklich durchführen möchte, wendet sich A an seinen Freund R, eine sehr zwielichtige Gestalt, und erzählt ihm davon. R war schon immer missgünstig gegenüber der EU und bietet A sofort an, ihm eine täuschend-echte Rechnung über den Kauf einer Solaranlage zu schreiben. Zum einen will R dem A einen Gefallen tun und zum anderen sieht er die Gelegenheit, der EU „eins auszuwischen“.

A sieht sich in seinem Vorhaben bestätigt und entschließt sich, die Förderung in Höhe der Spitzenfördersumme von 90.000 € zu beantragen. Er gibt dabei im Onlineportal trotz Kenntnis der fehlenden Voraussetzungen an, alle inhaltlichen Bedingungen der Förderung zu erfüllen. Nach einer kurzen Recherche der förderfähigen Solaranlagen ergänzt er zudem, die „Powerful Sun“ erworben zu haben, wobei A gar keine Solaranlage gekauft und auf dem Gebäude der hofeigenen Mostereipresse installiert hat. A hat auch nicht die Absicht, Solaranlagen auf seinem Hof anbringen zu lassen.

Alle anderen verlangten persönlichen Informationen gibt A im Onlineportal „Agrarportal Hessen“ an. In diesem Zuge lässt er das Feld zu der Frage „Gibt es ein laufendes Insolvenzverfahren ihres Unternehmens?“ leer. Zum Schluss überfliegt er den folgenden Satz: „Ich habe Kenntnis davon, dass alle in diesem Antrag anzugebenden Tatsachen in Bezug zu den Förderbedingungen subventionserheblich sind.“ A denkt sich „Na, wenn schon – Bedingungen kann man sich zurechtbiegen“ und versieht auch dies mit seiner digitalen Signatur. Das Merkblatt sowie die Rechnung des R lädt er als Anlage hoch. Danach schickt er den Antrag gemeinsam mit den Anlagen ab.

Der zuständige Mitarbeiter des Regierungspräsidiums Darmstadt – der Obstwiesen- und Ebbelwoi-Fan F –, der zur Verwaltung der EU-Mittel in der Bewilligungsstelle bestellt ist, begutachtet erfreut die Antragstellung und die beigefügte Rechnung, wobei ihm der Rechnungsaussteller als seriöser Lieferant von Solaranlagen bekannt ist. Die zugrunde liegenden Regelungen des Landes, die in einer Verwaltungsvorschrift festgelegt sind, sehen vor, dass F nur EU-Projekte bis zu einer Höhe von 50.000 € prüfen darf. Diese Regelungen sowie die EU-VO besagen außerdem, dass keine Mittel je ohne eine weitergehende Prüfung gewährt werden dürfen. F ignoriert die Dienstvorschriften und geht von der Echtheit der Rechnung aus, wobei er nicht erkennt, dass es sich dabei um eine Fälschung handelt. Gemäß seiner Einstellung als Apfelweinliebhaber und gebürtiger Hesse möchte er A so oder so die Förderung – selbst, wenn es eine zweckwidrige Verwendung sein sollte – gewähren, um sich später an den Früchten in Form von Apfelwein erfreuen zu können. F gewährt die Auszahlung i.H.v. 75.300 € mittels Überweisung, woraufhin diese dem A einige Tage später auf sein Konto gutgeschrieben wird.

A setzt die gewährten Mittel später für ausstehende Rechnungen ein und kauft eine weitere Apfel- presse.

Aufgabe 1

Wie haben sich A und F strafbar gemacht?

Bearbeitungsvermerk

Die Strafbarkeit des R ist an dieser Stelle nicht zu prüfen. Die §§ 108e, 331–335 StGB sind nicht zu prüfen. Alle rechtlichen Gesichtspunkte sind ggf. in einem Hilfsgutachten auszuführen. Auf §§ 1–3 EU-Finanzschutzstärkungsgesetz und die abgedruckten Rechtsvorschriften wird hingewiesen.¹ Bei der Bearbeitung ist zu unterstellen, dass § 1 S. 2 EuFinSchG nicht existiert.

Kleinöd liegt in Hessen und im Bezirk der Stadt Frankfurt am Main. Ein Gesamtergebnis ist nicht zu fertigen.

Aufgabe 2: Wissenszusatzfrage

Wie unterscheidet sich § 264 StGB dogmatisch von § 263 StGB?

Ausgabe 3: Prozessuale Zusatzfragen

Ist die Zuständigkeit der EUSTa eröffnet und wo wäre ggf. Anklage nach den §§ 71 ff. GVG i.V.m. der EUSTa-VO und den abgedruckten Vorschriften zu erheben?

Falls Ausführungen zur Strafbarkeit des R im Rahmen der prozessualen Zusatzfragen notwendig werden, sind diese hier zu tätigen. Bitte beschränken Sie Ihre Ausführungen hierzu auf 500 Worte.

Vorschriften (Auszug):

Hessisches Gesetz über die Vergabe von Subventionen nach Landesrecht
(Hessisches Subventionsgesetz)
Vom 18. Mai 1977

§ 1

Für Leistungen nach Landesrecht, die Subventionen im Sinne des § 264 des Strafgesetzbuches sind, gelten die §§ 2 bis 6 des Subventionsgesetzes vom 29. Juli 1976 (BGBl. I S. 2034, 2037).

Gesetz gegen missbräuchliche Inanspruchnahme von Subventionen (Subventionsgesetz – SubvG)
§ 1 Geltungsbereich

(1) Dieses Gesetz gilt, soweit Absatz 2 nichts anderes bestimmt, für Leistungen, die Subventionen im Sinne des § 264 des Strafgesetzbuches sind.

(2) Für Leistungen nach Landesrecht, die Subventionen im Sinne des § 264 des Strafgesetzbuches sind, gelten die §§ 2 bis 6 nur, soweit das Landesrecht dies bestimmt.

§ 2 Bezeichnung der subventionserheblichen Tatsachen

(1) Die für die Bewilligung einer Subvention zuständige Behörde oder andere in das Subventionsverfahren eingeschaltete Stelle oder Person (Subventionsgeber) hat vor der Bewilligung oder Gewährung einer Subvention demjenigen, der für sich oder einen anderen eine Subvention beantragt oder eine Subvention oder einen Subventionsvorteil in Anspruch nimmt (Subventions-

¹ Im Selbststudium kann dieses Gesetz hier abgerufen werden:
<https://www.gesetze-im-internet.de/eufinschstg/BJNR084410019.html> (3.5.2024).

nehmer), die Tatsachen als subventionserheblich im Sinne des § 264 des Strafgesetzbuches zu bezeichnen, die nach

1. dem Subventionszweck,
 2. den Rechtsvorschriften, Verwaltungsvorschriften und Richtlinien über die Subventionsvergabe sowie
 3. den sonstigen Vergabevoraussetzungen
- für die Bewilligung, Gewährung, Rückforderung, Weitergewährung oder das Belassen einer Subvention oder eines Subventionsvorteils erheblich sind.

(2) Ergeben sich aus den im Subventionsverfahren gemachten Angaben oder aus sonstigen Umständen Zweifel, ob die beantragte oder in Anspruch genommene Subvention oder der in Anspruch genommene Subventionsvorteil mit dem Subventionszweck oder den Vergabevoraussetzungen nach Absatz 1 Nr. 2, 3 im Einklang steht, so hat der Subventionsgeber dem Subventionsnehmer die Tatsachen, deren Aufklärung zur Beseitigung der Zweifel notwendig erscheint, nachträglich als subventionserheblich im Sinne des § 264 des Strafgesetzbuches zu bezeichnen.

Die EUStA-Verordnung

Artikel 22 Sachliche Zuständigkeit der EUStA

(1) Die Zuständigkeit der EUStA umfasst die Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union, die in der Richtlinie (EU) 2017/1371 in ihrer Umsetzung in nationales Recht festgelegt sind, ungeachtet dessen, ob dieselbe strafbare Handlung im nationalen Recht als andere Art von Straftat eingestuft werden könnte. Für Straftaten, die in Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe d der Richtlinie (EU) 2017/1371 in ihrer Umsetzung in nationales Recht festgelegt sind, ist die EUStA nur zuständig, wenn die vorsätzlichen Handlungen oder Unterlassungen nach dieser Bestimmung mit dem Hoheitsgebiet von zwei oder mehr Mitgliedstaaten verbunden sind und einen Gesamtschaden von mindestens 10 Mio. EUR umfassen.

[...]

Artikel 23 Territoriale und personelle Zuständigkeit der EUStA

Die EUStA ist zuständig für die in Artikel 22 genannten Straftaten, wenn diese

- a) ganz oder teilweise im Hoheitsgebiet eines oder mehrerer Mitgliedstaaten begangen wurden,
- b) von einem Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats begangen wurden, sofern ein Mitgliedstaat über Gerichtsbarkeit für solche Straftaten verfügt, wenn sie außerhalb seines Hoheitsgebiets begangen wurden oder
- c) außerhalb der in Buchstabe a genannten Hoheitsgebiete von einer Person begangen wurden, die zum Zeitpunkt der Straftat dem Statut oder den Beschäftigungsbedingungen unterlag, sofern ein Mitgliedstaat über Gerichtsbarkeit für solche Straftaten verfügt, wenn sie außerhalb seines Hoheitsgebiets begangen wurden.

§ 143 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)

(1) Die örtliche Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft bestimmt sich nach der örtlichen Zuständigkeit des Gerichts, bei dem die Staatsanwaltschaft besteht. Fehlt es im Geltungsbereich dieses Gesetzes an einem zuständigen Gericht oder ist dieses nicht ermittelt, ist die zuerst mit der Sache befasste Staatsanwaltschaft zuständig. Ergibt sich in den Fällen des Satzes 2 die Zuständigkeit eines Gerichts, ist das Verfahren an die nach Satz 1 zuständige Staatsanwaltschaft abzugeben, sobald alle notwendigen verfahrenssichernden Maßnahmen ergriffen worden sind und der Verfahrensstand eine geordnete Abgabe zulässt. Satz 3 gilt entsprechend, wenn die Zuständigkeit

einer Staatsanwaltschaft entfallen ist und eine andere Staatsanwaltschaft zuständig geworden ist.

[...]

(6) Abweichend von Absatz 1 Satz 1 sind die in der Bundesrepublik Deutschland als Delegierte Europäische Staatsanwälte gemäß der Verordnung (EU) 2017/1939 ernannten Staatsanwälte unabhängig von ihrem Dienstsitz für alle Strafsachen im Geltungsbereich dieses Gesetzes zuständig, mit denen sie nach Maßgabe der Verordnung (EU) 2017/1939 befasst sind. Satz 1 gilt entsprechend für den deutschen Europäischen Staatsanwalt, der gemäß Artikel 28 Absatz 4 der Verordnung (EU) 2017/1939 tätig wird.

Interne Zuständigkeit der EUStA in Deutschland

Zuständigkeiten des Zentrums Frankfurt am Main:

Die Zuständigkeit ist begründet für ...

1. Straftaten gemäß Art. 22 Abs. 1–3 EUStA-VO i.V.m. Art. 3 Abs. 2 lit. a)–c), 4 Abs. 1–3 Richtlinie (EU) 2017/1371 nach Ziff. 1–3, 5–7 der Anlage, bei Subventionsbetrug der Sitz oder Wohnort des Subventionsnehmers in den Ländern Baden-Württemberg, Hessen, Rheinland-Pfalz oder Saarland liegt.
2. Straftaten gemäß Art. 22 Abs. 1–3 EUStA-VO i.V.m. Art. 3 Abs. 2 lit. d) Richtlinie (EU) 2017/1371 (Umsatzsteuerbetrug) nach Ziff. 4 der Anlage, soweit die den Vorgang vorlegende Behörde ihren Sitz in einem der in Ziff. 1 genannten Länder hat.

Anlage zur Geschäftsverteilung der EUStA in Deutschland

Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der EU gemäß Richtlinie (EU) 2017/1371 in Bezug:

1. auf Ausgaben, die nicht im Zusammenhang mit der Auftragsvergabe i.S.v. Art. 101 Abs. 1 VO (EU, Euratom) 966/2012 stehen (Art. 3 Abs. 2 lit. a) RL (EU) 2017/1371):
[...] gem. § [...] StGB
4. auf Einnahmen aus Mehrwertsteuer-Eigenmitteln der EU, wenn der Gesamtschaden von mindestens 10 Mio. Euro umfasst und zwei oder mehr Mitgliedstaaten betroffen sind (Art. 3d RL (EU) 2017/1371):
[...] § 370 Abs. 1 und 2 AO, § 25 Abs. 2 StGB.
[...]

Hinweis zur Umsetzung der PIF-Richtlinie: Nachweis für die Umsetzung der PIF-Richtlinie in § 264 StGB: BGBl. I 2019, S. 844 = Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug: Artikel 1, Gesetz zur Stärkung des Schutzes der finanziellen Interessen der Europäischen Union (EU-Finanzschutzstärkungsgesetz – EUFinSchStG); Artikel 2, Änderung des Strafgesetzbuches.

Lösungsvorschlag²

A. Strafbarkeit des A	551
I. Subventionsbetrug in besonders schwerem Fall gem. § 264 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB gegenüber F und zulasten der Europäischen Union durch Stellen des Antrags .	551
1. Objektiver Tatbestand.....	551
a) Subvention (§ 264 Abs. 8 S. 1 Nr. 2 StGB).....	551
b) Subventionsgeber	553
c) Subventionserhebliche Tatsachen	553
aa) Definition.....	553
bb) Herleitung der Subventionserheblichkeit.....	554
(1) Abstrakter Maßstab	554
(2) Konkreter Maßstab.....	555
cc) Anwendung des Maßstabes auf den Fall.....	555
dd) Zwischenergebnis	556
d) Tathandlung: Unrichtige/unvollständige Angaben „für sich oder einen anderen“ machen.....	556
e) Vorteilhaftigkeit „für ihn oder den anderen“.....	557
2. Subjektiver Tatbestand	558
3. Rechtswidrigkeit.....	558
4. Schuld	559
5. Regelbeispiel gem. § 264 Abs. 2 Nr. 1 StGB.....	559
6. Ergebnis	560
II. Betrug in besonders schwerem Fall gem. § 263 Abs. 1, 3 Nr. 2 StGB gegenüber F und zulasten der Europäischen Union durch Stellen des Geldleistungsantrags	560
III. Urkundenfälschung in besonders schwerem Fall gem. § 267 Abs. 1 Var. 3, Abs. 3 Nr. 2 StGB durch Hochladen der Rechnung im Portal.....	560

² Der Sachverhalt ist fiktiv und weist eingeflochtene reale Bezüge auf (z.B. zum Weinsektor). So ist zum Beispiel die Innovationsförderung des bundesweiten Stützungsprogramms „Weinanbau fit für die Zukunft“ angelehnt an das „Nationale Stützungsprogramm für den Weinsektor“, Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung, abrufbar unter https://www.ble.de/DE/Themen/Marktorganisation/Absatzfoerderung/Deutscher-Wein/deutscher-wein_node.html (3.5.2024). Zu den Verordnungen für den Weinsektor gehört beispielsweise die Verordnung (EU) 2021/2115 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 2. Dezember 2021 mit Vorschriften für die Unterstützung der von den Mitgliedstaaten im Rahmen der Gemeinsamen Agrarpolitik zu erstellenden und durch den Europäischen Garantiefonds für die Landwirtschaft (EGFL) und den Europäischen Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums (ELER) zu finanzierenden Strategiepläne (GAP-Strategiepläne) und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 1305/2013 sowie der Verordnung (EU) Nr. 1307/2013. Für Hessen gilt folgende Richtlinie https://rp-darmstadt.hessen.de/sites/rp-darmstadt.hessen.de/files/2022-04/richtlinie_-_hessisches_foerderungs-_und_entwicklungsprogramm_wein_2019.pdf (3.5.2024). Zur Begrifflichkeit der *Straußwirtschaft*: Eine Straußwirtschaft ist ein von Winzern und Weinbauern saisonal oder tageweise geöffneter Gastbetrieb, in dem die Erzeuger zu bestimmten Zeiten ihren selbsterzeugten Wein direkt vermarkten.

1. Objektiver Tatbestand.....	560
a) Tatobjekt: unechte Urkunde	561
b) Tathandlung: Gebrauchen einer unechten Urkunde	561
2. Subjektiver Tatbestand	561
3. Rechtswidrigkeit.....	562
4. Schuld	562
5. Regelbeispiel des § 267 Abs. 3 Nr. 2 StGB	562
6. Ergebnis	563
IV. Missbräuchliche Verwendung von Leistungen der Europäischen Union gem. § 1 EUFinSchStG durch zweckmittelfremden Einsatz	563
1. Objektiver Tatbestand.....	563
a) Aus öffentlichen Mitteln der EU stammende Leistungen.....	563
b) Verwendungsbeschränkung	564
c) Verstoß gegen Verwendungsbeschränkung.....	564
d) Kausaler Nachteil für das Vermögen der EU	564
2. Subjektiver Tatbestand	565
a) Nachteilszufügungsabsicht (Sich Verschaffen)	565
b) Verschaffung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils.....	565
3. Rechtswidrigkeit.....	565
4. Schuld	565
5. Ergebnis	565
B. Strafbarkeit des F.....	566
I. Untreue gem. § 266 Abs. 1 StGB durch die Gewährung (ohne Prüfung)	566
1. Objektiver Tatbestand.....	566
a) Handlung	566
b) Missbrauchsvariante, § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB	566
aa) Verfügungs- bzw. Verpflichtungsbefugnis.....	566
bb) Missbrauch dieser Befugnis	567
c) Treubruchsvariante	567
d) Erfolg.....	568
2. Subjektiver Tatbestand	568
3. Rechtswidrigkeit und Schuld	568
4. § 266 Abs. 1 StGB i.V.m. § 263 Abs. 3 StGB	568
5. § 266 Abs. 2 StGB i.V.m. §§ 247, 248a StGB	569
6. Ergebnis	569

Wissenszusatzfrage	569
Prozessuale Zusatzfrage – Zuständigkeit der EUStA	569
I. Territoriale Zuständigkeit, Art. 23 EUStA-VO	570
1. Generelle Kompetenz gem. EUStA-Territorialität	570
2. Zuständigkeit der EUStA-Zentren innerhalb Deutschlands.....	570
II. Materielle Zuständigkeit, Art. 22, 23 EU VO	571
III. Anklage vor nationalen Gerichten	572

A. Strafbarkeit des A

I. Subventionsbetrug in besonders schwerem Fall gem. § 264 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB gegenüber F und zulasten der Europäischen Union durch Stellen des Antrags

A könnte sich des Subventionsbetruges in besonders schwerem Fall nach § 264 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er einen Antrag zur Gewährung einer Geldleistung bis zu einer Höhe von 90.000 € bei der zuständigen Landesbehörde stellte und dabei wahrheitswidrige Angaben machte.

1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand ist verwirklicht, wenn A gegenüber einer für die Bewilligung einer Subvention zuständigen Behörde als Subventionsgeber über subventionserhebliche Tatsachen für sich oder einen anderen unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht hat, die für ihn oder den anderen vorteilhaft sind.

a) Subvention (§ 264 Abs. 8 S. 1 Nr. 2 StGB)

Zunächst müsste eine Subvention i.S.v. § 264 Abs. 8 StGB bestehen. Subvention ist in § 264 Abs. 8 S. 1 StGB legal definiert. Die Norm enthält zwei Subventionsbegriffe, die sich anhand ihrer rechtlichen Grundlage unterscheiden lassen.³ Es könnte der weite Subventionsbegriff⁴ einschlägig sein. Eine Subvention in diesem Sinne ist eine Leistung aus öffentlichen Mitteln nach dem Recht der Europäischen Union, die wenigstens zum Teil ohne marktmäßige Gegenleistung gewährt wird (§ 264 Abs. 8 S. 1 Nr. 2 StGB).⁵

Eine Leistung i.S.v. § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB wird definiert als direkte geldwerte Zuwendung des Zuwendungsgebers an den Empfänger „mit dem Charakter einer Sonderunterstützung“. ⁶ Darunter sind insbesondere Geldzahlungen erfasst.⁷

³ Saliger, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 264 Rn. 4.

⁴ Saliger, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 264 Rn. 4.

⁵ BGH, Beschl. v. 22.8.2018, – 3 StR 449/17. Dieser Beschluss behandelt eine Revisionsentscheidung, die sehr lehrreich ist, da sie 8 Fälle zu den Problemkreisen des § 264 StGB und der Auslegung der Begriffe behandelt.

⁶ Ceffinato, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 264 Rn. 29.

⁷ Ceffinato, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 264 Rn. 29.

Aus öffentlichen Mitteln stammt eine Leistung, wenn eine juristische Person des öffentlichen Rechts die Mittel vergibt.⁸ Leistungen aus öffentlichen Mitteln nach dem Recht der EU stammen aus dem Gesamthaushaltsplan der EU oder aus den Haushaltsplänen, die von der Union oder in ihrem Auftrag verwaltet werden.⁹ Irrelevant ist, wer die unmittelbare Leistung erbringt – ob es die zuständigen Behörden der EU oder deutsche Verwaltungsstellen sind.¹⁰

Die Förderung, von der die Rede ist, basiert auf einem Projekt des Landes Hessen namens „Klimafreundlicher Apfelweinanbau“ als Teil des bundesweiten, aus EU-Mitteln realisierten Stützungsprogramms (NSP) „Weinanbau fit für die Zukunft“. Dieses Projekt soll unter anderem zukunftsfähige Apfelsorten sowie klimafreundliche Ernteverfahren fördern und bezuschusst sie aus diesem Grund mit einer „Spitzenförderung“ von bis zu 90.000 €. Im Kleingedruckten zum Förderprojekt heißt es, die Geldzahlung erfolge zwar durch hessische Landesbehörden, die Fördersumme stamme aber aus dem Haushalt der Europäischen Union. Die Mittel werden aus der Gemeinsamen EU-Agrarpolitik (GAP-Mittel) auf der Grundlage einer aktuellen EU-Verordnung zur Verfügung gestellt.

A erhält eine direkte und einmalige Auszahlung i.H.v. 75.300 € aus diesen Mitteln von der zuständigen hessischen Landesbehörde und somit eine Leistung i.S.v. § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

Hinweis: Es sei – auch, wenn dies von den Bearbeitern nicht verlangt werden kann –, noch darauf hingewiesen, dass auch geprüft werden kann, ob in diesen Fällen über subventionserhebliche Tatsachen nach § 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB i.V.m. Art. 4 Abs. 3 der Verordnung (EG, Euratom) Nr. 2988/95 des Rates vom 18. Dezember 1995 über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften getäuscht wird. Denn laut BGH handelt es sich „[b]ei Art. 4 Abs. 3 VO (EG) Nr. 2988/95 [...] um ein Gesetz im Sinne des § 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB [BGH, Urteil vom 25. Oktober 2017 - 1 StR 339/16, wistra 2018, 302, 305, 306 f.]. Nach dieser Vorschrift haben Handlungen, die nachgewiesenermaßen die Erlangung eines Vorteils zum Ziel haben, der den Zielsetzungen der einschlägigen Gemeinschaftsvorschriften zuwiderläuft, indem ‚künstlich‘ die Voraussetzungen für die Erlangung dieses Vorteils geschaffen werden, zur Folge, dass der betreffende Vorteil nicht gewährt bzw. entzogen wird.“¹¹

Darüber hinaus bildet Europäisches Sekundärrecht die Basis für die Auszahlung an A, welche aus dem Haushalt der EU stammt und durch die Behörden der Mitgliedstaaten vergeben werden. Die Vergabe der Gelder richtet sich nach den Kriterien, die im Projekt auf den Seiten des Regierungspräsidiums Darmstadt vor allem in den Bedingungen und dem „Merkblatt zur Gewährung einer Zuwendung“ bestimmt sind. Von einer Gegenleistung ist keine Rede. Die Zuwendung ist ein einmaliger Betrag, der nach Abschluss der Anschaffung von Solaranlagen auf der Grundlage des Zahlungsantrags mit Verwendungsnachweis ausgezahlt wird.

Im Grunde handelt es sich um Subventionsmaßnahmen der EU, die zur Förderung der Marktwirtschaft und zur Stärkung der „Wettbewerbsfähigkeit des europäischen Apfel- und Weinbaus“¹² vergeben werden, um den europäischen Wirtschaftsraum insgesamt zu stärken und für die Zukunft zu wappnen. Dass die Ausgaben de facto durch eine hessische Behörde erfolgen, hindert nicht die

⁸ Saliger, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 264 Rn. 8.

⁹ BT-Drs. 13/10425, S. 7; Gercke/Hembach, in: Leipold/Tsambikakis/Zöllner, AnwaltKommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 264 Rn. 11.

¹⁰ BT-Drs. 13/10425, S. 10; LG Saarbrücken, Urt. v. 14.1.2014 – 2 KLS 23/13, Rn. 113 (juris).

¹¹ BGH, Beschl. v. 22.8.2018 – 3 StR 449/17, Rn. 54.

¹² Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft, Nationales Stützungsprogramm für den Weinsektor, siehe https://www.bmel.de/DE/themen/landwirtschaft/pflanzenbau/weinbau/weinbau_node.html (28.5.2024).

Annahme, dass es sich um europäische Haushaltsmittel handelt. Die Austeilung durch die hessische Behörde erfolgt nur zu Zwecken der sog. geteilten Mittelverwaltung von Subventionen durch Behörden der Mitgliedsstaaten der EU.

Hinweis: Von Bearbeitern kann an dieser Stelle keine derart tiefgehende Ausführung verlangt werden, jedoch sollte auf die Auszahlung, die Zahlstelle und den Adressaten eingegangen werden, um Problembewusstsein zu zeigen.

Die Leistung stammt aus öffentlichen Mitteln der EU, sodass die Auszahlung die Voraussetzungen des § 264 Abs. 8 S. 1 Nr. 2 StGB erfüllt und somit eine (EU-)Subvention darstellt.

b) Subventionsgeber

Ferner sind nur solche Subventionen erfasst, die im Rahmen eines Subventionsverfahrens von einem Subventionsgeber vergeben werden.¹³ Der Subventionsgeber ist legaldefiniert in Nr. 1 des ersten Absatzes als eine für die Bewilligung einer Subvention zuständigen Behörde oder eine andere in das Subventionsverfahren eingeschaltete Stelle oder Person. Das Subventionsverfahren bezeichnet das Verwaltungsverfahren, das von der Antragsstellung bis hin zur Gewährung der Subvention reicht.¹⁴ Bei F, der die Auszahlung an A im Rahmen der Subventionierung nach dem „Klimafreundlicher Apfelweinanbau“ Projekt gewährt, handelt es sich um einen Mitarbeiter der zuständigen Auszahlungsbehörde des Landes Hessen. Im Innenverhältnis zu seinem Dienstherrn überschreitet F zwar seine Befugnisse. Im Außenverhältnis tritt er allerdings weiterhin als zuständiger Mitarbeiter auf und handelt für das Regierungspräsidium. Eine Subvention durch den Subventionsgeber im Rahmen eines Subventionsverfahrens wurde somit getätigt.

c) Subventionserhebliche Tatsachen

Zur Erfüllung der objektiven Tatbestandsmäßigkeit müsste A unrichtige oder unvollständige Angaben über subventionserhebliche Tatsachen gemacht haben. Erfasst sind sowohl innere als auch äußere Tatsachen.¹⁵

aa) Definition

Subventionserhebliche Tatsachen sind in § 264 Abs. 9 StGB legaldefiniert, um klare Rahmenbedingungen für die Prüfung des Subventionsbetruges zu schaffen.¹⁶ In Kurzfassung fallen darunter alle Umstände der Gegenwart oder Zukunft, die als subventionserheblich bezeichnet sind. In concreto ergibt sich die Subventionserheblichkeit einer Tatsache nach § 264 Abs. 9 Nr. 1 StGB aus dem Gesetz

¹³ Saliger, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 264 Rn. 4 f.

¹⁴ Saliger, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 264 Rn. 6.

¹⁵ Dies ist vergleichbar mit § 263 StGB, der ebenfalls innere als auch äußere Tatsachen erfasst.

¹⁶ Saliger, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 264 Rn. 17; BGH, Beschl. v. 22.8.2018 – 3 StR 449/17, Rn. 33, 32 zu Sinn und Zweck des Begriffes: „Sinn und Zweck des Merkmals der Subventionserheblichkeit ist es, angesichts der zahlreichen Normativbegriffe des Subventionsrechts sicherzustellen, dass sowohl die Vergabevoraussetzungen für den Subventionsempfänger als auch etwaige Täuschungshandlungen für den Subventionsgeber und die Strafverfolgungsorgane möglichst klar erkennbar sind (BGH, Urt. v. 11.11.1998 – 3 StR 101/98 = BGHSt 44, 233, 238; Tiedemann, in: LK-StGB, Bd. 9, 12. Aufl. 2012, § 264 Rn. 72; BT-Drs. 7/5291, S. 12 f.)“; BGH NSTZ-RR 2019, 147 m.w.N.

im materiellen¹⁷ Sinne (nicht aber aus Verwaltungsvorschriften und Richtlinien¹⁸, Alt. 1) oder aus den Bezeichnungen des Subventionsgebers, die aufgrund eines Gesetzes gemacht wurden (Alt. 2). Eine Tatsache muss konkret als subventionserheblich benannt werden¹⁹, wobei auch vertreten wird, dass der Subventionsgeber für die Bezeichnung der Tatsache nicht den Ausdruck „subventionserheblich“ gebrauchen muss.²⁰ Es genügt, wenn durch die gewählte (gleichbedeutende) Bezeichnung zweifelsfrei deutlich wird, dass die fragliche Tatsache für die Bewilligung der Subvention von Bedeutung ist. Die Bezeichnung muss hinreichend bestimmt und auf den konkreten Fall bezogen sein.²¹

Subventionserheblich ist eine Tatsache darüber hinaus auch dann, wenn die Gewährung oder Bewilligung der Subvention bzw. des Subventionsvorteils gesetzlich oder nach dem Subventionsvertrag von dieser Tatsache abhängt (§ 264 Abs. 9 Nr. 2 StGB).²²

bb) Herleitung der Subventionserheblichkeit

Vonnöten ist also eine Tatsache, deren Subventionserheblichkeit sich vor der Tat erkennbar aus Gesetz oder Vertrag ableiten lässt.²³ Diese für § 264 Abs. 9 Nr. 1 StGB nötige Gesetzesgrundlage kann sich dabei auch aus Unionsrecht ergeben.²⁴

(1) Abstrakter Maßstab

In dem Fall muss der Subventionsgeber die Angabe zur Subventionserheblichkeit in der Auskunft oder Meldung für den Kreis der Subventionsnehmer mitteilen, und zwar so, dass der Zugang zu den Subventionsnehmern gegeben ist.²⁵ Es könnte einer der Varianten des § 264 Abs. 9 Nr. 1 StGB greifen.

Aus dem Sachverhalt lässt sich jedoch kein Gesetz im formellen und materiellen Sinn entnehmen, welches für den konkreten Fall subventionserhebliche Tatsachen bezeichnen würde. Insbesondere wird keine ausdrückliche Bezeichnung aus einer EU-Verordnung deutlich. Es ist davon auszugehen, dass eine Bezeichnung der subventionserheblichen Tatsachen „durch Gesetz“ i.S.v. § 264 Abs. 9 Nr. 1 Alt. 1 StGB daher nicht erfolgt ist.

In Betracht kommt die zweite Alternative. Demnach müsste der Subventionsgeber aufgrund eines Gesetzes bestimmte Tatsachen als subventionserheblich bezeichnet haben. Insofern braucht es zunächst einer gesetzlichen Grundlage, die ein solches Vorgehen des Subventionsgebers ermächtigt. Im Anschluss bedarf es der Überlegung, inwiefern die „Bedingungen“ näher ausgeführt werden

¹⁷ BT-Drs. 7/5291, S. 13.

¹⁸ BGHSt 44, 233 (237) = NJW 1999, 1196.

¹⁹ BT-Drs. 7/5291, S. 13.

²⁰ BayObLG NJW 1982, 2202 (2203); OLG München NJW 1982, 457; *Hellmann*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 264 Rn. 56.

²¹ BGHSt 44, 233 (238) = NJW 1999, 1196 (1197); BGH NStZ-RR 2011, 81; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 264 Rn. 11.

²² BT-Drs. 7/5291, S. 13.

²³ Sog. formaler Begriff der Subventionserheblichkeit. Siehe auch BT-Drs. 7/5291, S. 12 f.; BGH, Beschl. v. 22.8.2018 – 3 StR 449/17, Rn. 33; *Saliger*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 264 Rn. 17.

²⁴ BT-Drs. 7/5291, S. 13; *Ceffinato*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 264 Rn. 57.

²⁵ *Saliger*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 264 Rn. 19. Dabei muss darauf geachtet werden, dass „das SubvG nach § 1 Abs. 2 [allerdings] unmittelbar nur für Subventionen nach Bundesrecht einschließlich der vom Bund vergebenen Subventionen nach EG- bzw. EU-Recht, ferner für Subventionen nach Landesrecht bei Bezug der Landesnorm auf das SubvG, was in den Subventionsgesetzen der Länder weitgehend geschehen ist (Sch/Sch/Perron § 264 Rn. 35) [...], nicht dagegen bei den EU-Subventionen, die von Stellen der EU selbst vergeben werden (vgl. BT-Drs. 7/5291 S. 13, 21; OLG München NJW 1982, 457 [458] [OLG München 01.07.1981 – 2 Ws 668/81]; Lackner/Kühl/Heger § 264 Rn. 11) [gilt].“ So *Saliger*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 264 Rn. 19.

müssen und unter welchen Voraussetzungen die Bezeichnung von welchen Tatsachen als subventionserheblich ausreicht.

Naheliegender ist, dass die Bezeichnung der Subventionserheblichkeit aufgrund von Unionsrecht erfolgt sein könnte. Dies ergibt sich allerdings weder aus dem Sachverhalt noch der zitierten EU-Verordnung. Der Fokus sollte also auf das nationale Recht gelegt werden. Als gesetzliche Grundlage eignet sich möglicherweise § 2 SubvG i.V.m. § 1 des hessischen Subventionsgesetzes, wobei letzteres vollständig auf ersteres verweist. Inhaltlich kommt es also auf den § 2 SubvG an, der eine allgemeine Verpflichtung zur Bezeichnung von subventionserheblichen Tatsachen enthält.²⁶

Trotz des Ursprungs der Subventionen im Unionsrecht ist die Anwendung von § 2 SubvG i.V.m. § 1 Hessisches SubvG nicht ausgeschlossen, zumal die Vergabe durch Landesbehörden erfolgt und nicht durch Stellen der EU. § 2 SubvG gilt ohne Vorbehalte auch dann, wenn Subventionen nach EU-Recht vergeben werden, dieses aber von einem Fall der mittelbaren Subventionsverwaltung handelt.²⁷ Der Anwendung von § 2 SubvG i.V.m. § 1 Hessisches SubvG steht insoweit nichts entgegen.

(2) Konkreter Maßstab

Konkret müsste die für die Bewilligung der Subvention zuständige Behörde oder eine andere in das Subventionsverfahren eingeschaltete Stelle oder Person (Subventionsgeber) gem. § 2 Abs. 1 SubvG gegenüber A, der für sich oder einen anderen eine Subvention beantragt oder eine Subvention oder einen Subventionsvorteil in Anspruch nimmt (Subventionsnehmer), noch vor der Bewilligung oder Gewährung einer Subvention, die Tatsachen als subventionserheblich i.S.d. § 264 StGB bezeichnet haben.

Dabei sind diese Tatsachen nach § 2 Abs. 1 Nr. 1–3 SubvG als subventionserheblich zu bezeichnen, die nach dem Subventionszweck (Nr. 1), den Rechtsvorschriften, Verwaltungsvorschriften und Richtlinien über die Subventionsvergabe (Nr. 2) sowie den sonstigen Vergabevoraussetzungen (Nr. 3) für die Bewilligung, Gewährung, Rückforderung, Weitergewährung oder das Belassen einer Subvention oder eines Subventionsvorteils erheblich sind.

cc) Anwendung des Maßstabes auf den Fall

Im konkreten Fall ist das Regierungspräsidium Darmstadt die zuständige Behörde für die Apfel- und Weinbau-Förderung und gleichzeitig die zuständige Bewilligungsstelle für die Subventionen des Förderprojekts „Klimafreundlicher Apfelweinanbau“. Auf seinen Seiten erklärt es die Bedingungen der Förderung und führt ein digitales „Merkblatt zur Gewährung einer Zuwendung“, die A neben dem Antrag ebenfalls unterzeichnet und über das „Agrarportal Hessen“ hochlädt. Die Subvention bewilligt nunmehr F, der zuständiger Mitarbeiter dieser Behörde ist.

Hinweis: Der Aufbau ist an dieser Stelle bewusst vom Maßstab ausgehend gewählt, um eine kleinschrittige Prüfung zu ermöglichen. Die Bearbeiter sollten daher ebenfalls aufzeigen, dass sie grundsätzlich vom allgemeinen Maßstab ausgehen und dann auf das Spezielle im Fall eingehen.

Die von dem Regierungspräsidium Darmstadt bezeichneten Bedingungen begründen die Voraussetzungen zum Erhalt der Subvention aus dem vorgenannten Förderprojekt. Darüber hinaus spielen die Angaben aus dem Merkblatt insofern eine Rolle, als darin „subventionserhebliche Tatsachen“

²⁶ Hellmann, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 264 Rn. 58.

²⁷ Halla-Heißen, Subventionsbetrug bei Agrarexporten, 2004, S. 199.

gekennzeichnet sind, in die sich A vor Beantragung einliest. Unabhängig davon, ob diese der Prämisse des § 2 Abs. 1 SubvG genügen, sind sie dem Regierungspräsidium Darmstadt als zuständige Bewilligungsbehörde zuzurechnen und stammen somit vom Subventionsgeber. Die Bezeichnung als subventionserheblich erfolgt zudem zeitlich vor der Bewilligung der Subvention gegenüber A.

A macht im Rahmen des Antrags Angaben zu folgenden Themen, die zugleich im digitalen Merkblatt aufgegriffen werden: 1. Angaben über persönliche Daten wie Namen, ausführende Stelle, Rechtsform, Umsatz etc. sowie 2. Angabe, dass derzeit kein Insolvenzverfahren unmittelbar bevorsteht sowie 3. Angaben im Verwendungsnachweis nach Ausführung der Anschaffung (zahlenmäßiger Nachweis). Zudem gibt er an, alle inhaltlichen Bedingungen der Förderung zu erfüllen und eine Solaranlage erworben zu haben. Zu überprüfen ist, ob diese Angaben subventionserhebliche Tatsachen betreffen.

Dafür müssten sie durch den Subventionsgeber als subventionserheblich bezeichnet worden sein. Dies ist durch das digitale Merkblatt unter der „Lfd.-Ziffer 5.9“, die die Angaben 1–3 beinhaltet, ausdrücklich geschehen. Außerdem enthält der Antrag noch den Hinweis, „dass alle in diesem Antrag anzugebenden Tatsachen in Bezug zu den Förderbedingungen subventionserheblich sind.“ In diesem Zuge werden die Förderbedingungen auf den Seiten des Regierungspräsidiums Darmstadt in die Subventionserheblichkeit aufgenommen. Dies stellt eine ausreichende Kennzeichnung der Subventionserheblichkeit in der Weise dar, dass es A tatsächlich zuzuging, er durch das Einlesen und Unterzeichnen Kenntnis über die Subventionserheblichkeit erlangte und die subventionserheblichen Kriterien eindeutig aus den Seiten und dem Merkblatt hervorgingen, sodass darüber kein Zweifel bestehen konnte.

Die Erheblichkeit der drei Angaben ergibt sich im Einklang mit § 2 Abs. 1 Nr. 2 SubvG i.V.m. § 1 Hess. SubvG laut Angabe im digitalen Merkblatt unter der Lfd.-Ziff. 5.9 aus den Förderrichtlinien, die hinsichtlich der konkreten Förderung erlassen wurden. Die Angaben 1–3 sind als Tatsachen zu betrachten, die auf Grund der Förderrichtlinie als subventionserheblich zu bezeichnen waren.

In Bezug zu den vermeintlich erfüllten Förderbedingungen und dem Kauf einer Solaranlage („Powerful Sun“), die zu der Erfüllung der Bedingungen beiträgt, gibt es zwar keine ausdrücklichen Angaben darüber, woraus die Subventionserheblichkeit hervorgeht. Es ist nicht davon auszugehen, dass sie der relevanten EU-Verordnung entnommen wurden. Die Verordnung enthält in der Regel nur eine grobe politische Förderrichtung, die durch die Mitgliedstaaten im einzelnen verwaltungsrechtlich auszugestalten ist und dabei die konkreten Förder- und Hilfsmaßnahmen bezeichnen muss, wobei weitere Bedingungen aufgestellt werden können, um das Ziel der Verordnung durchzusetzen. Das Land Hessen beteiligt sich vielmehr am bundesweiten Stützungsprogramm (NSP) „Weinanbau fit für die Zukunft“ u.a. mit dem Förderprojekt „Klimafreundlicher Apfelweinanbau“. Die Bedingungen hinsichtlich der Verwendung von Solarenergie und eine Liste der förderfähigen Solaranlagen ist eine Konsequenz ebenjenes Subventionszwecks der Klimafreundlichkeit. Die Subventionserheblichkeit der Förderbedingungen ergibt sich daher aus § 2 Abs. 1 Nr. 1 SubvG.

dd) Zwischenergebnis

Die Subventionserheblichkeit der angegebenen Tatsachen ist gegeben.

d) Tathandlung: Unrichtige/unvollständige Angaben „für sich oder einen anderen“ machen

Schließlich müssten die von A für sich oder eine andere abgegebene Angabe unrichtig oder unvollständig sein. Unrichtig i.S.d. § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB sind die vom Täter zu den subventionserheblichen

chen Tatsachen gemachten Angaben, wenn sie nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmen.²⁸ Unvollständig ist eine Angabe, wenn ein einheitlicher Lebenssachverhalt nur teilweise richtig wiedergegeben wird und das Weglassen wesentlicher Tatsachen ein falsches Gesamtbild vermittelt.²⁹ Relevante Angaben macht A in der Online-Maske des „Agrarportal Hessens“.

A könnte hierbei Angaben nicht gemacht haben, die gemäß dem digitalen Merkblatt als subventionserheblich angesehen werden, zumal sie für die Zuwendungsprüfung relevant sind. Insbesondere müsste A über ein unmittelbar bevorstehendes Insolvenzverfahren informiert haben. Indem er das Feld zu der entsprechenden Frage leer ließ, verschwieg er den Umstand des derzeit gegen ihn unmittelbar bevorstehenden Insolvenzverfahrens und schickt den Antrag inklusive des unterschriebenen Merkblattes in dieser Form ab. Er lässt ein subventionserhebliches Detail weg und vermittelt dabei ein unvollständiges Bild.

A könnte auch hinsichtlich der Angabe in Bezug zur Verwendung von Solarenergie und der Anschaffung der Solaranlage „Powerful Sun“ unrichtige Angaben gemacht haben. Er hat nämlich weder Solarenergie in den Verarbeitungsschritten der Apfelweingewinnung genutzt noch eine Solaranlage namens „Powerful Sun“ gekauft und hat es weiterhin auch nicht vor. Nichtsdestotrotz gibt er im Onlineportal trotz Kenntnis der fehlenden Voraussetzungen an, alle inhaltlichen Bedingungen der Förderung zu erfüllen, und hängt dem Antrag eine Rechnung an, die R für ihn erstellte. Demnach sind die Angaben, die er in seinem Antrag macht, wahrheitswidrig, also unrichtige Angaben.

Letztlich beantragt A die Subvention für seinen eigenen Vorteil – nämlich um seinem Betrieb aus einer finanziellen Notlage zu verhelfen und im Hinblick auf das bevorstehende Insolvenzverfahren gegen ihn einen wirtschaftlichen Vorteil zu erlangen.

e) Vorteilhaftigkeit „für ihn oder den anderen“

Die Angaben über die subventionserheblichen Tatsachen müssten für A oder einen anderen auch vorteilhaft gewesen sein. Vorteilhaft i.S.d. § 264 StGB sind die falschen Angaben, wenn die Aussichten des Subventionsnehmers für die Gewährung oder Belassung der Subvention oder des Subventionsvorteils gegenüber der wirklichen Lage objektiv verbessert³⁰ und die Chancen auf eine Bewilligung der Subvention erhöht werden.³¹

Problematisch könnte an dieser Stelle sein, dass F im Sinne seiner Einstellung als „Apfelweinliebhaber und gebürtiger Hesse“ dem A „so oder so“ die Förderung gewähren und sich im Anschluss sogar an dem vom A gebrauten Apfelwein erfreuen möchte, selbst wenn es eine zweckwidrige Verwendung der Förderung sein sollte.

Fraglich ist, ob dadurch die Vorteilhaftigkeit der unrichtigen Angaben entfällt. Die Einstellung des F, dem A „so oder so“ eine Bewilligung erteilen zu wollen, könnte dahin gehend ausgelegt werden, dass sich As Lage objektiv nicht verbessert hat bzw. dass sich seine Chancen auf eine bewilligte Subvention nicht erhöhten, da sie aufgrund der Einstellung von F schon hoch waren. Möglicherweise sind die von ihm gemachten Angaben in dem Fall tatsächlich irrelevant und der Pönalisierung nicht würdig.

Dagegen spricht allerdings der Charakter des § 264 StGB als abstraktes Gefährdungsdelikt und die Einordnung „unrichtige[r] Angaben über subventionserhebliche Tatsachen per se als [Gefahr] für

²⁸ BGH wistra 2010, 100 (101).

²⁹ BGH NStZ 2006, 625 (627 f.).

³⁰ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 264 Rn. 18.

³¹ BGHSt 34, 265 (269) = NJW 1987, 2093; BGHSt 36, 373 (376) = NJW 1990, 1921 (1922).

das staatliche Vermögen“.³² Der Gesetzgeber intendiert gerade die Täuschung als solche – ohne den kausal erzeugten Irrtum – unter Strafe zu stellen.³³ Die abstrakte Gefahr hat sich durch die unrichtigen Angaben des A in dem Moment realisiert, in dem A den Antrag abschickte, und ist durchaus in der Lage, ihre Chancen auf eine positive Antwort zu erhöhen. Diese Vorverlagerung der Strafbarkeit in § 264 StGB ist unter anderem dadurch legitimiert, dass die Hürde zur Subventionserheblichkeit entsprechend hoch ist. Dagegen spricht auch nicht eine Gefahr der Umfunktionierung des Subventionsbetrugs zu einem Delikt gegen die reine Verwaltungslüge.³⁴ Die gesetzgeberische Absicht, die Funktionsfähigkeit des Subventionsverfahrens zu schützen und die wirksame staatliche Wirtschaftsförderung aufrechtzuerhalten, ist eindeutig.³⁵ Die Kausalitätskette von Täuschung über Irrtum bis zur Vermögensverfügung ist gerade nicht Tatbestandsmerkmal des § 264 StGB³⁶ – wobei ohnehin zweifelhaft ist, dass F *nicht* von A getäuscht wurde. Es ist also irrelevant, ob der Subventionsgeber den Angaben glaubt oder nicht.³⁷

Hinweis: An dieser Stelle ist es wichtig, dass die Argumentation unter Bezugnahme auf den Deliktscharakter und in Abgrenzung zu § 263 StGB über Wortlaut und Systematik verdeutlicht wird. Jedoch können in einer Klausur auch von überragenden Bearbeitern keine dogmatischen Abgrenzungen, wie in einer Hausarbeit erwartet werden.

Die Vorteilhaftigkeit seiner Angaben ist gegeben. Der Vorteil seiner unrichtigen und unvollständigen Angaben geht dabei zu seinen eigenen Gunsten.

2. Subjektiver Tatbestand

Im subjektiven Tatbestand erfordert § 264 StGB das Vorliegen von *dolus eventualis*. A müsste mit Wissen und Wollen hinsichtlich der den Tatbestand begründenden Umstände gehandelt haben.

A sieht den ziffernmäßigen Verweis auf „5.9“ aus dem digitalen Merkblatt und die dort näher erläuterten sowie hinreichend konkret bestimmten Punkte der Online-Eingabemaske sowie der Förderbedingungen auf den Seiten des Regierungspräsidiums und erfüllt dennoch in diesem Wissen den objektiven Tatbestand. „Na wenn schon“, denkt er sich dabei.³⁸ Dass er seine finanzielle Notlage lindern wollte, um eine Insolvenz abzuwenden, hindert nicht die Annahme des Eventualvorsatzes.

3. Rechtswidrigkeit

A müsste rechtswidrig gehandelt haben. Es liegen keine Rechtfertigungsgründe vor, die der Rechtswidrigkeit widersprechen. A handelte rechtswidrig. Er hat auch keinen Anspruch auf Gewährung einer Subvention.

³² Ceffinato, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 264 Rn. 94.

³³ BGHSt 34, 265 (268 f.) = NJW 1987, 2093 (2093 f.); BGHSt 36, 373 (374 ff.) = NJW 1990, 1921 (1922).

³⁴ Gaede in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 264 Rn. 36; vgl. auch Lüderssen, wistra 1988, 43 (45 f.).

³⁵ Ceffinato, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 264 Rn. 95.

³⁶ Ceffinato, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 264 Rn. 95.

³⁷ Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 264 Rn. 56.

³⁸ Siehe zu vergleichbaren Voraussetzungen BGH, Beschl. v. 4.5.2021 – BGH 6 StR 137/21, Rn. 10 (juris); LG Hamburg, Beschl. v. 18.1.2021 – 608 Qs 18/20, Rn. 44 (juris).

4. Schuld

A müsste schuldhaft gehandelt haben. Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich. Mithin handelte A auch schuldhaft.

5. Regelbeispiel gem. § 264 Abs. 2 Nr. 1 StGB

A könnte ferner das Regelbeispiel nach § 264 Abs. 2 Nr. 1 StGB erfüllt haben, wenn er aus grobem Eigennutz oder unter Verwendung nachgemachter oder verfälschter Belege für sich oder einen anderen eine nicht gerechtfertigte Subvention großen Ausmaßes erlangte.

Die verwendeten Belege sind unmittelbar zur Tatbegehung vorzulegen. Nachgemacht sind sie entsprechend zu § 146 Abs. 1 StGB dann, wenn die hergestellten falschen Belege geeignet sind, im gewöhnlichen Verkehr den Arglosen zu täuschen, ohne dass allzu hohe Anforderungen daran zu stellen sind.³⁹

Belege sind Urkunden und technische Aufzeichnungen i.S.v. § 267 StGB.⁴⁰ Urkunden sind verkörperte, menschliche Gedankenerklärungen, die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt sind und ihren Aussteller erkennen lassen.⁴¹ Die von A verwendete Rechnung beinhaltet die verkörperte Gedankenerklärung des Kaufs einer Solaranlage namens „Powerful Sun“ und wurde in täuschend-echter Weise durch R erstellt. Daraus lässt sich die Eignung zum Beweis im Rechtsverkehr und der Aussteller (Verkäufer der „Powerful Sun“) erkennen. Bei der fingierten Rechnung handelt es sich um eine Urkunde.

R hat die von ihm erstellte Rechnung nach dem Vorbild des Originals („täuschend-echt“) hergestellt, die dadurch geeignet ist, den Arglosen im gewöhnlichen Verkehr zu täuschen. Dass der Getäuschte F seiner weitergehenden Prüfpflicht nicht nachging, ändert nichts an dem Umstand, dass auch er im konkreten Fall keine Zweifel an der Echtheit der Rechnung hatte.

Eine Subvention großen Ausmaßes soll bereits bei einer Summe von 50.000 € vorliegen, wobei auf § 263 Abs. 3 StGB abgestellt wird.⁴² Da unter den Delikten im Rahmen des 22. Abschnitts des StGB keine Diskrepanz entstehen soll, ist dieser Wert als einheitlicher Wert für die Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs überzeugend. Die von F veranlasste Überweisung an A betrug 75.300 €, also deutlich über der vorgenannten Summe.

A hat unter Verwendung nachgemachter Belege für sich eine nicht gerechtfertigte Subvention großen Ausmaßes erlangt und das Regelbeispiel § 264 Abs. 2 Nr. 1 StGB erfüllt.

Indem A die Mithilfe eines (Europäischen) Amtsträgers, der seine Befugnisse oder seine Stellung missbraucht, ausnutzte, könnte er ein weiteres Regelbeispiel – nämlich § 264 Abs. 2 Nr. 3 StGB – verwirklicht haben. Der zuständige Mitarbeiter F der Landesbehörde umgeht zwar Dienstvorschriften und gewährt A die Förderung ohne weitergehende Prüfung „so oder so“, „selbst wenn es eine zweckwidrige Verwendung sein sollte“. Es scheidet allerdings an der fehlenden vorsätzlichen Wahrnehmung des A, der sich über eine potenzielle Hilfsbereitschaft des F keine Gedanken machte und keine

³⁹ BGH NJW 1995, 1844 (1845); BGH NStZ 2020, 155 (156); Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 146 Rn. 4.

⁴⁰ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 264 Rn. 25; Saliger, in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis, Wirtschaftsstrafrecht, Kommentar, 2017, § 264 Rn. 36.

⁴¹ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 267 Rn. 2.

⁴² Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 264 Rn. 25; BGH, Beschl. v. 4.5.2021 – BGH 6 StR 137/21, Rn. 12 (juris); Saliger, in: Esser u.a., Wirtschaftsstrafrecht, Kommentar, 2017, § 264 Rn. 36.

von F geschaffene bzw. zugelassene Gelegenheit zur Erlangung nicht gerechtfertigter Subventionen ausnutzen wollte.⁴³

6. Ergebnis

Im Ergebnis hat A sich wegen Subventionsbetruges in einem besonders schweren Fall gem. § 264 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 StGB gegenüber F und zulasten der Europäischen Union schuldig gemacht.

II. Betrug in besonders schwerem Fall gem. § 263 Abs. 1, 3 Nr. 2 StGB gegenüber F und zulasten der Europäischen Union durch Stellen des Geldleistungsantrags

A könnte sich des Betruges in besonders schwerem Fall nach § 263 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er einen Antrag zur Gewährung der Geldleistung i.H.v. 90.000 € unter Angabe von wahrheitswidrigen Umständen stellte, woraufhin F die Überweisung des Betrags i.H.v. 75.300 € aus den Mitteln der EU veranlasste. Eine Strafbarkeit basierend auf unterlassenen bzw. getätigten wahrheitswidrigen Angaben führten bereits zu einer lex specialis Strafbarkeit des A gem. § 264 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 StGB gegenüber F und zulasten der Union, was eine abschließende Sonderregelung im Verhältnis zum Betrugstatbestand nach § 263 StGB darstellt.⁴⁴ Eine Strafbarkeit nach § 263 StGB wegen versuchten oder vollendeten Betrugs lebt nur bei Unanwendbarkeit des § 264 StGB wieder auf.⁴⁵ Die Strafbarkeit nach § 263 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 2 StGB kann hier also dahinstehen.

Hinweis: Für den Fall, dass § 264 StGB (Versuch oder Vollendung) verneint werden sollte, wäre an dieser Stelle § 263 StGB zu prüfen.

III. Urkundenfälschung in besonders schwerem Fall gem. § 267 Abs. 1 Var. 3, Abs. 3 Nr. 2 StGB durch Hochladen der Rechnung im Portal

A könnte sich des Gebrauches einer unechten Urkunde gem. § 267 Abs. 1 Var. 3 und Abs. 3 Nr. 2 StGB in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht haben, indem er die von R hergestellte Rechnung im „Agrarportal Hessen“ hochlud und seinem Antrag anhängte.

1. Objektiver Tatbestand

Die Erfüllung des objektiven Tatbestands setzt die Existenz einer unechten Urkunde voraus, die A gebraucht haben muss.

⁴³ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 264 Rn. 27.

⁴⁴ BGH NStZ-RR 2020, 349; BGH, Beschl. v. 22.8.2018 – 3 StR 357/17, Rn. 26; BGHSt 44, 233 (243); OLG Rostock, Beschl. v. 17.1.2012 – I Ws 404/11, Rn. 14 (juris); Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 264 Rn. 30.

⁴⁵ BGH NStZ-RR 2020, 349; BGH, Beschl. v. 22.8.2018 – 3 StR 357/17, Rn. 26; BGHSt 44, 233 (243); OLG Rostock, Beschl. v. 17.1.2012 – I Ws 404/11, Rn. 14 (juris); Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 264 Rn. 30.

a) Tatobjekt: unechte Urkunde

Dass es sich bei der Rechnung – angefertigt durch R – um eine Urkunde i.S.v. § 267 Abs. 1 StGB handelt, steht angesichts der obigen Ausführungen bereits fest (vgl. Regelbeispiel gem. § 264 Abs. 2 Nr. 1 StGB). Unecht ist eine Urkunde, wenn der scheinbare Aussteller nicht mit dem wahren Aussteller übereinstimmt.⁴⁶ Erfasst ist die Identitätstäuschung.⁴⁷

Der Aussteller, der aus der Rechnung hervorgeht, ist der scheinbare Rechnungssteller der Verkäufer der Solaranlage von der Marke „Powerful Sun“. Aus der Angabe, dass F den Rechnungsaussteller „als seriöse[n] Lieferant von Solaranlagen“ kennt, erschließt sich, dass dieser in ebenjener Rechnung als Aussteller ersichtlich ist. Dies wird unterstützt durch die Angabe aus dem Sachverhalt, R habe eine „täuschend-echte“ Rechnung angefertigt.

Insofern liegt ein Widerspruch zwischen dem scheinbaren Aussteller und R als wahrer Urheber des Dokuments vor. Die Urkunde ist somit unecht.

b) Tathandlung: Gebrauch einer unechten Urkunde

Nunmehr müsste A diese Urkunde gebraucht haben. Ein Gebrauch liegt vor, wenn die unechte Urkunde dem potenziellen Täuschungsadressaten auf eine Art zugänglich gemacht wurde, dass diese die Urkunde zur Kenntnis nehmen konnte.⁴⁸ Auf eine tatsächliche Kenntnisnahme kommt es nicht an.⁴⁹ Ferner ist auch nicht notwendig, dass A die unechte Urkunde selbst hergestellt hat.⁵⁰

Indem A die „täuschend-echte“ Rechnung des R im Agrarportal Hessen hochlud und als Anlage seinem Bewilligungsantrag beifügte und abschickte, gelang die unechte Urkunde in der Weise in die Sphäre des zuständigen Mitarbeiters F, dass dieser sogar Kenntnis von dem Dokument nahm und sich von dessen „Echtheit“ überzeugen ließ.

Es ist nicht hinderlich, dass die Original-Rechnung des R nur als gescanntes (Online-)Dokument in die Hände des R gelangte. Die elektronische Übermittlung des eingescannten Originals versteht sich als ein mittelbares Gebrauch der unechten Urkunde und erfüllt ebenso die 3. Variante des ersten Absatzes.⁵¹ Unschädlich ist auch, dass F seiner weitergehenden Prüfpflicht nicht nachkam, woraus sich möglicherweise die Unechtheit der Urkunde herausstellen würde. Die Urkunde weckt selbst bei einem genauen Blick den Anschein eines Originaldokuments und ist einer Original-Rechnung täuschend ähnlich. Ob es im Rahmen weitergehender Prüfvorgänge zu einer anderen Erkenntnis kommt, spielt keine Rolle.

Mithin hat A die unechte Urkunde gebraucht und im Ergebnis objektiv tatbestandsmäßig gehandelt.

2. Subjektiver Tatbestand

Den subjektiven Tatbestand könnte A ebenso erfüllt haben, indem er die objektiven Tatbestandsmerkmale der Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB mit Wissen und Willen erfüllte,

⁴⁶ Krell, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, *AnwaltKommentar StGB*, 3. Aufl. 2020, § 267 Rn. 28.

⁴⁷ Eisele, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, 6. Aufl. 2021, Rn. 815; BGHSt 33, 159 (160); Krell, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, *AnwaltKommentar StGB*, 3. Aufl. 2020, § 267 Rn. 28.

⁴⁸ BGHSt 36, 65; Krell, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, *AnwaltKommentar StGB*, 3. Aufl. 2020, § 267 Rn. 37.

⁴⁹ BGHSt 36, 65; ders., in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, *AnwaltKommentar StGB*, 3. Aufl. 2020, § 267 Rn. 37.

⁵⁰ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2023, § 267 Rn. 23; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 267 Rn. 75.

⁵¹ BGH wistra 2018, 263 (265).

wobei ein etwaiger Eventualvorsatz genügt.⁵² A involvierte R in sein Vorhaben und wusste eindeutig um die unechte Herkunft der von R erstellten Rechnung. Er handelte jedenfalls mit direktem Vorsatz.

Darüber hinaus bedarf es der Handlung zur Täuschung im Rechtsverkehr, d.h. A müsste intendieren, auf das Rechtsleben Einfluss zu nehmen und eine andere Person zu einem rechtserheblichen Verhalten zu veranlassen.⁵³ A kam es gerade darauf an, den zuständigen Mitarbeiter mithilfe der „täuschend-echt“ angefertigten Rechnung in der Weise zu täuschen, dass dieser sich über die Echtheit irrt und die von A gewünschte Subvention bewilligt. Dies stellt ein rechtserhebliches Verhalten dar. A handelte zur Täuschung im Rechtsverkehr.

3. Rechtswidrigkeit

Angaben aus dem Sachverhalt, die die Rechtswidrigkeit infrage stellen, sind nicht ersichtlich.

4. Schuld

A handelte ferner schuldhaft.

5. Regelbeispiel des § 267 Abs. 3 Nr. 2 StGB

Indem A die „täuschend-echte“ Rechnung des R gebrauchte und eine Subvention i.H.v. 75.300 € erhielt, könnte er das Regelbeispiel des § 267 Abs. 3 Nr. 2 StGB erfüllt haben. In besonders schweren Fällen gilt die Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein solcher Fall liegt laut Nr. 2 des dritten Absatzes vor, wenn der Täter einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeiführt. Ein Vermögensverlust großen Ausmaßes liegt ab einem Betrag von ca. 50.000 € vor.⁵⁴ Der Verlust tritt beim EU-Haushalt durch die zweckfremde Vergabe der Förderung ein.

Fraglich ist, ob das Gebrauchen der unechten Urkunde ursächlich für den Vermögensverlust großen Ausmaßes wurde. Schließlich möchte F dem A „so oder so“ die Subvention bewilligen, „selbst wenn es eine zweckwidrige Verwendung der Förderung sein sollte“. Es könnte also an der Ursächlichkeit mangeln. Allerdings geht F von der Echtheit der Rechnung aus und erkennt nicht, dass es sich dabei um eine unechte Rechnung handelt. Er versäumt es, die Rechnung weiter zu überprüfen – allerdings erkennt er hierfür auch keine Anhaltspunkte, die Rechnung ist „täuschend-echt“. F als Apfelweinliebhaber und gebürtiger Hesse möchte dem A die Subvention gewähren. Ob er dadurch die Ursächlichkeit zwischen dem Gebrauchen der unechten Urkunde und der Herbeiführung des Vermögensverlustes großen Ausmaßes unterbricht, ist zweifelhaft.

Fraglich ist überdies, ob gerade die Verwirklichung des § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB zu einem Vermögensverlust großen Ausmaßes führte oder ob der Vermögensverlust auch so eingetreten wäre. In dem Fall würde es erneut an der Ursächlichkeit mangeln. Gerade das Gebrauchen der unechten Rechnung wirkte überzeugend auf F und war zugleich – unter anderem – ein Grund für die Bewilligung des Antrags durch F. Das Gebrauchen der unechten Urkunde trug also dazu bei, den Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeizuführen.

A wusste um die hohe Summe und wollte sich daraus einen finanziellen Vorteil erschaffen, indem er die Rechnung des R gebrauchte. Er handelte mit Quasi-Vorsatz in Bezug zum Regelbeispiel i.S.v.

⁵² Krell, in: Leipold/Tsambikakis/Zöllner, *AnwaltKommentar StGB*, 3. Aufl. 2020, § 267 Rn. 39.

⁵³ BGHSt 5, 149; 33, 105; Krell, in: Leipold/Tsambikakis/Zöllner, *AnwaltKommentar StGB*, 3. Aufl. 2020, § 267 Rn. 40.

⁵⁴ BT-Drs. 13/8587, S. 4.

§ 267 Abs. 3 Nr. 2 StGB. Das Regelbeispiel des § 267 Abs. 3 Nr. 2 StGB ist gegeben.

6. Ergebnis

A machte sich gem. § 267 Abs. 1 Var. 3 und Abs. 3 Nr. 2 StGB des Gebrauchens einer unechten Urkunde in einem besonders schweren Fall strafbar.

IV. Missbräuchliche Verwendung von Leistungen der Europäischen Union gem. § 1 EUFinSchStG durch zweckmittelfremden Einsatz

Hinweis: Das EUFinSchStG ist nicht Gegenstand des Pflichtfachstoffes. Die nachfolgenden Ausführungen dienen der Exemplifizierung des § 1 EUFinSchStG für die Schwerpunktbereichslehre. Der Gesetzgeber hat das Gesetz 2019 zur Umsetzung der Richtlinie 2017/1371 (EU), deren Umsetzung in den EU-Mitgliedstaaten völlig unterschiedlich verlief, geschaffen, um eventuell bestehende Gesetzeslücken durch die §§ 263 ff. StGB im Kernstrafrecht zu schließen. Eine Kommentierung der §§ 1–3 ist bisher spärlich.⁵⁵ Bei der Bearbeitung ist fiktiv zu unterstellen gewesen (siehe oben), dass § 1 S. 2 EUFinSchStG nicht existiert. Grund dafür ist, dass § 1 EUFinSchStG eingeübt werden soll. Normalerweise ist mit einigen Literaturstimmen und dem Umsetzungsgesetzgeber davon auszugehen, dass § 1 EUFinSchStG auf Subventionen nach § 264 Abs. 1 Nr. 8 StGB keine Anwendung finden sollte (vgl. *Satzger*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, EUFinSchStG § 1 Rn. 9). Das EUFinSchStG wird in seinem Anwendungsbereich nämlich als Subsidiaritätsgesetz angesehen, das bestehende Strafbarkeitslücken schließen soll. Nach Meinung des Umsetzungsgesetzgebers bestehen im Bereich der Subventionen keine Lücken, da § 264 StGB Fallgestaltungen wie die vorliegende erfasst.

A könnte sich dadurch, dass er die ihm von F im Namen und für Rechnung der Behörde in Darmstadt gewährten Mitteln zweifach zweckmittelfremd verwendete, gem. § 1 EUFinSchStG strafbar gemacht haben.

Dann müsste A in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, dem Vermögen der Europäischen Union dadurch einen Nachteil zugefügt haben, dass er ihm aus öffentlichen Mitteln der Europäischen Union gewährte Leistungen, deren Verwendung durch Rechtsvorschrift oder Vertrag beschränkt ist, entgegen dieser Verwendungsbeschränkung verwendete.

1. Objektiver Tatbestand

a) Aus öffentlichen Mitteln der EU stammende Leistungen

A müsste aus öffentlichen Mitteln der EU stammende Leistungen gewährt bekommen haben. Leistung meint jede ziel- und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens, bei der Mittel oder Vermögenswerte von einem Leistungsgeber abfließen und einem Leistungsnehmer zufließen.⁵⁶ Kurzum fallen hierunter alle direkt oder indirekt über EU-Einrichtungen der Nationalstaaten ausgezahlten Sum-

⁵⁵ Vgl. aber *Satzger*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, EUFinSchStG § 1. Dort zum Schutzzweck und der gesetzgeberischen Umsetzung bzw. Richtlinienkonformität Rn. 1 ff.

⁵⁶ *Satzger*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, EUFinSchStG § 1; § 2; § 3 Rn. 10, wobei der Begriff, von dem in § 264 StGB abzugrenzen sei.

men aus dem EU-Gesamthaushalt oder daraus gebildeten „EU-Geldtöpfen“, die von der EU im Auftrag verwaltet werden.⁵⁷ A bekam durch F eine Summe über 75.300 € gewährt, die an die zuständige deutsche Behörde aus EU-Mitteln für die Verwendung in Deutschland vorgesehen wurden. Somit liegt eine Leistung aus öffentlichen Mitteln der EU vor.⁵⁸

b) **Verwendungsbeschränkung**

Des Weiteren müsste eine Verwendungsbeschränkung vorgelegen haben. Hierunter fällt eine Reduzierung des Mitteleinsatzes auf einen explizit benannten Zweck oder mehrere verschiedene Zwecke, die sich aus Gesetz oder Vertrag ergeben muss. Die zugrunde liegende Verordnung und das Umsetzungsgesetz sahen vor, dass die Verwendung der Mittel für Solarstrom beschränkt ist, womit eine Verwendungsbeschränkung gegeben ist.

c) **Verstoß gegen Verwendungsbeschränkung**

A müsste gegen diese Verwendungsbeschränkung verstoßen haben. Ein Verstoß ist grundsätzlich gegeben, wenn die Mittel entgegen der Beschränkung für einen anderen Zweck oder mehrere diverse Ziele eingesetzt werden und die Verwendung konterkarieren. Sie umfasst, spezifischer formuliert, jede Verfügung über die gewährten Mittel oder Vermögensgegenstände, die nicht dem in der Verwendungsbeschränkung festgelegten Zweck dient oder in einer Art und Weise vorgenommen wird, die in der Verwendungsbeschränkung untersagt ist.⁵⁹

Telos des Tatbestandsmerkmals ist es, Fälle zu erfassen, die eine Zweckmittelfestsetzung gefährden.⁶⁰ Fraglich ist, ob der Zweck noch mittelbar gefördert wird. Zwar hat A die Mittel für den eigenen Betrieb eingesetzt (Kauf der Apfelpresse), jedoch hat er die Mittel entgegen dem eigentlichen vom Normgeber festgelegten Zweck (Förderung der Erzeugung von Solarstrom) eingesetzt und damit die ursprünglich gesetzte Zwecksetzung gefährdet.

d) **Kausaler Nachteil für das Vermögen der EU**

Darüber hinaus müsste ein kausaler Nachteil für das Vermögen der EU entstanden sein. Kausal ist ein Nachteil, wenn die vermögensschädigende Handlung nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Nachteil entfielen.

Fraglich ist, welcher Vermögensbegriff zugrunde zu legen ist, um einen Nachteil zu ermitteln. Einerseits könnte der aus dem deutschen StGB bekannte Vermögensbegriff, der sich vornehmlich nach dem juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff richtet, greifen.⁶¹

Andererseits könnte ein autonomer EU-rechtlicher Vermögensbegriff zugrunde zu legen sein, da das EU-Vermögen ein sehr weiter Bereich ist und das Vermögen der Erhaltung einer besonderen Organisation mit eigener Rechtspersönlichkeit geht (Art. 47 EUV), die den Zweck hat, den Binnenmarkt und die Mitgliedstaaten in ihrem Wirtschaftsbereich zu unterstützen.

⁵⁷ Siehe aber *Satzger*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, EUFinSchStG § 1 Rn. 9 ff.

⁵⁸ Vgl. BGH, Beschl. v. 22.8.2018 – 3 StR 449/17, Rn. 58; sowie *Tiedemann*, in: LK-StGB, Bd. 9, 12. Aufl. 2012, § 264 Rn. 70.

⁵⁹ *Satzger*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, EUFinSchStG § 1; § 2; § 3 Rn. 11.

⁶⁰ BT-Drs. 19/7886, S. 25.

⁶¹ *Satzger*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, EUFinSchStG § 1; § 2; § 3 Rn. 12.

Es handelt sich um einen europarechtlich determinierten Sachverhalt, weshalb dem unionsrechtlichen Vermögensbegriff der Vorzug zu geben ist.⁶² Dafür spricht die besondere Sachlage in Bezug auf das EU-Vermögen und der weite Schutzbereich sowie die diversen unterschiedlichen EU-Mittelverwendungskonstellationen.

Hätte A die Mittel zweckentsprechend eingesetzt, wäre kein Nachteil für das Vermögen der EU eingetreten. Da er die Mittel zweckfremd einsetzt, wird das Vermögen der EU, welches für den Einsatz der Zweckerreichung vorgesehen ist, geschmälert, wodurch die Mittel für weniger zweckentsprechende Vorhaben verwendet werden können. Eine Rückabwicklung und Rückführung der Vermögenswerte beseitigten den Nachteil nicht.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Nachteilszufügungsabsicht (Sich Verschaffen)

A müsste in der Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, gehandelt haben. Absicht ist auch im europäischen Finanzschutzstrafrecht die am stärksten vorkommende Ausprägung der Varianten des Vorsatzes, die ähnlich wie die Bereicherungsabsicht in § 263 StGB zu bilden ist.⁶³ Sie liegt vor, wenn es dem Täter gerade darauf ankommt, er also mit *dolus directus* 1. Grades handelt, den Vermögensvorteil zu realisieren. A wusste um die Umstände und handelte dennoch, um den Vermögensvorteil für sich zu realisieren, womit die Nachteilszufügungsabsicht gegeben ist.

b) Verschaffung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils

A müsste auch gehandelt haben, um sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Ein Vermögensvorteil ist jede günstigere Gestaltung der Rechtslage. Rechtswidrig ist der Vorteil, wenn kein Anspruch hierauf besteht. A handelte gerade, um sich einen ihm durch keinen Anspruch oder sonstigen Grund zustehende Summe der Behörde für den Apfelweinbetrieb zu verschaffen, um eine Insolvenz abzuwenden und weiterhin die Mosterei zu betreiben. Somit handelte A, um sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen.

3. Rechtswidrigkeit

A handelte auch in Bezug auf den objektiven Tatbestand rechtswidrig.

4. Schuld

A handelte auch schuldhaft.

5. Ergebnis

A hat sich folglich gem. § 1 FinSchStG strafbar gemacht. Das Strafmaß hat sich an der gesetzlich vorgesehenen Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe zu orientieren.

⁶² So im Ergebnis statt aller auch *Satzger*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, EUFinSchStG § 1; § 2; § 3 Rn. 12, der eine Abweichung vom nationalen Vermögensbegriff feststellt.

⁶³ *Satzger*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, EUFinSchStG § 1; § 2; § 3 Rn. 13.

B. Strafbarkeit des F

I. Untreue gem. § 266 Abs. 1 StGB durch die Gewährung (ohne Prüfung)

F könnte sich, indem er den Antrag des A „so oder so“ gewährte und damit keine Prüfung der Mittelgewährung vornahm, der Untreue gem. § 266 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Handlung

F müsste eine der beiden Varianten des § 266 StGB erfüllt haben. Der § 266 StGB kennt eine Missbrauchs- und eine Treubruchvariante, § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB. Beiden Varianten sind nach verbreteter Ansicht gemein, dass F eine Vermögensbetreuungspflicht verletzt haben müsste.⁶⁴

b) Missbrauchsvariante, § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB

F könnte seine interne Vermögensbetreuungspflicht zur Mittelverwaltung über Europäische Haushaltsmittel, die für die EU vom Land Hessen an Zuwendungsempfänger vergeben werden, missbraucht haben. Ein Missbrauch erfordert, eine Befugnis über fremdes Vermögen verfügen zu können, und eine pflichtwidrige Überschreitung des rechtlichen Dürfens im Rahmen des rechtlichen Könnens.⁶⁵

aa) Verfügungs- bzw. Verpflichtungsbefugnis

Dann müsste sich eine solche interne Vermögensbetreuungspflicht aus Gesetz, behördlichem Auftrag oder Rechtsgeschäft ergeben. Diese Pflicht liegt vor, wenn durch eine übertragene Kompetenz der Ausübende die Möglichkeit verliehen bekommen hat, als Repräsentant des Vermögensinhabers für diesen verbindliche Entscheidungen über dessen, für ihn fremdes Vermögen zu treffen.⁶⁶ Es wird teils gefordert, dass ein Amtsträger eigenverantwortlich handeln können muss.⁶⁷ Die Befugnis, über das Vermögen zu verfügen, könnte aus einem behördlichen Auftrag resultieren. Ein solcher liegt vor, wenn ein Amtsträger qua Gesetz und Berufung in das öffentliche Amt hoheitlich dazu verpflichtet ist, das öffentliche Vermögen zweckgerichtet und gesetzeskonform zu verwalten und darüber zu verfügen.⁶⁸

F ist Angestellter in einem öffentlich-rechtlichen Vertragsverhältnis und im Regierungspräsidium zur Verwaltung von EU-Mitteln auf regionaler Ebene bestellt. Zwar ist F kein Finanzbeamter, jedoch kommt ihm kraft Gesetzes und seiner Behörde zugeschriebenen Aufgabe – Mittelverwaltung von EU-Geldern nach haushaltspolitischen Grundsätzen der EU und finanziellen Gesichtspunkten des Verwaltungsrechts – die hoheitliche Befugnis zu, öffentlich-rechtliches Vermögen im Namen des Geldgebers, der EU, die mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet ist (vgl. Art. 47 EUV), zu betreuen.

⁶⁴ Vgl. statt aller nur zum Streit, ob beide Varianten eine Vermögensbetreuungspflicht voraussetzen *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 266 Rn. 6 ff., 21 f.

⁶⁵ *Dierlamm*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 266 Rn. 121; *Beukelmann*, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StGB § 266 Rn. 22.

⁶⁶ *Beukelmann*, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StGB § 266 Rn. 8.

⁶⁷ *Beukelmann*, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StGB § 266 Rn. 17.

⁶⁸ *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 266 Rn. 10, 17.

F ist somit durch behördlichen Auftrag die Befugnis eingeräumt, über das dem Land Hessen mittelbar zur Erreichung der Zwecke der Richtlinie zugeteiltes Fördergeld der EU unmittelbar zu verfügen.

bb) Missbrauch dieser Befugnis

F müsste die ihm im Innenverhältnis eingeräumte Befugnis, das Geld zu gewähren und nach festgesetzten verwaltungsrechtlichen Regeln zu verteilen, im Außenverhältnis missbraucht haben.⁶⁹ Dies ist regelmäßig der Fall, wenn ein Fehlgebrauch der Rechtsmacht vorliegt.⁷⁰ Es kommt auf die Gestaltung des Dürfens im Innenverhältnis an. Die für F relevanten Vorschriften entstammen dem öffentlichen Dienst. Sie stellen Regeln für die Verteilung des öffentlichen EU-Vermögens auf. Der EU-Haushaltsgesetzgeber disponiert für die EU insgesamt über ihre Mittelverwendung, indem er Regeln aufstellt, wie diese Mittel verwaltet und verteilt werden soll, um den mit der Mittelverwendung verfolgten strukturpolitischen Zweck zu erreichen. Die Mittel sollen demnach nur für gesetzeskonforme Projekte verwendet werden und insbesondere nicht im Falle des Vorliegens von Ausschlussgründen gewährt werden. Diese sog. politische Gestaltungsfreiheit des Subventionsgebers wird durch interne Vorschriften der Mitgliedstaaten, Haushaltsgesetze und darauf beruhenden Verwaltungsvorschriften weiter bis auf die Ebene der die Mittel gewährenden Subventionsbehörde konkretisiert.⁷¹ Fraglich ist, ob bereits deshalb ein Missbrauch vorliegt, da F gegen die interne durch eine öffentliche Vorschrift des Landes Hessen, die an die Regierungspräsidien gerichtet war, festgesetzte Prüfungspflicht verstoßen hat. Dafür spricht, dass F ausdrücklich zur Prüfung angehalten war und gegenüber seinem Dienstherrn ein internes Limit hatte, welches eine Überweisung durch seine Person für dieses Projekt im Innenverhältnis unmöglich machen. Zwar übt F seine Befugnis, über fremdes Vermögen verfügen zu dürfen, rechtswirksam aus, da er durch seinen Auftrag innerhalb des Regierungspräsidiums dazu verpflichtet ist. Jedoch war er zu der konkret vorgenommenen Subventionsgewährung im Innenverhältnis nicht befugt und berechtigt. Die Grenzen ergaben sich aus der die EU-Mittelverwaltung konkretisierenden Verwaltungsvorschrift. F hat eine Vorlage- und Prüfpflicht, denn ab einer Summe von 50.000 € hätte er den Dienstherrn und seinen Vorgesetzten informieren müssen. Es lag auch kein Einverständnis des Vermögensinhabers für diesen Einzelfall vor.

Der Streit, ob F auch eine Vermögensbetreuungspflicht haben muss, kann dahinstehen, da es jedenfalls einen durch die Subventionsbehörde festgesetzten Auftrag gibt. F hat somit im Außenverhältnis seine ihm im Innenverhältnis gesetzte Befugnis überschritten. Er hat somit auch mittelbar gegen verwaltungsrechtliche Finanzbestimmungen und haushaltsrechtliche Regeln verstoßen.

c) Treubruchsvariante

Die Treubruchsvariante, die weiter gefasst ist und eine Verletzung der Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verlangt, kommt ebenfalls infrage, da F als speziell bestellter Mittelverwalter für EU-Finanzmittel, die dem Land Hessen zur Verteilung zugemessen wurden, eine besonders enge Beziehung hat. Da die Missbrauchsvariante des Untreuetatbestandes ein Spezialfall der Treubruchsvariante ist, verdrängt die Missbrauchsvariante die Treubruchsvariante, sodass eine Prüfung unterbleiben kann.⁷²

⁶⁹ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 266 Rn. 9.

⁷⁰ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 266 Rn. 24.

⁷¹ Vgl. BGH, Urt. v. 8.4.2003 – 5 StR 448/02, Rn. 22 = NJW 2003, 2179 (2180); BGH NJW 2001, 2413 (2413).

⁷² Beukelmann, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar 5. Aufl. 2022, StGB § 266 Rn. 23, Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 266 Rn. 194.

Hinweis: Die 1. Variante des § 266 StGB ist der Spezialfall zur 2. Variante, weshalb in der Klausur mit der 1. Variante grds. zu beginnen ist. Jedenfalls dürfte im Hinblick auf Variante 2 eine der Haushaltsuntreue parallel gelagerte Sachverhaltskonstellation vorliegen. Dazu im Einzelnen vgl. BGHSt 40, 287; 43, 293; 46, 30; 47, 295 (297 ff.), *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 266 Rn. 48, Schlagwort „Öffentlich Bediensteter“.

d) Erfolg

Es müsste auch ein Vermögensnachteil eingetreten sein, der zu dem Vermögensschaden beim Betrug gem. § 263 StGB äquivalent ist.⁷³ Der Vermögensschaden ist somit im Rahmen einer Differenzschadenshypothese vorzunehmen. Er liegt vor, wenn ein Vergleich der Vermögenslage nach der Untreuehandlung, eine schlechtere Vermögenslage ergibt.⁷⁴ Es ist daher ein Vergleich zwischen den dem Land Hessen zugeteilten EU-Mitteln vor der Handlung des F mit der Lage vor der Überweisung des F an A vorzunehmen. Letztlich kann sowohl eine mittelbare, eindeutig finanzielle Reduktion der Finanzmittel der Union i.H.d. Gewährungssumme, die nicht für insolvenzgefährdete Unternehmen, sondern wirtschaftlich gesunde Unternehmen, die klimafreundlich umrüsten wollen, vorgesehen war, als auch ein ideeller Schaden aufgrund der Zweckverfehlung festgestellt werden.

2. Subjektiver Tatbestand

F müsste auch vorsätzlich gehandelt haben, wobei bedingter Vorsatz ausreichend ist und sich dieser auf die Pflichtwidrigkeit beziehen muss.⁷⁵ Das Verhalten des F war quasi gleichgültig, wobei er dem A „so oder so“ das Geld gewähren wollte. Ihm war auch klar, dass er interne Regeln im Innenverhältnis überschreitet, denn er hatte aufgrund seiner Stellung verwaltungs- und speziell auf die EU-Mittelverwaltung bezogene haushaltsrechtliche Kenntnisse. Ihm war auch bewusst, dass er aus dem EU-Recht stammende, im Verwaltungsrecht niedergelegte Grundsätze und Regeln für die Verwendung von EU-Mitteln, die in jedem Fall eine Prüfung durch den Mittelverwalter vorsehen, missachtet. Hiermit nahm F zumindest billigend in Kauf, dass ein Vermögensschaden eintreten kann.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

F müsste auch rechtswidrig und schuldhaft gehandelt haben. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass F durch einen Vertrag, eine Abrede oder dergleichen zur Entscheidung über die Gewährung des Geldes außerhalb seiner Befugnis ermächtigt gewesen sein könnte. F handelte auch schuldhaft.

4. § 266 Abs. 1 StGB i.V.m. § 263 Abs. 3 StGB

Ein besonders schwerer Fall liegt vor, wenn ein Vermögensverlust großen Ausmaßes eingetreten ist. Die Wertgrenze von 50.000 € wird überschritten, sodass von einem besonders schweren Fall auszugehen ist.

⁷³ *Beukelmann*, in: Dölling u.a., *Gesamtes Strafrecht*, Handkommentar 5. Aufl. 2022, StGB § 266 Rn. 25, BGH, Urt. v. 14.12.2000 – 5 StR 123/00, Rn. 40 = NJW 2001, 2413.

⁷⁴ *Beukelmann*, in: Dölling u.a., *Gesamtes Strafrecht*, Handkommentar 5. Aufl. 2022, StGB § 266 Rn. 25, *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 266 Rn. 121, 128, 129.

⁷⁵ *Beukelmann*, in: Dölling u.a., *Gesamtes Strafrecht*, Handkommentar 5. Aufl. 2022, StGB § 266 Rn. 40.

5. § 266 Abs. 2 StGB i.V.m. §§ 247, 248a StGB

Es musste gem. § 266 Abs. 2 StGB i.V.m. §§ 247, 248a StGB kein Strafantrag eingelegt werden, da kein geringer Schaden und auch kein Delikt unter Haushaltsmitgliedern vorliegt.

6. Ergebnis

F hat sich gem. § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB i.V.m. § 263 Abs. 3 StGB strafbar gemacht.

Wissenszusatzfrage

Die Unterschiede zum Betrug sind in der Tatbestandsstruktur des § 264 StGB erkennbar. Während § 263 StGB eine Täuschung fordert, sodass ein Irrtum erregt oder unterhalten wird, der anschließend zu einer, zwar nicht im Gesetzeswortlaut ersichtlichen, aber logisch erforderlichen und daher anerkannten Vermögensverfügung führen muss, der einen Vermögensschaden beim Opfer hervorruft, so ist für § 264 StGB keines dieser Tatbestandsmerkmale erforderlich. § 264 StGB liegt zeitlich im Vorfeld des Betrugstatbestandes und verlagert die Strafbarkeit vor. Es ist somit gerade nicht erforderlich, dass das potenzielle Opfer durch eine Täuschung einem Irrtum unterliegt oder dieser aufrechterhalten wird. Dogmatisch gesehen handelt es sich somit bei § 264 StGB um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, während § 263 StGB ein Verletzungsdelikt darstellt.

Prozessuale Zusatzfrage – Zuständigkeit der EUStA⁷⁶

Hinweis: Die folgenden Ausführungen gehen in ihrer Intensität über das in der Klausur Erwartbare hinaus und erheben keinen Anspruch darauf, vollständig zu sein. Wenn in einer Schwerpunktbereichsklausur eine Zusatzfrage gestellt wird, wird regelmäßig nur verlangt, dass die Bearbeiter sich grundsätzlich mit der Thematik sinnvoll und gesetzesorientiert beschäftigen. Die Bearbeiter sollten aufzeigen, dass sie ein eigenes, in sich sinniges Prüfungsschema entwickeln können und mit dem unter dem Sachverhalt abgedruckten Materialien eine vom Obersatz ausgehende Prüfung einleiten, die zu einem Ergebnis führt, das mit Argumenten aus den abgedruckten Materialien und unbekanntenen Normen gestützt ist. Die nachfolgende Lösungsskizze ist länger als 500 Wörter und deutlich ausführlicher als das, was in der Klausur oder mündlichen Prüfung erwartet würde.

Grundsätzlich ist in jedem Gerichtsbezirk in Deutschland eine Staatsanwaltschaft zuständig, §§ 141, 143 Abs. 1 GVG. Jedoch kann gem. § 142b GVG i.V.m. Art. 22, 23 EUStA-VO das Amt der Staatsanwaltschaft durch Delegierte Europäische Staatsanwälte ausgeübt werden, wenn die Zuständigkeit der EUStA begründet ist. Dann wäre nicht die gem. § 143 Abs. 1 GVG zuständige nationale Staatsanwaltschaft, die nach der örtlichen Zuständigkeit des Gerichts, §§ 7 ff. StPO, zuständig wäre, kompetent, sondern die EUStA.

⁷⁶ Hier war ein eigener Aufbau gefordert, da sich ein solcher nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergibt. Es musste EU-Recht angewendet werden, wobei von den Bearbeitern darauf zu achten war, dass nach formeller und materieller Kompetenz getrennt wird, und es mussten die unter dem Sachverhalt abgedruckten Auszüge ausgewertet werden, was eine nicht selten anzutreffende Aufgabe in Schwerpunktklausuren und Hausarbeiten ist, die die Kompetenz zum eigenständigen Durchdringen einer Materie abprüfen. Diese Trennung ist dem Studenten im Schwerpunktstudium aus dem Öffentlichen Recht im Hauptstudium bekannt und ist auch Teil der Vorlesung zum Strafprozessrecht, sodass die Bezüge und Ähnlichkeiten des Aufbaus der Prüfung angemessen selbstständig bewältigt werden können.

Hinweis: Im Hinblick auf die mündliche Pflichtfachprüfung und das sich anschließende Referendariat kann dieses Wissen bei Schwerpunktstudierenden vorausgesetzt werden, soweit es grundsätzliche Normen über das Amt der Staatsanwaltschaft im GVG betrifft – zumal die Vorschriften in der Fragestellung hilfsweise angedeutet werden.

Die Zuständigkeit der EUStA besteht aus einer sachlichen und territorialen bzw. personellen Ebene. Sie ist geregelt im vierten Kapitel der EUStA-Verordnung in den Art. 22 und 23. Sofern die Zuständigkeit nach diesen Artikeln gegeben wäre, könnte die EUStA das Verfahren einleiten (Art. 26 EUStA-VO) oder an sich ziehen (Evokation nach Art. 27 EUStA-VO).

I. Territoriale Zuständigkeit, Art. 23 EUStA-VO

Die EUStA könnte gem. Art. 23 EUStA-VO formell territorial zuständig sein.

1. Generelle Kompetenz gem. EUStA-Territorialität

Das ist der Fall, wenn diese Straftaten a) ganz oder teilweise im Hoheitsgebiet eines oder mehrerer Mitgliedstaaten begangen wurden, b) von einem Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates begangen wurden, sofern ein Mitgliedstaat über Gerichtsbarkeit für solche Straftaten verfügt, wenn sie außerhalb seines Hoheitsgebietes begangen wurden oder c) außerhalb der in Buchstabe a) genannten Hoheitsgebiete von einer Person begangen wurden, die zum Zeitpunkt der Straftat dem Statut oder den Beschäftigungsbedingungen unterlag, sofern ein Mitgliedstaat über Gerichtsbarkeit für solche Straftaten verfügt, wenn sie außerhalb seines Hoheitsgebietes begangen wurden. Demnach könnte die EUStA die territoriale Zuständigkeit gem. Art. 22 lit. a EUStA-VO innehaben.

2. Zuständigkeit der EUStA-Zentren innerhalb Deutschlands

Der deutsche Gesetzgeber beschloss eine Abweichung in § 143 Abs. 6 GVG. Gemäß dieser Vorschrift sind die Delegierten Europäischen Staatsanwälte grundsätzlich bundesweit zuständig. Fraglich ist jedoch, ob sich hiervon eine weitere Differenzierung durch die interne Geschäftsordnung der regionalen Zentren der EUStA in Deutschland ergibt. Gemäß der Jurisdiktionszuteilung ist das Regionalzentrum Frankfurt am Main zuständig für Hessen, Rheinland-Pfalz und Baden-Württemberg.

A hat eine Förderung aus dem Projekt „Klimafreundlicher Apfelweinanbau“ mit falschen Angaben zur Solaranlage in Hessen beantragt. Er verwirklichte den Tatbestand des Subventionsbetruges nach § 264 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 StGB (siehe oben) – welches eine Straftat i.S.v. Art. 22 Abs. 1 EUStA-VO i.V.m. Art. 3 Abs. 2 lit. a Ziff. i PIF-RL⁷⁷ darstellt – gänzlich in Deutschland. Deutschland ist Teil der Europäischen Union. Mithin hat die EUStA die territoriale Zuständigkeit nach Art. 23 lit. a EUStA-VO inne.

Hinweis: Es gilt das Tatortprinzip, welches jedoch durch die Interne Vereinbarung der EUStA teilweise zurückgedrängt wird, insoweit die EUStA die Zuständigkeit für die Tatorte, obwohl eine bundesweite Kompetenz gegeben ist, EUStA intern begrenzt. Diese Regelung ist jedoch nicht bindend, sodass

⁷⁷ Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug, ABl. Nr. L 198 vom 28.7.2017, S. 29–41.

auch ein DESTa aus München ggf. mit Widersetzung gegen eine interne Weisungsbefugnis der EUStA-Leitung an einem anderen Tatort oder in einem anderen Bundesland ermitteln könnte.

II. Materielle Zuständigkeit, Art. 22, 23 EU VO

Die EUStA müsste in materieller Hinsicht zuständig sein. Dies richtet sich nach Art. 22 EUStA-VO.

Die EUStA könnte die sachliche Zuständigkeit gem. Art. 22 Abs. 1 EUStA-VO i.V.m. der PIF-RL bzw. Art. 22 Abs. 3 EUStA-VO innehaben. Demnach umfasst die Zuständigkeit der EUStA die Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union, die in der Richtlinie (EU) 2017/1371 in ihrer Umsetzung in nationales Recht festgelegt sind, sowie alle anderen Straftaten, die damit untrennbar verbunden sind.

Die finanziellen Interessen der Union sind legaldefiniert von der EUStA-VO als sämtliche Einnahmen, Ausgaben und Vermögenswerte, die vom Haushaltsplan der Union oder von den Haushaltsplänen der nach den Verträgen geschaffenen Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen oder von diesen verwalteten und überwachten Haushaltsplänen erfasst, von ihnen erworben oder ihnen geschuldet werden, Art. 2 Nrn. 2, 3 EUStA-VO.

Im konkreten Fall geht es um die Subvention, die vom Land Hessen für das Projekt „Klimafreundlicher Apfelweinanbau“ vergeben wird, welches A aufgrund unrichtiger Angaben i.H.v. 75.300€ erlangt. Diese Förderung wird auf Grundlage einer EU-Verordnung von der EU zur Verfügung gestellt und vom Mitarbeiter des zuständigen Regierungspräsidiums F vergeben. Es handelt sich daher um eine Ausgabe aus dem Haushaltsplan der Union, sodass hier deren finanzielle Interessen betroffen sind.

Weiterhin muss eine Straftat betroffen sein, die in der PIF-Richtlinie aufgenommen und in nationales Recht umgesetzt wurde. Bei der Richtlinie handelt es sich um eine solche des Europäischen Parlaments und des Rates, die von der strafrechtlichen Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug handelt. Art. 3 und 4 der PIF-RL regeln die Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union.

Art. 3 Abs. 2 lit. a Ziff. i und Art. 4 Abs. 3 der PIF-RL sind betroffen. Als Umsetzung in deutsches Recht gilt der Subventionsbetrug nach § 264 StGB und die Untreue nach § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB.⁷⁸

Die EUStA könnte darüber hinaus auch die Zuständigkeit für die Straftat der Urkundenfälschung innehaben, wenn dies untrennbar mit dem Subventionsbetrug verbunden wäre. Untrennbar verbunden sind Straftaten miteinander, wenn die strafprozessuale Verfolgung der anderen Straftat durch die Verfolgung der PIF-Straftat seitens der EUStA aufgrund des ne bis in idem Grundsatzes verhindern würde.⁷⁹ Die Umstände des unrechtmäßigen Verhaltens müssen zeitlich und räumlich untrennbar miteinander verbunden sein.⁸⁰ A hat sich des Gebrauchs einer unechten Urkunde in einem besonders schweren Fall gem. § 267 Abs. 1 Var. 3 und Abs. 3 Nr. 1 StGB strafbar gemacht, indem er die „täuschend-echte“ Rechnung über den Kauf einer Solaranlage auf das Agrarportal Hessen hochlud und dem Subventionsantrag beifügte. Beides schickte er gleichzeitig ab. Allein daraus erschließt sich bereits, dass die Tathandlung ein und dieselbe ist. Der ne-bis-in-idem-Grundsatz wäre bei

⁷⁸ Mitteilung der Bundesrepublik Deutschland an die Europäische Staatsanwaltschaft v. 18. Juni 2021, S. 2 f., abrufbar unter <https://www.eppo.europa.eu/sites/default/files/2021-11/12-DE.pdf> (3.5.2024).

⁷⁹ Brodowski, in: Herrnfeld/Brodowski/Burchard, European Public Prosecutor's Office, Article-by-Article Commentary, 2021, Art. 22 Rn. 102.

⁸⁰ Brodowski, in: Herrnfeld/Brodowski/Burchard, European Public Prosecutor's Office, Article-by-Article Commentary, 2021, Art. 22 Rn. 102 f.

getrennter Strafverfolgung beeinträchtigt. Das gleichzeitige Abschicken beider Dokumente an denselben Adressaten zum selben Zweck verdeutlicht die untrennbare Verbindung der Straftaten.

Die EUSTa ist materiell sowohl für die Verfolgung des Subventionsbetruges, der Untreue als auch der Urkundenfälschung zuständig.

III. Anklage vor nationalen Gerichten

Die Zuständigkeit des Gerichts könnte sich aus den Vorschriften der Strafprozessordnung sowie dem Gerichtsverfassungsgesetz ergeben. Gem. §§ 74, 74c Abs. 1 Nr. 5 GVG ist für Straftaten des Subventionsbetruges, soweit nach § 74 Abs. 1 GVG als Gericht des ersten Rechtszuges und nach § 74 Abs. 3 GVG für die Verhandlung und Entscheidung über das Rechtsmittel der Berufung gegen die Urteile des Schöffengerichts das Landgericht zuständig ist, eine Strafkammer als Wirtschaftsstrafkammer zuständig.

Die EUSTa kann somit bei gegebener Zuständigkeit in territorialer und materieller Hinsicht gem. Art. 36 EUSTa-VO Anklage vor dem Landgericht Frankfurt a.M. erheben.

Hinweis: Regelmäßig kann von Studierenden nach dem Grundstudium und der Absolvierung der Vorlesung Strafprozessrecht grundlegendes Wissen zur Zuständigkeit von Gerichten und Staatsanwaltschaften erwartet werden. Bearbeiter im Schwerpunktbereich sollten bereits auch die speziellen Regeln für die EUSTa rudimentär behandelt haben und auf die abgedruckten Vorschriften ggf. einzeln vertiefend eingehen können. Bereits grundlegende Kenntnisse werden hier gegenüber anderen Bearbeitungen deutlich positiv honoriert.

Anfängerklausur: Erbe auf Umwegen*

Wiss. Mitarbeiter Maximilian Schach, Stud. Hilfskraft Kira Winter, München**

Sachverhalt

Sören (S) hat als Geschäftsmann ein großes Vermögen angehäuft. Trotz seines hohen Alters ist er noch vollkommen gesund. Seinen potenziellen Erben ist das ein Dorn im Auge, denn sie haben bereits ein Auge auf seine Reichtümer geworfen. S ahnt davon jedoch nichts und lädt seine geliebten Enkel Alwin (A) und Bert (B) in ein Restaurant ein, um einen schönen Abend mit ihnen zu verbringen. Dort nutzen A und B den günstigen Moment in der – vermeintlich – sicheren Atmosphäre und geben unabhängig voneinander gleichzeitig jeweils eine schon für sich tödlich wirkende Dosis desselben Gifts in das Essen. Das flüssige Gift mischt sich dort schnell mit der jeweils anderen Dosis und dem Essen. Beide wissen nichts vom Plan des anderen und bekommen auch nichts davon mit, dass der jeweils andere Gift unter das Essen mischt. S verstirbt kurz nach dem Restaurantbesuch infolge der Einnahme des Gifts, wie es A und B jeweils geplant hatten.

Anders als von A und B erwartet, erben aber nicht sie, sondern ihre Mutter Helga (H) das gesamte Vermögen. Erbost über diese Überraschung beschließt A, auch seine Mutter aus dem Weg zu räumen. Also schenkt er ihr ein Flugticket nach Hawaii, in der Hoffnung, dass das Flugzeug abstürzt und H das nicht überleben würde. H, die schon immer einmal nach Hawaii wollte, tritt den Flug voller Vorfreude an. Zu ihrem Entsetzen bekommt das Flugzeug ohne das Zutun des A über dem Ozean aber Triebwerksprobleme, die zum Absturz des Flugzeugs führen. Dabei kommen alle Passagiere ums Leben. Was A nicht wissen konnte: H wäre wenige Stunden später ohnehin bei einem Wohnungsbrand gestorben.

Einige Wochen später geht A in der Stadt spazieren, um sich von den „Strapazen“ der letzten Wochen zu erholen. Er kann sein Glück, dass seine Mutter ihn tatsächlich zum Alleinerben eingesetzt hatte, noch immer kaum fassen und trägt stolz seine soeben erworbene goldene Rolex zur Schau. Als seine Schwester Erna (E) A aus der Ferne sieht, wie er mit seiner neuen Uhr protzt, wird sie wütend. Sie ahnt, dass bei den Todesfällen in ihrer Familie nicht alles mit rechten Dingen zugegangen ist und beschließt, A deshalb zu konfrontieren. Auf dem Weg zu A läuft E allerdings versehentlich auf eine Baustelle und unter einem Kran entlang. Als diesem Kran eine Palette vom Haken rutscht, gelingt es Karla (K) gerade noch, die Palette so abzulenken, dass sie Erna „nur“ den rechten Oberarm bricht, was mit großen Schmerzen verbunden ist. Hätte K die Palette nicht abgelenkt, hätte sie E erschlagen.

Aufgabe

Wie haben sich die Beteiligten nach dem StGB strafbar gemacht? §§ 224, 303 StGB sind nicht zu prüfen. Etwaig erforderliche Strafanträge sind gestellt.

* Die Klausur wurde im Wintersemester 2023/2024 an der Ludwig-Maximilians-Universität München als Probeklausur im Grundkurs Strafrecht (Prof. Dr. Mark A. Zöller) gestellt und für die Veröffentlichung nochmals überarbeitet.

** Maximilian Schach ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und das Recht der Digitalisierung (Prof. Dr. Mark A. Zöller) an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Kira Winter ist Stud. Hilfskraft an diesem Lehrstuhl.

Lösungsvorschlag

Tatkomplex 1: Im Restaurant	575
I. Strafbarkeit des A nach §§ 212 Abs. 1, 211 StGB (Verabreichen des Gifts)	575
1. Tatbestandsmäßigkeit	575
a) Objektiver Tatbestand.....	575
aa) Tod eines anderen Menschen	575
bb) Kausalität	575
cc) Objektive Zurechnung	576
dd) Objektive Mordmerkmale	576
b) Subjektiver Tatbestand	577
aa) Vorsatz hinsichtlich des Grundtatbestands	577
bb) Vorsatz hinsichtlich der Heimtücke.....	577
cc) Subjektive Mordmerkmale	577
2. Rechtswidrigkeit.....	578
3. Schuld	578
4. Ergebnis	578
II. Strafbarkeit des B nach §§ 212 Abs. 1, 211 StGB (Verabreichen des Gifts)	578
Tatkomplex 2: Der Flug nach Hawaii.....	578
I. Strafbarkeit des A nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 3 StGB (Verschenken des Tickets)	578
1. Tatbestandsmäßigkeit	578
a) Objektiver Tatbestand.....	578
aa) Tod eines anderen Menschen	578
bb) Kausalität	578
cc) Objektive Zurechnung	579
b) Zwischenergebnis.....	579
2. Zwischenergebnis.....	579
II. Ergebnis.....	579
Tatkomplex 3: In der Stadt	579
I. Strafbarkeit des K nach § 223 Abs. 1 StGB (Lenken der Palette)	579
1. Tatbestandsmäßigkeit	580
a) Objektiver Tatbestand.....	580
aa) Taterfolg	580
(1) Körperliche Misshandlung	580
(2) Gesundheitsschädigung.....	580

bb) Kausalität	580
cc) Objektive Zurechnung	580
b) Zwischenergebnis.....	581
2. Zwischenergebnis.....	581
II. Ergebnis.....	581
Gesamtergebnis	581

Tatkomplex 1: Im Restaurant

I. Strafbarkeit des A nach §§ 212 Abs. 1, 211 StGB (Verabreichen des Gifts)

A könnte sich wegen Mordes nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1 und Gr. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht haben, indem er S das Gift in das Essen mischte.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

aa) Tod eines anderen Menschen

Mit dem Tod des S ist der Tod eines anderen Menschen eingetreten.

bb) Kausalität

Fraglich ist aber, ob die Handlung des A auch kausal für den Eintritt des Erfolgs wurde. Kausal ist eine Bedingung dann, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiele.¹ Hier haben A und B jeweils unabhängig voneinander eine schon für sich tödlich wirkende Menge Gift verabreicht. Dächte man also die Handlung des A – das Untermengen des Gifts durch A – hinweg, entfiele der Erfolg nicht, weil auch B eine tödliche Menge Gift verabreichte.

Allerdings könnte B denselben Einwand vorbringen, sodass letztlich weder A noch B strafrechtlich für den Erfolg einzustehen hätten, wenn man die *conditio-sine-qua-non*-Formel unverändert anwendet. Nur durch den Zufall, dass ein anderer zur gleichen Zeit denselben Plan verwirklicht, wären beide Täter dann lediglich wegen eines Versuchs zu bestrafen, obwohl der Erfolg eingetreten ist.² Das ist schwer nachvollziehbar. Deshalb wird in diesen Fällen die klassische Formel modifiziert. Demnach ist in Fällen der alternativen Kausalität von mehreren Bedingungen jede kausal, die zwar alternativ, nicht jedoch kumulativ hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiele.³

¹ Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 15. Aufl. 2023, § 13 Rn. 3; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 53. Aufl. 2023, Rn. 226.

² Bei diesem Ergebnis bleibt es z.B. regelmäßig nach Kudlich, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, Vorb. zu den §§ 13 ff. Rn. 42; Roxin/Greco, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 25 f.

³ BGHSt 39, 195 (198); Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 15. Aufl. 2023, § 13 Rn. 28; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 53. Aufl. 2023, Rn. 230.

Das Verabreichen des Gifts durch A und durch B kann zwar jeweils für sich, nicht aber gemeinsam hinweggedacht werden, ohne dass der Tod des S entfiele. Nach der modifizierten *conditio*-Formel setzte A damit eine erfolgskausale Bedingung.

Hinweis: Eine m.M. fordert unter Anführung der Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung zwingend den Nachweis, dass sich beide Dosen vermischt haben oder die Steigerung in der Menge den Todeseintritt wenigstens beschleunigt hat und lehnt die Korrektur der *conditio*-Formel im Übrigen ab.⁴ Eine solche Vermischung liegt hier vor.

cc) Objektive Zurechnung

Der Todeserfolg müsste A auch objektiv zurechenbar sein. Das wäre der Fall, wenn er eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hätte, die sich dann auch im tatbestandsmäßigen Erfolg verwirklicht hätte.⁵

Mit dem Verabreichen des Gifts setzte A eine rechtlich missbilligte Gefahr für das Leben des S. Genau diese Gefahr realisierte sich schließlich im Tod des S, sodass der Erfolg dem A objektiv zuzurechnen ist.

dd) Objektive Mordmerkmale

Als objektives Mordmerkmal kommt hier die Heimtücke (§ 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1 StGB) in Betracht. Diese ist gegeben, wenn die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausgenutzt wird.⁶

Arglos ist ein Opfer, wenn es sich zur Zeit des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs keines Angriffs auf sich versieht.⁷ S saß hier mit seinen Enkeln im Restaurant, ohne von deren verwerflichen Plänen zu wissen oder überhaupt etwas von familiären Unstimmigkeiten zu ahnen. Er versah sich deshalb keines Angriffs und war somit arglos.

Wehrlos ist jemand, der infolge seiner Arglosigkeit in seiner Abwehrbereitschaft und -fähigkeit zumindest stark eingeschränkt ist. Die Wehrlosigkeit muss dabei gerade auf der Arglosigkeit beruhen.⁸ Weil A hier glaubte, mit seiner liebenden Familie zu Abend zu essen und sich deshalb keines Angriffs versah, nahm er sein Essen ungestört zu sich und dachte gar nicht daran, Vorsichtsmaßnahmen zu ergreifen. Er war also auch infolge der Arglosigkeit wehrlos.

Außerdem müsste auf subjektiver Seite das Ausnutzungsbewusstsein hinsichtlich der Arg- und Wehrlosigkeit hinzutreten.⁹ Hier nutzte A den günstigen Moment beim gemeinsamen Abendessen gezielt zur Tötung aus, mithin liegt auch das erforderliche Ausnutzungsbewusstsein vor.

Aufgrund der hohen Strafdrohung bedarf insbesondere das Merkmal der Heimtücke aber einer

⁴ *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 25.

⁵ *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 13 Rn. 46; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 258.

⁶ *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 211 Rn. 34; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 4 Rn. 48; *Zöller/Mavany*, Strafrecht Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2020, Rn. 47.

⁷ *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 211 Rn. 35 f.; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 4 Rn. 51; *Zöller/Mavany*, Strafrecht Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2020, Rn. 49 f.

⁸ *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 66; *Zöller/Mavany*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2020, Rn. 53.

⁹ *Zöller/Mavany*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2020, Rn. 54. Für die Prüfung besonderer subjektiver Elemente der tatbezogenen Mordmerkmale im objektiven Tatbestand auch z.B. *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 4 Rn. 14.

restriktiven Auslegung.¹⁰ Auf welche Einschränkung dabei abzustellen ist, ist umstritten. Die Rechtsprechung setzte traditionell voraus, dass die Tötung in feindlicher Willensrichtung geschehen müsse, also nicht zum vermeintlich Besten des Opfers geschehe.¹¹ Hier tötete A den S, um sich das Erbe zu verschaffen und handelte damit in feindlicher Willensrichtung. Eine andere Ansicht verlangt einen verwerflichen Vertrauensbruch¹², was mit der Ausnutzung des vertrauten, familiären Abendessens gegeben ist. Zuletzt verlangen manche Stimmen in der Literatur ein tückisch-verschlagenes Vorgehen, was ein planmäßiges Zunutzemachen bestimmter Tatumstände erfordert.¹³ Durch die Tötung beim konkreten Abendessen wählte A eine für ihn günstige Alternative und nutzte sie planmäßig zur Zielerreichung aus, sodass auch die Anforderungen der letzten Ansicht erfüllt wären.

A handelte im Ergebnis nach jeder Ansicht heimtückisch.

b) Subjektiver Tatbestand

aa) Vorsatz hinsichtlich des Grundtatbestands

A handelte mit Wissen und Wollen hinsichtlich der Verwirklichung aller Merkmale des objektiven Tatbestands, mithin mit Vorsatz (§ 15 StGB).

bb) Vorsatz hinsichtlich der Heimtücke

A handelte auch vorsätzlich hinsichtlich der objektiven Merkmale der heimtückischen Tötung.

cc) Subjektive Mordmerkmale

A könnte außerdem aus Habgier (§ 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 3 StGB) gehandelt haben. Das meint ein rücksichtsloses Streben nach Vermögensvorteilen um jeden Preis.¹⁴ A möchte in die Erbenstellung nach S einrücken. Er tötet, um den Erbfall schneller herbeizuführen und damit schneller an die Reichtümer des S zu gelangen. Damit lebt er sein übersteigertes Gewinnstreben sogar um den Preis eines Menschenlebens aus.

Hinsichtlich seiner Erbenstellung unterlag A zwar einer Fehlvorstellung, denn er wurde tatsächlich nicht Erbe des S. Erbin wurde nur seine Mutter H. Die Habgier ist als Mordmerkmal der 1. Gruppe jedoch subjektiv ausgerichtet. Deshalb muss die Bereicherung nicht objektiv eintreten, sondern es genügt, wenn eine entsprechende Absicht beim Täter vorhanden ist.¹⁵ Damit ist auch dieses Mordmerkmal erfüllt.

Hinweis: Eine ausführlichere Diskussion war ggf. positiv zu bewerten, erwartet wurde sie nicht.

Ein sonst niedriger Beweggrund ist daneben nicht ersichtlich.

¹⁰ BVerfGE 45, 187 (222 ff.).

¹¹ Grundlegend BGHSt 9, 385 (390); zum mangelnden Restriktionspotenzial der durch BGHSt 64, 111 (116 ff.) fortentwickelten Rspr. Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 4 Rn. 81 ff.

¹² Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 211 Rn. 26 ff. m.w.N.

¹³ Saliger, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 211 Rn. 72; Wessels/Hettinger/Engländer, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 47. Aufl. 2023, Rn. 68.

¹⁴ Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 4 Rn. 24; Wessels/Hettinger/Engländer, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 47. Aufl. 2023, Rn. 48.

¹⁵ Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 211 Rn. 10; auch BGH NJW 1993, 1664 (1665); Wessels/Hettinger/Engländer, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 47. Aufl. 2023, Rn. 48.

2. Rechtswidrigkeit

Er handelte rechtswidrig.

3. Schuld

A handelte auch schuldhaft.

4. Ergebnis

A hat sich durch das Verabreichen des Gifts nach §§ 212 Abs. 1, 211 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des B nach §§ 212 Abs. 1, 211 StGB (Verabreichen des Gifts)

Auch B könnte sich durch das Untermischen des Gifts nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1 und Gr. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht haben.

Er wurde nach der modifizierten conditio-Formel in gleicher Weise wie A für den Todeserfolg kausal. Dieser ist ihm auch objektiv zuzurechnen. Er handelte vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft und erfüllte dieselben Mordmerkmale.

B hat sich durch das Beibringen des Gifts nach §§ 212 Abs. 1, 211 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: Die Prüfung konnte hier sehr kurzgehalten werden, weil sie sich inhaltlich nicht von der des A unterscheidet.

Tatkomplex 2: Der Flug nach Hawaii

I. Strafbarkeit des A nach §§ 212 Abs. 1, 211 StGB (Verschenken des Tickets)

A könnte sich nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht haben, indem er H ein Flugticket nach Hawaii schenkte.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

aa) Tod eines anderen Menschen

Der Tod eines anderen Menschen ist in Form des Todes der H eingetreten.

bb) Kausalität

A müsste kausal für den Tod der H geworden sein. Nach der conditio-sine-qua-non-Formel ist jede Bedingung kausal, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfielen.

Hätte A der H kein Ticket geschenkt, wäre sie nicht im Flugzeug gewesen, das dann abstürzte. Sie wäre dann nicht gestorben.

Dass die H wenig später ohnehin bei einem Wohnungsbrand getötet worden wäre, ist eine hypothetische Reserveursache, die schon definitionsgemäß außer Betracht bleibt, weil nur der Erfolg in

seiner konkreten Gestalt maßgeblich ist.¹⁶ Der Erfolg in seiner konkreten Gestalt ist nicht der Tod durch den Brand, sondern durch den Flugzeugabsturz.

A hat folglich eine ursächliche Bedingung für den Tod der H gesetzt.

cc) Objektive Zurechnung

Der Tod wäre dem A dann objektiv zurechenbar, wenn er eine rechtliche missbilligte Gefahr geschaffen hätte, die sich dann auch im tatbestandsmäßigen Erfolg verwirklicht hätte.

Hier ist schon fraglich, ob A überhaupt eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat. Schließlich sind Flugreisen ein übliches Fortbewegungsmittel, dessen Risiken aufgrund des Nutzens für die Gesellschaft allgemein bekannt und akzeptiert sind. Die Gefahren einer Flugreise erschöpfen sich daher im allgemeinen Lebensrisiko. Verwirklicht sich nur dieses allgemeine Risiko einer Flugreise, erscheint der Tod nicht mehr als Werk des Täters, sondern als Werk des Zufalls.¹⁷

Außerdem trat H die Flugreise aus freien Stücken an. Sie betrat das Flugzeug selbst. Ihr fehlte kein Wissen, das bei A vorhanden war. Auch sonst lagen keine Gründe vor, welche die Entscheidung der H als Täterin gegen sich selbst (Einwilligungsmaßstab) oder Opfer von sich selbst (Entschuldigungsmaßstab) als unfrei erscheinen lassen.¹⁸ Die damit vorliegende freiverantwortliche Selbstgefährdung lässt den Zurechnungszusammenhang entfallen.

Hinweis: Ein (zusätzliches) Eingehen auf den Aspekt der freiverantwortlichen Selbstgefährdung wurde nicht erwartet, konnte aber positiv bewertet werden.

Der Todeserfolg ist dem A daher nicht objektiv zuzurechnen.

b) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand liegt mangels objektiver Zurechnung nicht vor.

2. Zwischenergebnis

A handelte nicht tatbestandsmäßig.

II. Ergebnis

A hat sich durch das Verschenken des Tickets nicht nach §§ 212 Abs. 1, 211 StGB strafbar gemacht.

Tatkomplex 3: In der Stadt

I. Strafbarkeit des K nach § 223 Abs. 1 StGB (Lenken der Palette)

K könnte sich nach § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem sie die Palette auf den Oberarm der A lenkte.

¹⁶ Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 13 Rn. 15 ff.

¹⁷ Vgl. auch Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 13 Rn. 52.

¹⁸ Vgl. Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 13 Rn. 53 ff., 69 ff.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

aa) Taterfolg

(1) Körperliche Misshandlung

Es könnte eine körperliche Misshandlung vorliegen. Eine solche ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit mehr als nur unerheblich beeinträchtigt.¹⁹

E erlitt einen Bruch des rechten Oberarmes und große Schmerzen. Jedenfalls durch den bei lebensnaher Auslegung schmerzhaften Kontakt mit der Palette und mit den Schmerzen nach dem Knochenbruch liegt eine Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens vor, die die Schwelle der Unerheblichkeit übersteigt, mithin eine körperliche Misshandlung.

(2) Gesundheitsschädigung

Darüber hinaus könnte E an der Gesundheit geschädigt worden sein. Eine Gesundheitsschädigung ist jedes Auslösen oder Steigern eines pathologischen Zustands, also eines solchen Zustands, der negativ vom körperlichen Normalzustand abweicht.²⁰

Mit der Fraktur des rechten Oberarmknochens liegt ein solcher pathologischer Zustand vor. Auch eine Gesundheitsschädigung ist also gegeben.

bb) Kausalität

Nach der *conditio*-Formel wurde das Ablenken des Rohrs durch K kausal für die Schmerzen und den Bruch des rechten Oberarmknochens.

cc) Objektive Zurechnung

Die oben aufgeführten Erfolge müssten K auch objektiv zurechenbar sein. Sie müsste also eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen haben, die sich auch im tatbestandsmäßigen Erfolg verwirklichte.

Festzustellen ist deshalb zunächst, ob eine rechtlich relevante Gefahr geschaffen wurde. Im vorliegenden Fall hat K den Fall der Palette nicht verursacht, sondern nur so abgelenkt, dass es E nicht tödlich trifft. Dadurch wurde sie zwar noch am rechten Oberarm getroffen. Das ist aber gegenüber der ursprünglich tödlich wirkenden Gefahr, also einer Gefahr für das Leben der E, eine geringere Gefahr, nämlich eine solche für die körperliche Unversehrtheit. Eine solche Risikoverringerung stellt keine Schaffung eines neuen, rechtlich missbilligten Risikos dar, sondern nur eine graduelle Verminderung eines bereits dagewesenen Risikos. Die Rechtsordnung will eine solche Abmilderung eines von anderer Stelle gesetzten Risikos nicht verhindern und deshalb auch nicht bestrafen. Die eingetretenen Erfolge sind vielmehr dem Ausgangsrisiko zuzuschlagen.²¹

¹⁹ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 223 Rn. 4; Zöller/Mavany, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2020, Rn. 152.

²⁰ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 13 Rn. 16; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 213.

²¹ Zum Ganzen Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 291 ff.; Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 53; Kudlich, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, Vorb. zu den §§ 13 ff.

K hat deshalb keine eigene, rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen. Die objektive Zurechnung ist zu verneinen.

Hinweis: A.A. vertretbar. Wer die Zurechnung bejaht, muss dann aber auf der Ebene der Rechtswidrigkeit nochmals auf die Problematik eingehen (mutmaßliche Einwilligung, rechtfertigender Notstand).

b) Zwischenergebnis

Die fehlende Zurechenbarkeit schließt den objektiven Tatbestand aus.

2. Zwischenergebnis

K handelte nicht tatbestandsmäßig.

II. Ergebnis

K hat sich nicht nach § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Gesamtergebnis

A und B haben sich jeweils nach §§ 212 Abs. 1, 211 StGB strafbar gemacht. Der Totschlag sowie mitverwirklichte Körperverletzungen zulasten des S treten dahinter zurück. K hat sich nicht strafbar gemacht.

Rn. 57; abl. und für eine Lösung erst auf Rechtswidrigkeitsebene *Rengier*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 13 Rn. 58; *Kindhäuser*, *ZStW* 120 (2008), 481 (490 ff.).

Entscheidungsbesprechung

EuGH, Urt. v. 5.10.2023 – C-565/22¹

Kein neuerliches fernabsatzrechtliches Widerrufsrecht bei automatischer Vertragsverlängerung

Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates ist dahin auszulegen, dass dem Verbraucher das Recht, einen Fernabsatzvertrag zu widerrufen, bei einem Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen, der für den Verbraucher anfangs einen kostenlosen Zeitraum vorsieht, dem sich – falls der Verbraucher den Vertrag in diesem Zeitraum nicht kündigt oder widerruft – ein kostenpflichtiger Zeitraum anschließt, der sich, wenn dieser Vertrag nicht gekündigt wird, automatisch um einen bestimmten Zeitraum verlängert, nur ein einziges Mal zukommt, sofern er beim Abschluss dieses Vertrags vom Unternehmer in klarer, verständlicher und ausdrücklicher Weise darüber informiert wird, dass die Erbringung dieser Dienstleistung nach dem anfänglich kostenlosen Zeitraum kostenpflichtig wird.

(Amtlicher Leitsatz)

Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU Art. 9 Abs. 1

Assoz. Univ.-Prof. Mag. Dr. Thomas Aigner, Linz*

I. Einleitung und Problemstellung

Der österreichische Oberste Gerichtshof (OGH) hatte sich mit einem Sachverhalt² zu beschäftigen, wonach die Beklagte Online-Lernplattformen für Schüler betreibt und mit Verbrauchern Verträge schließt, denen sie ihre AGB zugrunde legt. Die AGB der Beklagten sehen vor, dass bei der erstmaligen Buchung eines Abonnements auf der Plattform dieses 30 Tage lang ab Vertragsschluss kostenlos getestet und während dieser Zeit jederzeit fristlos gekündigt werden kann, dass das Abonnement erst nach Ablauf der 30 Tage kostenpflichtig wird und dass für den Fall des Unterbleibens einer Kündigung innerhalb der 30 Tage der im Buchungsprozess vereinbarte kostenpflichtige Abonnementzeitraum zu laufen beginnt. Für den Fall, dass der kostenpflichtige Abonnementzeitraum abläuft, ohne dass die Beklagte oder der Verbraucher rechtzeitig gekündigt hat, verlängert sich nach den AGB

* Der Autor ist assoziierter Universitätsprofessor an der Johannes Kepler Universität Linz (Abteilung für Multimediales Zivilrecht, Institut für Multimediale Linzer Rechtsstudien).

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:62022CJ0565> (28.3.2024).

² Siehe OGH, Beschl. v. 20.7.2022 – 3 Ob 103/22a.

das Abonnement automatisch um eine bestimmte Zeit.³ Die Beklagte informiert die Verbraucher anlässlich des erstmaligen Vertragsschlusses über das den Verbrauchern wegen des vorliegenden Vertragsschlusses im Fernabsatz zustehende Rücktrittsrecht (Widerrufsrecht).

Der Kläger (ein nach § 29 Konsumentenschutzgesetz [KSchG] klagebefugter Verein) vertrat die Ansicht, dass dem Wortlaut des Art. 9 der RL 2011/83/EU keine Einschränkung auf den erstmaligen Vertragsabschluss zu entnehmen sei. Folglich habe der Verbraucher auch bei Überleitung seines Testabonnements in ein reguläres Abonnement und auch bei der Verlängerung eines regulären Abonnements ein Rücktrittsrecht (Widerrufsrecht) nach der Art. 9 der RL umsetzenden Bestimmung des § 11 Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz (FAGG).⁴ Über dieses zweite Rücktrittsrecht (Widerrufsrecht) informiere die Beklagte die Verbraucher nicht. Damit verstoße sie gegen die Informationspflicht nach § 4 Abs. 1 Ziffer 8 FAGG, was sie unterlassungspflichtig nach § 28a Abs. 1 KSchG mache.

Die Beklagte trat diesem Unterlassungsbegehren entgegen. Sie nahm den Standpunkt ein, dass die vorgesehenen automatischen Vertragsverlängerungen kein zweites Rücktrittsrecht (Widerrufsrecht) des Verbrauchers begründeten; folglich müsse sie über ein solches auch nicht informieren.

Der OGH ging unter anderem auf Beiträge aus der Literatur ein, in denen (aus mehreren Gründen) bezweifelt wird, dass die automatische Verlängerung eines Fernabsatzvertrags neuerlich ein Rücktrittsrecht (Widerrufsrecht) bewirke.⁵ Der OGH gelangte dennoch zur Beurteilung, dass kein *acte clair*⁶ hinsichtlich folgender Frage bestehe, die (daher) dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) vorgelegt wurde:

„Ist Art 9 Abs 1 der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher dahin auszulegen, dass dem Verbraucher bei ‚automatischer Verlängerung‘ (Art 6 Abs 1 lit o der Richtlinie) eines Fernabsatzvertrags neuerlich ein Widerrufsrecht zukommt?“

II. Gesetzliche Bestimmungen

Art. 9 Abs. 1 lautet:

„Sofern nicht eine der Ausnahmen gemäß Artikel 16 Anwendung findet, steht dem Verbraucher eine Frist von 14 Tagen zu, in der er einen Fernabsatz- oder einen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag ohne Angabe von Gründen und ohne andere Kosten als in Artikel 13 Absatz 2 und Artikel 14 vorgesehen widerrufen kann.“⁷

³ Zur konkreten Darstellung der Kosten im Zuge des Buchungsvorgangs auf der Webseite der Beklagten siehe auch die Entscheidung, welche nach Vorabentscheidung des EuGH in dieser Sache ergangen ist: OGH, Urt. v. 13.11.2023 – 3 Ob 191/23v.

⁴ Vgl. auch die in eine ähnliche Richtung gehenden Hinweise in den Materialien zu § 11 FAGG: ErläutRV 89 BlgNR 25. GP 34 (für den Fall der Vereinbarung im Fernabsatz).

⁵ Z.B. *Schamberger*, JBl 2018, 117 (118); *Wais*, NJW 2018, 1777 (1778). Anders jedoch bei inhaltlicher Änderung oder gesondert vereinbarter Verlängerung im Fernabsatz: vgl. z.B. *Schwarzenegger*, in: Schwimann/Kodek, ABGB, Praxiskommentar, Bd. 9, 5. Aufl. 2022, FAGG § 11 Rn. 6.

⁶ Siehe zur zweckentsprechenden Auslegung des Art. 267 AEUV, zum CILFIT-Urteil und zur Acte-clair-Doktrin eingehend *Broberg/Fenger*, EuR 2010, 835; vgl. auch etwa *Schima*, in: *Jaeger/Stöger*, EUV, AEUV, Kommentar, Stand: 1.3.2020, AEUV Art. 267 Rn. 112 ff.

⁷ Durch die RL 2019/2161/EU wurde Art. 9 Abs. 1 übrigens ein neuer Abs. 1a angefügt, wonach ein Mitgliedstaat in Bezug auf aggressive oder irreführende Vermarktungs- oder Verkaufspraktiken in bestimmten Fällen die Widerrufsfrist auf 30 Tage verlängern kann.

Die Umsetzungsbestimmungen finden sich in Österreich im FAGG. § 11 Abs. 1 FAGG lautet:

„Der Verbraucher kann von einem Fernabsatzvertrag oder einem außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag binnen 14 Tagen ohne Angabe von Gründen zurücktreten.“

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass sich die vergleichbare Anordnung in Deutschland in § 312g BGB findet, der in seinem Abs. 1 folgendermaßen lautet:

„Dem Verbraucher steht bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und bei Fernabsatzverträgen ein Widerrufsrecht gemäß § 355 zu.“

§ 355 BGB, auf welchen verwiesen wird, sieht eine Widerrufsfrist von 14 Tagen und zudem vor, dass der Widerruf keine Begründung enthalten muss.

III. Kernaussagen der Entscheidung des EuGH

Der EuGH weist insbesondere auf den Zweck des Widerrufsrechts des Art. 9 Abs. 1 RL 2011/83/EU hin: Dieses soll den Nachteil ausgleichen, der sich für einen Verbraucher aus einem im Fernabsatz geschlossenen Vertrag ergibt, indem ihm eine angemessene Bedenkzeit eingeräumt wird, in welcher er die Möglichkeit hat, die gekaufte Ware zu prüfen und auszuprobieren. Diese Schlussfolgerung werde durch den 37. Erwägungsgrund der RL bestätigt. Die Bedenkzeit sei sowohl beim Verkauf von Waren als auch bei der Erbringung von Dienstleistungen durch dieselben Ziele gerechtfertigt.

In der Folge geht der EuGH (mit Hinweis auf Art. 6 und Art. 8 RL 2011/83/EU) auf die nötige Information des Verbrauchers über den (Gesamt-)Preis der Dienstleistungen ein. Das Ziel des Rechts des Verbrauchers, einen Fernabsatzvertrag über die Erbringung von Dienstleistungen zu widerrufen, sei erfüllt, wenn der Verbraucher vor Abschluss dieses Vertrags über eine klare, verständliche und ausdrückliche Information über den Preis der gegenständlichen Dienstleistungen verfüge, der entweder ab dem Vertragsabschluss oder ab einem späteren Zeitpunkt wie dem der Umwandlung dieses Vertrags in einen entgeltlichen Vertrag oder seiner Verlängerung um einen bestimmten Zeitraum geschuldet werde.

Der EuGH führte aus:

„Auch wenn der Verbraucher beim Abschluss eines Vertrags, der einen kostenlosen Zeitraum der Erbringung von Dienstleistungen vorsieht, vom Unternehmer klar, verständlich und ausdrücklich darüber informiert wird, dass diese Leistung nach dem kostenlosen Zeitraum kostenpflichtig wird, wenn der Vertrag vom Verbraucher während dieses Zeitraums nicht gekündigt oder widerrufen wird, ändern sich also die dem Verbraucher zur Kenntnis gebrachten Vertragsbedingungen nicht. In einem solchen Fall rechtfertigt das [...] genannte Ziel nicht, dass der betreffende Verbraucher nach der Umwandlung dieses Vertrags in einen kostenpflichtigen Vertrag neuerlich über ein Widerrufsrecht verfügt. Im Übrigen kann der Verbraucher bei der Verlängerung dieses kostenpflichtigen Vertrags um einen bestimmten Zeitraum auch nicht über ein solches Widerrufsrecht verfügen.“

Im vorliegenden Fall sei es Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob die Beklagte die Verbraucher klar, verständlich und ausdrücklich über den Gesamtpreis der betreffenden Dienstleistungen informiert habe.

IV. Stellungnahme und Würdigung

Zutreffend hebt der EuGH den Zweck des Widerrufsrechts hervor: Dieser besteht insbesondere darin, den Nachteil auszugleichen, der sich für einen Verbraucher aus einem im Fernabsatz geschlossenen Vertrag ergibt, indem dem Konsumenten eine angemessene Bedenkzeit eingeräumt wird, innerhalb derer er die Möglichkeit hat, die gekaufte Ware zu prüfen und auszuprobieren.⁸ Dies geht auch aus Erwägungsgrund 37 der RL 2011/83/EU hervor, wenn es dort heißt:

„Da der Verbraucher im Versandhandel die Waren nicht sehen kann, bevor er den Vertrag abschließt, sollte ihm ein Widerrufsrecht zustehen. Aus demselben Grunde sollte dem Verbraucher gestattet werden, die Waren, die er gekauft hat, zu prüfen und zu untersuchen, um die Beschaffenheit, die Eigenschaften und die Funktionsweise der Waren festzustellen [...]“.

Meines Erachtens soll der Informationsnachteil beim Vertragsschluss im Fernabsatz nach dem Bestreben der Verbraucherschutzbestimmungen einerseits durch die vorvertragliche Information in Entsprechung der angeordneten Informationspflichten, andererseits (aber eben auch) durch die faktische Erfassbarkeit und Prüfbarkeit des geschuldeten Leistungsgegenstandes ausgeglichen werden. In Bezug auf den zweiten genannten Punkt soll der Konsument beim Warenkauf die Möglichkeit haben, die Ware nach Empfang (innerhalb eines gewissen Zeitraums) mit allen Sinnen zu erfassen, tatsächlich vor sich zu haben und ihre Beschaffenheit bzw. Qualität begutachten/prüfen zu können. In diesem Sinne soll der Informationsnachteil auch bei Dienstleistungsverträgen durch eine entsprechende Möglichkeit zur Erfassung und Begutachtung/Prüfung ausgeglichen werden. Dem Verbraucher soll also ein Zeitraum zur Verfügung stehen, innerhalb dessen er sich durch die tatsächliche/faktische Gelegenheit zur Prüfung einen (endgültigen) Eindruck von der Erbringung der Dienstleistung des Unternehmers, von ihrer Beschaffenheit bzw. Qualität machen kann.

Vor diesem Hintergrund erscheint es folgerichtig, wenn der EuGH davon ausgeht, dass dem Verbraucher das Recht, einen Fernabsatzvertrag zu widerrufen, bei einem Dienstleistungsvertrag mit kostenlosem Probezeitraum, dem sich – mangels Kündigung oder Widerruf in diesem Zeitraum – ein kostenpflichtiger Zeitraum anschließt, der sich – mangels Kündigung – automatisch um einen bestimmten Zeitraum verlängert, nur ein einziges Mal zukommt; dies unter der Voraussetzung, dass der Verbraucher beim Vertragsabschluss vom Unternehmer in klarer, verständlicher und ausdrücklicher Weise darüber informiert wird, dass die Erbringung dieser Dienstleistung nach dem anfänglich kostenlosen Zeitraum kostenpflichtig wird. Da im Anlassfall auch die Informationspflichten erfüllt wurden,⁹ war kein erneutes Widerrufsrecht (Rücktrittsrecht) nötig, um dem Zweck der Prüfung der Dienstleistung im Hinblick auf ihre Beschaffenheit bzw. Qualität zu entsprechen. Die geschuldete Dienstleistung hat nämlich keine inhaltliche Änderung erfahren (geändert hat sich nur der Zeitraum der Erbringung der Dienstleistung sowie, dass der Konsument nunmehr einer Gegenleistungspflicht zur Geldzahlung nachkommen muss).

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang freilich darauf, dass durch die Entscheidung des EuGH, die sich mit dem fernabsatzrechtlichen Art. 9 Abs. 1 RL 2011/83/EU beschäftigt, nicht andere Verbraucherschutzrechtliche Bestimmungen ausgehebelt werden, welche (bereits) die Zulässigkeit

⁸ Vgl. auch *Schwarzenegger*, in: Schwimann/Kodek, ABGB, Praxiskommentar, Bd. 9, 5. Aufl. 2022, FAGG § 11 Rn. 5; *Wendehorst*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 312g Rn. 1.

⁹ Dies wurde letztlich vom OGH festgehalten (OGH, Urt. v. 13.11.2023 – 3 Ob 191/23v).

von Vertragsverlängerungsklauseln per se betreffen (und mit dem Zweck des Art. 9 Abs. 1 RL 2011/83/EU nichts zu tun haben).¹⁰

In Bezug auf das Widerrufsrecht bei Dienstleistungsverträgen im Fernabsatz nach Art. 9 Abs. 1 RL 2011/83/EU lässt sich schließlich für verschiedene Konstellationen Folgendes festhalten: Bei Verlängerung eines (zuvor) befristeten Vertrags, die bereits beim ursprünglichen Vertragsschluss vereinbart (und worüber der Verbraucher ausreichend informiert) wurde, ergibt sich bei gleichbleibendem Leistungsinhalt des Unternehmers kein nochmaliges Rücktrittsrecht.¹¹ Bei einer ebensolchen Vertragsverlängerung, die (erst) durch eigenständige Erklärungen im Fernabsatzweg erfolgt, gilt Entsprechendes, sofern den Informationspflichten nachgekommen wird und der Verbraucher bereits ausreichend Zeit zur Prüfung der Dienstleistung hatte.¹²

Bei inhaltlicher Änderung eines bestehenden Vertrags ist hingegen – hinsichtlich des fernabsatzrechtlichen Rücktrittsrechts – zu differenzieren: Bei einer bereits beim ursprünglichen Vertragsschluss vereinbarten (späteren) Änderung einer Pflicht des Verbrauchers (z.B. nunmehrige Pflicht zur Geldzahlung), worüber der Verbraucher ausreichend informiert wurde, ergibt sich bei gleichbleibendem Leistungsinhalt des Unternehmers kein nochmaliges Rücktrittsrecht.¹³ Entsprechendes gilt wiederum, wenn eine solche Vertragsänderung bei ausreichender Information (erst) durch eigenständige Erklärungen im Fernabsatzweg erfolgt.¹⁴ Soll sich jedoch die Leistung des Unternehmers insofern ändern, als der geänderte Teil tatsächlich noch nicht durch den Verbraucher geprüft werden konnte, so steht diesem (in beiden Varianten¹⁵) ein (neuerliches) Rücktrittsrecht zu. Wenn der Konsument etwa zunächst nur den Online-Zugang zu einer (kostenlosen) „Demo-Version“ mit bloß eingeschränkten Funktionen testen konnte und nun eine Änderung hin zu einer (kostenpflichtigen) „Vollversion“ erfolgt, in welcher erst der gesamte Funktionsumfang prüfbar wird, so reicht die (vorangehende) Information über den Leistungsinhalt der „Vollversion“ allein nicht aus;¹⁶ vielmehr muss dem Verbraucher im Sinne des Zwecks des Rücktrittsrechts ein ebensolches zustehen, um innerhalb des bestimmten Zeitraums die Leistung im Hinblick auf ihre Beschaffenheit (hier: bezüglich aller Funktionen) bzw. Qualität auch tatsächlich prüfen zu können.

¹⁰ So sind etwa nach § 6 Abs. 1 Ziffer 2 KSchG für den Verbraucher solche Vertragsbestimmungen i.S.d. § 879 ABGB nicht verbindlich, nach denen ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gilt, es sei denn, der Verbraucher wird bei Beginn der hierfür vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen und hat zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist.

¹¹ Vgl. die dargestellte Entscheidung des EuGH.

¹² Dies ergibt sich aus dem Zweck des fernabsatzrechtlichen Rücktrittsrechts. Wenn man – wie oben ausgeführt – den Zweck im Ausgleich des Informationsnachteils durch tatsächliche Prüfung (und nicht auch im Schutz vor übereilten Vertragsabschlüssen) sieht, bedarf es keines neuerlichen Rücktrittsrechts.

¹³ Vgl. die dargestellte Entscheidung des EuGH.

¹⁴ Siehe Fn. 12.

¹⁵ Vereinbarung schon beim ursprünglichen Vertragsschluss oder durch eigenständige Erklärungen im Fernabsatzweg.

¹⁶ So aber offenbar *Lusar*, MR 2023, 285 (286), der eine Erfassung des Funktionsumfangs „in den wesentlichen Zügen“ genügen lässt.

Entscheidungsbesprechung

BGH, Urt. v. 29.11.2023 – VIII ZR 211/22¹

Fristlose Kündigung – Kein Zerrüttungsprinzip im Mietrecht

Im Wohnraummietrecht reicht eine Zerrüttung des Mietverhältnisses im Sinne einer Zerstörung der das Schuldverhältnis tragenden Vertrauensgrundlage allein, ohne dass festgestellt werden kann, dass diese zumindest auch durch ein pflichtwidriges Verhalten des anderen Vertragsteils verursacht worden ist, grundsätzlich nicht aus, um einer Mietvertragspartei ein Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung des Mietverhältnisses gemäß § 543 Abs. 1 BGB zuzubilligen.

(Amtlicher Leitsatz)

BGB § 543 Abs. 1

M. iur. Julius Nickoleit, Dublin*

I. Einleitung

Der berühmt-berüchtigte Nachbarschaftsstreit erweist sich seit Jahrhunderten als zuverlässiger Quell rechtlicher Problemstellungen. Dementsprechend regelmäßig wird auch der Student in der universitären Ausbildung mit nachbarlichen Querelen konfrontiert. In dieser Hinsicht teilt er ein Schicksal mit dem VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs, zuständig für Rechtsstreitigkeiten über Wohnraummietverhältnisse. Dieser entschied im November vergangenen Jahres in einem Fall, dessen Sachverhalt die gesamte Klaviatur nachbarlicher Unstimmigkeiten bespielt. Die Entscheidung dreht sich um eine außerordentliche fristlose Kündigung des Mietverhältnisses durch die Kläger. Der Fall wirft einen interessanten Streitpunkt auf, den der Senat nun geklärt hat, und bietet sich damit dazu an, Teil einer Examensklausur zu werden.

II. Sachverhalt

Der Sachverhalt ist ein typisches Beispiel für eskalierende Unstimmigkeiten unter Nachbarn.² Die Beklagten leben seit 2011 als Mieter in einem Mehrfamilienhaus, in dem auch die vermietenden Kläger wohnen. Ab dem Jahr 2014 kam es immer wieder zu kleineren Unstimmigkeiten wie Lärm-belästigungen, fehlerhaft befüllten Mülltonnen oder zugeparkten Garagen. Der Streit eskalierte, als die Kläger in einem (auch an eine in dem Mehrfamilienhaus lebende türkischstämmige Familie gerichteten) Schreiben die Aussage tätigten, die Beklagten hätten sich rassistisch geäußert. Die Beklagten reagierten mit einer Strafanzeige wegen Verleumdung. Sie brachten vor, die Kläger hätten ihnen rassistische Äußerungen unterstellt und sie darüber hinaus mehrfach beleidigt. Zudem würden die Kläger regelmäßig die von den Beklagten angemietete Garage zuparken. Am 23.11.2020

* Der Autor ist derzeit LL.M. Candidate am Trinity College in Dublin.

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in BeckRS 2023, 41626 und online abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=29b9519990ae4818897bfb8a036ca644&nr=136353&pos=0&anz=1>.

² Vergleiche für den Sachverhalt BGH, Urt. v. 29.11.2023 – VIII ZR 211/22, Rn. 1–6.

erklärten die Kläger die außerordentliche fristlose Kündigung und klagten auf Räumung und Herausgabe der Wohnung.

III. Rechtliche Würdigung durch die Gerichte

Mit Ihrer auf § 546 Abs. 1 BGB und § 985 BGB gestützten Klage hatten die Kläger vor dem AG Brühl keinen Erfolg.³ Nachdem Sie auch vor dem LG Köln gescheitert waren,⁴ wandten sie sich an den BGH.

Beide Ansprüche hängen davon ab, ob die außerordentliche fristlose Kündigung durch die Kläger wirksam ist. Ist sie es nicht, besteht der Mietvertrag weiterhin. Für den Anspruch aus § 546 Abs. 1 BGB fehlt es dann an der „Beendigung des Mietverhältnisses“. Ein Anspruch aus § 985 BGB scheidet am Recht zum Besitz der Beklagten gem. § 986 Abs. 1 S. 1 BGB, das durch den Mietvertrag vermittelt wird.

Entscheidend für die Wirksamkeit der Kündigung war, ob ein wichtiger Kündigungsgrund i.S.d. §§ 543 Abs. 1 S. 2, 569 Abs. 2 BGB vorlag. Zur Erinnerung: § 543 BGB bildet den Grundtatbestand der außerordentlichen Kündigungstatbestände. Dieser wird durch § 569 BGB für die Wohnraummiete und durch § 578 Abs. 2 BGB für die Miete anderer Räume ergänzt.⁵ Ein wichtiger Kündigungsgrund nach der Generalklausel des § 543 Abs. 1 S. 2 liegt vor, „wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann“.⁶ Nach § 569 Abs. 2 BGB liegt ein solcher Grund vor, wenn eine Vertragspartei den Hausfrieden nachhaltig stört. Das setzt voraus, „dass eine Mietpartei die gemäß § 241 Abs. 2 BGB aus dem Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme folgende Pflicht, sich bei der Nutzung der Mietsache so zu verhalten, dass die anderen Mieter [...] nicht mehr als unvermeidlich gestört werden, in schwerwiegender Weise verletzt.“⁷ Bei der gestörten Partei kann es sich auch um den Vermieter handeln, wenn dieser ebenfalls im Haus wohnt.⁸

Die Kläger hatten sich darauf gestützt, dass eine Zerrüttung des Mietverhältnisses vorliege. Die das Schuldverhältnis tragende Vertrauensgrundlage sei zerstört. Diese Argumentation genügte dem BGH allerdings nicht. Eine Zerrüttung allein genügt im Wohnraummietrecht nicht, um von einem wichtigen Kündigungsgrund i.S.d. § 543 Abs. 1 S. 2 auszugehen. Es muss nachgewiesen werden, dass diese „zumindest auch durch ein pflichtwidriges Verhalten des anderen Vertragsteils verursacht worden ist“.⁹

Hiermit äußert sich der BGH zu einer Streitfrage, die sowohl die Gerichte als auch die rechtswissenschaftliche Literatur schon länger beschäftigt. Das OLG Dresden hatte noch 2021 geurteilt, dass beide Parteien zur außerordentlichen fristlosen Kündigung berechtigt sind, wenn das Verhältnis der Parteien nachhaltig zerrüttet ist, ohne dass die Ursache dieser Zerrüttung aufgeklärt werden kann.¹⁰ Damit erkannte das OLG in der Sache die nachhaltige Zerrüttung als eigenständigen Kündigungsgrund an.¹¹ Dieser Ansicht erteilt der BGH nun eine Abfuhr. Als Argument führt das Gericht an, dass

³ AG Brühl, Urt. v. 26.10.2021 – 24 C 46/21.

⁴ LG Köln, Urt. v. 8.9.2022 – 1 S 22/22.

⁵ Bieber, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 543 Rn. 2.

⁶ BGH, Urt. v. 29.11.2023 – VIII ZR 211/22, Rn. 24.

⁷ BGH, Urt. v. 29.11.2023 – VIII ZR 211/22, Rn. 24.

⁸ Theesfeld-Betten, in: BeckOK Mietrecht, Stand: 15.2.2024, BGB § 569 Rn. 34.

⁹ BGH, Urt. v. 29.11.2023 – VIII ZR 211/22, Rn. 27.

¹⁰ OLG Dresden, Urt. v. 23.6.2021 – 5 U 2366/20, S. 7.

¹¹ Streyll, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB § 543 Rn. 13; vgl. auch OLG Celle,

sonst ein Widerspruch zu seiner Rechtsprechung bezüglich der §§ 626 Abs. 1, 543 Abs. 1, 314 Abs. 1 BGB vorläge, die allgemein verlangt, dass der zur Kündigung berechtigende Grund aus der Risikosphäre der anderen Vertragspartei stammt.¹² Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus § 573a Abs. 1 BGB. Diese Norm erleichtert dem Vermieter die ordentliche Kündigung, wenn er das Gebäude selbst bewohnt und dieses über nicht mehr als zwei Wohnungen verfügt. Die Revision hatte angeführt, der Norm ließe sich die Wertung entnehmen, dass bei einem Dauerkonflikt dem Mieter unabhängig von den konkreten Gründen gekündigt werden kann. Dem widersprach der BGH. § 573a Abs. 1 BGB beschränke sich auf die ordentliche Kündigung und ein Gebäude mit nicht mehr als zwei Wohnungen. Eine Wertung für eine außerordentliche fristlose Kündigung in einem Mehrfamilienhaus sei der Norm nicht zu entnehmen.¹³ Nicht ganz klar wird in den Ausführungen des BGH, ob § 573a Abs. 1 BGB eine Wertung für den Fall der außerordentlichen fristlosen Kündigung in einem Zwei-Wohnungen-Haus entnommen werden könnte. Diese Frage spielte für den Fall keine Rolle. In einer Klausur könnte aber natürlich auch ein abgewandelter Fall abgeprüft werden. Der BGH überträgt damit im Ergebnis seine Rechtsprechung aus dem Gewerberaummietrecht in das Wohnraummietrecht. Für ersteres hatte das Gericht bereits entschieden, „dass für eine Mietvertragspartei ein Recht zur fristlosen Kündigung gem. § 543 Abs. 1 BGB in der hier gegebenen Fallgruppe der Zerrüttung nur bestehen kann, wenn infolge des (pflichtwidrigen) Verhaltens des anderen Vertragsteils die Durchführung des Vertrags wegen der Zerstörung der das Schuldverhältnis tragenden Vertrauensgrundlage derart gefährdet ist, dass dem Kündigenden unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses auch bei Anlegung eines strengen Maßstabs nicht mehr zugemutet werden kann“.¹⁴ Im Ergebnis ist damit eine Zerrüttung allein nicht ausreichend.¹⁵

Unter Anwendung dieser Maßstäbe nimmt der BGH dann die Verhaltensweisen der Parteien unter die Lupe. Besonderes Augenmerk widmet er der Strafanzeige. Eine solche kann grundsätzlich einen schwerwiegenden Verstoß gegen mietvertragliche Pflichten darstellen. Das ist dann der Fall, wenn sie grundlos falsch ist, oder wenn „wissentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben“ gemacht werden.¹⁶ Entscheidend ist eine einzelfallbezogene Gesamtbetrachtung, in die auch mit einzubeziehen ist, „ob der Anzeigerstatter zur Wahrnehmung berechtigter eigener Interessen oder staatsbürgerlicher Rechte und Pflichten gehandelt hat“.¹⁷ Im Fall war die Aussage der Kläger, die Beklagten hätten sich rassistisch geäußert, tatsächlich falsch. Damit war die Anzeige der Beklagten auch nicht grundlos, sie handelten vielmehr in Wahrnehmung eigener berechtigter Interessen.¹⁸ Auch in den weiteren Äußerungen, die die Beklagten im Rahmen der Strafanzeige getätigt hatten, sah der BGH, unabhängig von ihrem Wahrheitsgehalt, keine unzumutbare Belastung für die Kläger, denn das Verhältnis der Parteien war bereits seit Jahren durch gegenseitige Anschuldigungen und Beleidigungen geprägt. Zudem hatten die Kläger durch ihre wahrheitswidrige Anschuldigung selbst Anlass für die Erstattung der Strafanzeige gegeben.¹⁹ Anderen Verhaltensweisen in der Historie des Nachbarschaftsstreits wendet sich der BGH nicht mehr zu. Auch in diesen scheint er keine Gründe zu sehen, die eine

Beschl. v. 7.10.2008 – 2 U 99/08.

¹² BGH, Urt. v. 29.11.2023 – VIII ZR 211/22, Rn. 27 m.w.N.

¹³ BGH, Urt. v. 29.11.2023 – VIII ZR 211/22, Rn. 33.

¹⁴ BGH, Urt. v. 29.11.2023 – VIII ZR 211/22, Rn. 30 m.w.N.

¹⁵ BGH, Urt. v. 29.11.2023 – VIII ZR 211/22, Rn. 30.

¹⁶ BGH, Urt. v. 29.11.2023 – VIII ZR 211/22, Rn. 35.

¹⁷ BGH, Urt. v. 29.11.2023 – VIII ZR 211/22, Rn. 35 m.w.N.

¹⁸ BGH, Urt. v. 29.11.2023 – VIII ZR 211/22, Rn. 38.

¹⁹ BGH, Urt. v. 29.11.2023 – VIII ZR 211/22, Rn. 39.

Fortführung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses für die Kläger unzumutbar machen würde.

IV. Ergebnisse

Der Fall eignet sich hervorragend, um sorgfältige Sachverhaltsarbeit abzu prüfen. Sollte er in einer Klausur vorkommen, ist es zunächst wichtig, den richtigen Prüfmaßstab herauszuarbeiten. Hierfür kann auf die vom BGH angeführten Argumente abgestellt werden. Entscheidend ist dann, die einzelnen Verhaltensweisen der Parteien genau unter die Lupe zu nehmen. Es bedarf einer Verhaltensweise, die das Zuwarten auf das sonstige Ende des Mietverhältnisses unzumutbar macht. Hierbei sollte auch der Gesamteindruck im Blick behalten werden. Ist das Verhältnis durch Zankereien geprägt, kann eine einzelne weitere Iteration, die in Ihrer Qualität nicht wesentlich über das bisher Geschehene hinausgeht, einen Grund zur außerordentlichen fristlosen Kündigung nicht begründen. Wem eine lebensnahe und präzise Sachverhaltsarbeit gelingt, sollte hier einige Punkte sammeln können.

Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23¹

Zur Abgrenzung der mittelbaren Täterschaft von der (versuchten) Anstiftung bei der Veranlassung eines schuldunfähigen Kindes (§ 19 StGB) zur Tat

1. Die Abgrenzung zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung bei der Veranlassung eines Kindes erfolgt anhand einer faktisch-bewertenden Betrachtung und nicht aufgrund einer normativen Zuschreibung von Tatherrschaft.
2. Soll die Tat „durch“ ein Kind begangen werden, so ist für die Annahme mittelbarer Täterschaft entscheidend, ob der Hintermann das Geschehen tatsächlich steuernd in den Händen hält, er also Steuerungsmacht hat.

(Leitsätze des Verf.)

StGB § 25 Abs. 1 Alt. 2

Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn, Osnabrück*

I. Einleitung

Die „mittelbare Täterschaft“ gehört zu den Klassikern in der strafrechtlichen Ausbildung und auch in Klausuren erfreut sich die eine oder andere Konstellation großer Beliebtheit. Einige Fälle, welche die Rechtsprechung zu entscheiden hatte, prägen bis heute die Diskussion,² nicht zuletzt wegen kurioser Tatsachengrundlage.³

Die gesetzlichen Grundlagen zur mittelbaren Täterschaft wurden mit der Strafrechtsreform zum 1.1.1975⁴ geschaffen, denn erstmals wurde in den Gesetzestext aufgenommen, dass auch derjenige Täter ist, der die Tat „durch einen anderen begeht“. Unter welchen Voraussetzungen die Tat „durch“ einen anderen begangen wird, wird aber nicht weiter ausgeführt. Dem Sonderausschuss für die Strafrechtsreform⁵ war bewusst, dass die weite Formulierung der Konkretisierung bedarf und die Komplexität der Formen der mittelbaren Täterschaft es auf der Grundlage des damaligen Forschungsstands nicht erlaubte, sie im Einzelnen zu beschreiben. Es wird auf die Begründung zum E 1962 verwiesen:

* Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn, Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht sowie Strafrechtsvergleichung an der Universität Osnabrück

¹ Der Beschluss ist abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=135798&pos=1&anz=1162> sowie veröffentlicht in NSTz 2024, 150.

² Vgl. bspw. die Mauerschützen-Fälle zur Organisationsherrschaft BGHSt 40, 218 ff.

³ Vgl. den Sirius-Fall: BGHSt 32, 38 ff. oder den Katzenkönig-Fall: BGHSt 35, 347 ff.

⁴ BGBl. I 1969, S. 717. Aber auch vor der Reform war die Figur der mittelbaren Täterschaft in der Rechtspraxis bekannt (vgl. bspw. RGSt 1, 146 ff.) und wurde auch in der Strafrechtswissenschaft diskutiert (vgl. bspw. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 103 m.w.N.).

⁵ BT-Drs. V/40/95, S. 12.

„Hiergegen spricht auch, daß in diesem Bereich verschiedene Fragen, namentlich die rechtliche Beurteilung des vollverantwortlichen Tatmittlers, noch der Klärung durch die Wissenschaft bedürfen und der Rechtsentwicklung insoweit nicht vorgegriffen werden sollte.“⁶

Die Forschung und Rechtsentwicklung hat seitdem große Fortschritte gemacht. In einigen Fallkonstellationen wird aber immer noch um die Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft gerungen.⁷ Mit einer der kontrovers diskutierten Fallgruppen – mittelbare Täterschaft durch die Benutzung von Kindern⁸ – hatte sich der 5. *Strafsenat* des BGH zu beschäftigen.

II. Sachverhalt

Die Schwägerin des Angeklagten floh aus Angst vor einem weiteren sexuellen Übergriff durch diesen am 4. April 2018 mit ihren Kindern in ein Frauenhaus. Wenige Tage später verließ ihr 11-jähriger Sohn T das Frauenhaus wieder, um für einen „vorher festgelegten Zeitraum von wenigen Wochen“ seinen Vater, den Bruder des Angeklagten, zu besuchen.

„Ende April 2018“ holte der Angeklagte den T, dessen Alter er kannte, mit dem Auto aus der väterlichen Wohnung ab und fuhr mit ihm in die Innenstadt. Dabei forderte er ihn auf, seine Mutter zu töten, wenn er in das Frauenhaus zurückkehrt. „Er solle abends, wenn die Mutter im Bett liege und schlafe, ein scharfes Messer aus der Küche holen und sie töten“, weil die Mutter „schlechte Sachen“ gemacht habe. Zur Illustration zeigte er T auf seinem Mobiltelefon ein Video, in dem ein Mann eine andere Person erstach. Weitere Vorgaben zur Tat machte er nicht. T sollte sie „eigenmächtig zu einer von ihm selbst bestimmten Zeit begehen.“ „Da T noch klein sei, könne dieser nicht bestraft werden, während er, der Angeklagte, eine große Strafe bekommen und ins Gefängnis kommen würde, wenn er das mache.“ Im Gegenzug versprach er T Süßigkeiten, die Rückgabe von weggenommenen Spielsachen und den Kauf eines Motorrades. Der Junge ging auf das ernst gemeinte Ansinnen des Angeklagten zum Schein ein, weil er befürchtete, andernfalls seine Mutter nicht wiedersehen zu dürfen. Der Angeklagte brachte T anschließend wieder in die väterliche Wohnung, ohne danach noch einmal Kontakt zu ihm aufzunehmen.

Die geplante Rückkehr von T zu seiner Mutter „nur wenige Tage nach dem Geschehen“ scheiterte, weil diese das Frauenhaus bereits am 13. April 2018 verlassen hatte und unbekanntes Aufenthaltsort war. Erst „um den 17.07.2018“ kehrte T wieder zu ihr zurück und offenbarte ihr sogleich das Ansinnen des Angeklagten.

III. Die Entscheidung

Das Landgericht Kiel hat den Angeklagten wegen versuchten Mordes in mittelbarer Täterschaft, gefährlicher Körperverletzung und vorsätzlicher Körperverletzung in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt. Im Übrigen hat es ihn freigesprochen und als Kompensation für eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung drei Monate der verhängten Freiheitsstrafe als vollstreckt erklärt. Der 5. *Strafsenat* des BGH hat den Schuldspruch dahin

⁶ BT-Drs. V/650, S. 149.

⁷ Vgl. bspw. die Übertragung des Gedankens der Organisationsherrschaft auf Sachverhalte im Zusammenhang mit Führungspersonen in Unternehmen (vgl. die Nachweise bei *Gropp/Sinn*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 108 mit Fn. 70) oder dem Irrtum des Tatmittlers über den konkreten Handlungssinn (vgl. *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 25 Rn. 117 ff.).

⁸ Vgl. *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 25 Rn. 134 f.

geändert, dass der Angeklagte im Fall 1 der Anklage der versuchten Anstiftung zum Mord schuldig ist.

IV. Würdigung

Mit der Entscheidung hat der Bundesgerichtshof *erstmalig* die Frage entschieden, „ob das Veranlassen einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat eines Strafunmündigen nur als mittelbare Täterschaft anzusehen ist oder auch als bloße Anstiftung zu bewerten sein kann.“⁹ Die Konsequenzen der Beantwortung der Frage sind erheblich und reichen von Straflosigkeit bis zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe. Das Landgericht Kiel hatte den Angeklagten zwar wegen eines versuchten Mordes in mittelbarer Täterschaft verurteilt. Dabei hatte es aber verkannt, dass der Angeklagte – wie auch der *Senat* ausführt – noch nicht zur Tat unmittelbar angesetzt hatte.¹⁰ „Unmittelbares Ansetzen (§ 22 StGB) erfordert, dass der Täter eine Handlung vornimmt, die nach dem Tatplan in ungestörtem Fortgang ohne Zwischenschritte unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmünden oder in einem unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehen soll; dies kann schon gegeben sein, bevor der Täter eine der Beschreibung des gesetzlichen Tatbestandes entsprechende Handlung vornimmt.“¹¹ In der Einflussnahme des Onkels auf den Neffen sah der *Senat* aber gerade keinen hinreichenden „unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang“ zwischen der Tatausführung des Neffen und der Einwirkungshandlung des Onkels. Denn dafür sei erforderlich, „dass der Täter seine Einwirkung auf den Tatmittler abgeschlossen hat und ihn in der Vorstellung entlässt, dieser werde die tatbestandsmäßige Handlung nunmehr in engem zeitlichen Zusammenhang vornehmen.“¹² Entscheidend sei also für die Abgrenzung, ob nach dem Tatplan die Handlungen des Onkels schon „einen derartigen Angriff auf das geschützte Rechtsgut enthalten, dass es bereits gefährdet ist und der Schaden sich unmittelbar anschließen kann, oder ob die Begründung einer solchen Gefahr dem noch ungewissen späteren Handeln des Tatmittlers überlassen bleibt.“¹³ Da der Onkel seinem Neffen die Wahl des Tatzeitpunktes überließ und dieser erst in einigen Tagen zu seiner Mutter zurückkehren und die Tat auch dann nicht notwendig sogleich begehen würde, war nun völlig ungewiss, wann es zur Tatbegehung kommen würde. Auf der Grundlage des vom Onkel vorgestellten Geschehensablaufs könne auch nicht von einer zum Zeitpunkt der Beendigung der Einwirkung auf den Neffen hinreichend konkretisierten Gefahr für das Rechtsgut ausgegangen werden, an die sich ein Schaden unmittelbar anschließen konnte.¹⁴

Mangels unmittelbaren Ansetzens des Onkels kam also ein Versuch nicht in Frage, was aber nur dann entscheidend wäre, wenn die Einflussnahme des Onkels auf den Neffen eine mittelbare Täterschaft begründen würde. Wäre das der Fall, dann bliebe der Onkel mangels (versuchter) Tat straffrei, weil die versuchte mittelbare Täterschaft – anders als die versuchte Anstiftung – nicht unter Strafe steht.¹⁵ Sollte es sich demgegenüber um einen Fall der Anstiftung handeln, so griffe – mangels aus-

⁹ BGH NStZ 2024, 150.

¹⁰ BGH NStZ 2024, 150 (152).

¹¹ BGH NStZ 2024, 150 (152) mit Verweis auf st. Rspr. vgl. BGH NStZ 2022, 409 (412); BGH NStZ 2014, 447 (448).

¹² BGH NStZ 2024, 150 (152).

¹³ BGH NStZ 2024, 150 (152) mit Verweis auf BGH NJW 2020, 559 (560); BGH NZWiSt 2014, 432 (436); BGHSt 43, 177 (179 f.).

¹⁴ BGH NStZ 2024, 150 (152).

¹⁵ *Engländer*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 30 Rn. 25 will dieser Konsequenz dadurch entgehen, dass er den Versuchsbeginn bei der mittelbaren Täterschaft anhand der „vorzugswürdigen Einzellösung“ bestimmen will, weil sich dadurch zeitliche Diskrepanzen vermeiden ließen.

geführter Haupttat durch den Neffen – § 30 Abs. 1 StGB mit seiner nach Satz 2 obligatorischen Strafmilderung ein. Der *Senat* hat letzteres bejaht.

In der Literatur wird dagegen zum Teil vertreten, dass der die Tat eines Strafunmündigen veranlassende Hintermann stets und ausschließlich als mittelbarer Täter anzusehen sei.¹⁶ Dafür spricht, dass die Überlegenheit des mittelbaren Täters gegenüber dem strafunmündigen Werkzeug *normativ* durch § 19 StGB erfasst wird. Das Machtgefälle zwischen den beiden Personen ist rechtlich festgeschrieben.¹⁷ Der die Strafbarkeit des Werkzeugs ausschließende Defekt beruht nicht mehr auf einem durch den Hintermann verursachten Freiheitsverlust, sondern er tritt kraft Gesetzes ein. Nach *Roxin*¹⁸ ist bei den Taten strafunmündiger Kinder „der *veranlassende* Hintermann in jedem Falle mittelbarer Täter.“¹⁹ Er begründet dies damit, dass „der Gesetzgeber hier deshalb von einer strafrechtlichen Sanktion absieht, weil Kinder stets und Jugendliche von Fall zu Fall nach ihrer sittlichen und geistigen Entwicklung nicht reif genug sind, ‚das Unrecht der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln‘ (§ 3 JGG).“ Es handele sich um einen „Fall der Willensherrschaft kraft sinnhafter Überdetermination; um eine Situation, bei der der Hintermann auf höherer Tatherrschaftsstufe steht als der Ausführende und den Vorgang in seinem sozial wertwidrigen Sinngehalt allein gestalten kann, weil der unmittelbar Handelnde dazu keinen Zugang hat und deshalb auch nicht seinen eigenen Willen dagegen setzen kann.“²⁰ Man muss *Roxin* wohl so verstehen, dass auch in den Fällen, in denen bei dem Kind kein Mangel an Einsichts- und Steuerungsfähigkeit festgestellt werden kann, die „höhere Tatherrschaftsstufe“ des Hintermanns *normativ* die mittelbare Täterschaft auslöst und nicht die faktische Willens- oder Irrtumsherrschaft. In dem Fall des Strafunmündigen handelt es sich also nach dieser Ansicht um eine „rechtliche Überlegenheit“²¹, wobei auch eine Einflussnahme auf den Strafunmündigen, die unterhalb der Schwelle des § 35 StGB liegen kann, genügt. Es muss also zumindest die Motivation zur Tat hervorgerufen werden. Die Überlegenheit ergibt sich dann *normativ* und unterscheidet die Anstiftung von der mittelbaren Täterschaft.

Andere Stimmen lehnen eine solche Normativierung und damit die Fiktion der Überlegenheit des Hintermanns und damit das Beruhen der Tatherrschaft auf rein *normativer* Wertung ab. Eine mittelbare Täterschaft soll nur dann vorliegen, wenn das Kind im Einzelfall tatsächlich ohne Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit handelte.²²

Der *Senat* folgt einer *faktisch-bewertenden* Betrachtung. Nach seiner Ansicht ist das Veranlassen der Tat eines Kindes nur dann als mittelbare Täterschaft anzusehen, wenn dem Veranlassenden die vom Täterwillen getragene objektive Tatherrschaft zukommt, er das Geschehen also in tatsächlicher Hinsicht steuernd in den Händen hält.²³ Dem ist zuzustimmen. § 19 StGB statuiert eine unwiderlegliche Vermutung,²⁴ die jeden Gegenbeweis ausschließt. Eine Prüfung der Einsichts- und Steuerungs-

¹⁶ Vgl. *Gropp/Sinn*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 130; *Schünemann/Greco*, in: *LK-StGB*, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 25 Rn. 134 f.; *Joecks/Scheinfeld*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 25 Rn. 110; *Murmann*, in: *SSW-StGB*, 6. Aufl. 2024, § 25 Rn. 18; *Heine/Weißer*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 25 Rn. 44; *Kudlich*, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.2.2024, § 25 Rn. 27.1; *Roxin*, in: *Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts*, Bd. 3, 2011, § 52 Rn. 157 ff.

¹⁷ *Gropp/Sinn*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 130.

¹⁸ Dem folgend *Schünemann/Greco*, in: *LK-StGB*, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 25 Rn. 134.

¹⁹ *Roxin*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 5. Aufl. 1990, S. 239.

²⁰ *Roxin*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 5. Aufl. 1990, S. 239.

²¹ *Jescheck/Weigend*, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, S. 668.

²² *Haas*, in: *Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2020, § 25 Rn. 34; *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, 21/96; *Bockelmann/Volk*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. 1987, S. 194 f.; *Welzel*, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. 1969, S. 103; *Joecks*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 25 Rn. 104.

²³ BGH NStZ 2024, 150 (151).

²⁴ BT-Drs. IV/650, S. 137.

fähigkeit findet nicht statt, auch wenn das Kind im konkreten Fall die dafür erforderliche Reife möglicherweise schon erreicht hat.²⁵ Die Norm individualisiert nicht, sie generalisiert.²⁶ Das dient auch dem Zweck, aufwendige Begutachtungen zur Unrechtseinsicht und Handlungssteuerung bei unter 14-Jährigen zu vermeiden.²⁷ Hinzukommen erzieherische Gründe, da strafrechtliche Sanktionen die Entwicklung von Kindern eher negativ beeinflussen würden.²⁸ Die Strafmündigkeitsvorschrift ist das Ergebnis eines Konsenses in der Gesellschaft, Kinder im Bereich des Strafrechts anders zu behandeln als Erwachsene, sie zu privilegieren, weil sie nicht gleich und damit nicht „vollwertige Rechtsgenossen“²⁹ sind. Geregelt ist mit § 19 StGB also das Verhältnis von Kind zu den strafrechtlichen Normen. Normen haben Kindern gegenüber zwar eine Appellfunktion, eine normbezogene Pflichtenstellung haben Kinder aber noch nicht.³⁰ Deshalb überzeugt es auch nicht, wenn aus dieser Wertung nun der Schluss gezogen wird, dass jede „Veranlassung“ eines Kindes ein Fall der mittelbaren Täterschaft sein soll. Denn es fehlt eine Erklärung dafür, weshalb das in § 19 StGB geregelte Verhältnis des Kindes zu den strafrechtlichen Normen auch ein Verhältnis zum „veranlassenden“ Hintermann begründen soll. „Durch einen anderen“ die Tat zu begehen, bedeutet, zu dem Werkzeug ein Machtverhältnis zu begründen, das dem Hintermann Tatherrschaft einräumt. Diesen Weg geht auch der *Senat*. Es komme nämlich darauf an, „inwieweit der Strafunmündige nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung reif genug ist, das Unrecht der ihm angetragenen Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Ein dahingehendes Defizit begründet regelmäßige Steuerungsmacht und damit Tatherrschaft des Bestimmenden. Das Bestehen eines solchen Defizits mag zwar durch das kindliche Alter indiziert sein. Im Einzelfall ist allerdings, etwa aufgrund der Reife des Kindes, der Modalitäten seiner Beeinflussung oder der Offenkundigkeit des Tatunrechts, eine andere Bewertung möglich.“³¹ Hinzukommen systematische Erwägungen, denn wenn jedes „Veranlassen“ eine mittelbare Täterschaft begründen würde, so bliebe für die Teilnahme kein Anwendungsraum mehr.³² Dass dies nicht der Gesetzessystematik entspricht, die auch bei Strafunmündigen aufgrund der limitierten Akzessorität grundsätzlich eine Teilnahme strafbarkeit vorsieht,³³ ist offensichtlich. Auch sprechen historische Gründe nicht für die Normativierung der Tatherrschaft.³⁴

Wenn also auch bei der Veranlassung einer strafunmündigen Person die Tat „durch“ diese begangen werden muss, um von mittelbarer Täterschaft sprechen zu können, so stellt sich die Frage, welche Qualität die Einflussnahme haben muss, um von Steuerungsmacht über das Geschehen auszugehen. Der *Senat* stellt auf altersbedingte Reifedefizite ab, die bei dem Kind nicht feststellbar gewesen seien. Außerdem wird die Irrtumsherrschaft angesprochen, die aber ebenfalls nicht feststellbar sei. Denn der Onkel habe nicht versucht, dem Neffen das Unrecht der Tat zu verschleiern. Vielmehr habe er das Unrecht seines Ansinnens offengelegt, indem er erklärte, dass er selbst – würde er die Tat begehen – ins Gefängnis käme.³⁵ Auch sei ein sonst steuernder Einfluss auf das weitere Geschehen nicht erkennbar. Damit rückt der *Senat* die klassische Dogmatik zur Willens- und Wissensherr-

²⁵ Vgl. Verrel/Linke/Koranyi, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 19 Rn. 1.

²⁶ Streng, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 19 Rn. 1.

²⁷ Streng, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 19 Rn. 1.

²⁸ Streng, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 19 Rn. 1.

²⁹ Streng, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 19 Rn. 1.

³⁰ Streng, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 19 Rn. 1.

³¹ BGH NStZ 2024, 150 (151).

³² So auch der *Senat* BGH NStZ 2024, 150 (151).

³³ So auch der *Senat* BGH NStZ 2024, 150 (151).

³⁴ So auch der *Senat* BGH NStZ 2024, 150 (151); krit. demgegenüber Franzke, JZ 2024, 204 ff.

³⁵ So auch der *Senat* BGH NStZ 2024, 150 (152).

schaft ins Zentrum, ohne das es neuer Kriterien zur Feststellung der Tatherrschaft bedarf. Mangels tatsächlicher Steuerungsmacht des Onkels über den Neffen war eine mittelbare Täterschaft abzulehnen und der Weg frei für die Schuldspruchänderung, wonach der Onkel wegen einer versuchten Anstiftung zum Mord schuldig ist.

V. Zusammenfassung

Die Entscheidung des *Senats* bekennt sich klar und eindeutig zu einer Tatherrschaftskonzeption, in deren Zentrum die tatsächliche Steuerungsmacht einer Person steht. Diese Steuerungsmacht wird bei strafunmündigen Kindern nicht normativ auf der Grundlage von § 19 StGB bestimmt, sondern faktisch-bewertend über die bekannten Kriterien der Willens- und Wissensherrschaft. In diesem Fall konnte der *Senat* keine Steuerungsmacht feststellen, weshalb eine Tat, die der Onkel „durch“ seinen Neffen begangen haben könnte, bereits deshalb ausgeschlossen war. Hätte der *Senat* jedoch aus den Feststellungen des Landgerichts auf eine Beherrschung des Neffen und damit auf eine Steuerungsmacht des Onkels über das Geschehen schließen können, so wäre die mittelbare Täterschaft einschlägig gewesen. Für eine Strafbarkeit käme es dann darauf an, ob der Onkel bereits zur Tat unmittelbar angesetzt hatte. Denn erst mit dem unmittelbaren Ansetzen existiert eine Tat und auch erst dann kann Tatherrschaft über das (Versuchs-) Geschehen vorliegen. Im Vergleich zu § 30 Abs. 1 StGB ergibt sich daraus die interessante Konsequenz, dass die Strafbarkeit bei der versuchten Anstiftung früher beginnt (bei Aufnahme der Kommunikation), als bei der mittelbaren Täterschaft (beim unmittelbaren Ansetzen),³⁶ denn das Gesetz kennt nur die Strafbarkeit eines Versuchs in mittelbarer Täterschaft und nicht die versuchte mittelbare Täterschaft.

³⁶ Vgl. dazu die a.A. von *Engländer*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 30 Rn. 25. Damit lässt sich das Problem nicht lösen, weil das *unmittelbare* Ansetzen per definitionem eine konkretere Gefährdung (Unmittelbarkeit, räumlich-zeitlicher Zusammenhang usw.) des Angriffsobjekts beschreibt als die abstrakt gefährliche Kommunikation, die § 30 Abs. 1 StGB im Blick hat.

Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 15.8.2023 – 4 StR 514/22 (LG Arnsberg)¹

Niedrige Beweggründe bei sogenannten Trennungstötungen, Pkw als gefährliches Werkzeug und schwere Gesundheitsschädigung eines anderen Menschen

1. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB setzt eine körperliche Misshandlung durch ein von außen unmittelbar auf den Körper einwirkendes gefährliches Tatmittel voraus. Wird ein Kraftfahrzeug als Werkzeug eingesetzt, muss die Verletzung bereits durch den Anstoß selbst ausgelöst und auf einen Kontakt zwischen Körper und Fahrzeug zurückzuführen sein.
2. § 315 Abs. 3 Nr. 2 StGB ist nicht verwirklicht, wenn die Feststellungen ergeben, dass bereits fünf Monate nach der Tat ganz erhebliche Behandlungsfortschritte erzielt wurden, die es erlauben, dass das Tatopfer seinen Beruf in der ambulanten Pflege ausüben konnte.

(Leitsätze der Verf.)

StGB §§ 211, 224, 315, 315b

Wiss. Mitarbeiterin Charlotte Kallien, Hamburg*

I. Sachverhalt²

Der Angeklagte lebte von seiner Ehefrau E und dem gemeinsamen, zum Tatzeitpunkt sechs Jahre alten Sohn T seit zwei Jahren getrennt. Grund der Trennung waren die unbegründete Eifersucht und der übermäßige Alkoholkonsum auf Seiten des Angeklagten. Auch nach der Trennung verhielt sich der Angeklagte aggressiv und aufbrausend gegenüber E. Vor der Tat kam es mehrfach zu Bedrohungen und massiven Beleidigungen. Fünf Tage vor dem Tattag drohte der Angeklagte damit, E und T zu töten.

Am Tattag beobachtete der Angeklagte die im Pkw sitzenden E und T vor der Tanzschule, bei welcher T Unterricht nahm. Neben E und T befand sich außerdem der neue Partner der E, der P, im Auto. Der Angeklagte, der keine Kenntnis von der neuen Beziehung der E hatte, verspürte Eifersucht und wurde wütend.

Gegen 17 Uhr machten sich alle drei Insassen (E als Fahrerin, P als Beifahrer und T im Kindersitz hinten rechts auf der Rückbank) auf den Heimweg. Der Angeklagte entschloss sich, das von E gefahrene Auto abzupassieren und ihr auf der Bundesstraße entgegenzufahren.

Seinem Plan entsprechend nahm der Angeklagte in einer aus seiner Sicht langgezogenen Linkskurve das auf der Gegenfahrbahn entgegenkommende Fahrzeug der E wahr. Unmittelbar nach dem

* Die Verf. ist Wiss. Mitarbeiterin an der Professur für Rechtsphilosophie und Strafrecht (Prof. Dr. Jochen Bung) sowie an der Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich ihrer internationalen und historischen Bezüge der Universität Hamburg (Prof. Dr. Dr. Milan Kuhl).

¹ Der Beschluss ist abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=6154&nr=134755&pos=9&anz=1101>.

² Die Darstellung des Sachverhalts beruht auf LG Arnsberg, Urt. v. 2.9.2022 – 4 Ks-411 Js 193/22 -28/22, Rn. 1 ff. (juris) sowie BGH, Beschl. v. 15.8.2023 – 4 StR 514/22, Rn. 1 ff (juris).

Erkennen des Fahrzeuges, fasste er den spontanen Entschluss, die Insassen durch Herbeiführung einer schweren Kollision zu töten. Dabei dachte er sich, wenn nicht er, dann solle auch kein anderer „seine“ Ehefrau und „seinen“ Sohn „haben“. Infolgedessen zog er sein Fahrzeug mit ca. 100 km/h kurz vor dem Vorbeifahren des Fahrzeuges der E auf die Gegenfahrbahn. Dabei bezweckte er, E keine Ausweichmöglichkeiten zu lassen. E versuchte, mit ihrem Pkw durch Einlenken nach rechts auszuweichen. Bei ihrer Geschwindigkeit von 80 km/h war ein vollständiges Ausweichen jedoch nicht möglich. Etwa in der Mitte der Fahrspur kam es zur Kollision im Bereich der linken Front der beiden Fahrzeuge. Das von E gesteuerte Fahrzeug kam in einer Böschung zum Stehen.

Der Angeklagte stieg derweil aus seinem Fahrzeug aus und beobachtete das Geschehen, ohne dabei Rettungsmaßnahmen zu ergreifen. E wurde durch die Kollision in der Fahrgastzelle eingeklemmt. Aufgrund der Deformierung der Karosserieteile konnte sich E nicht befreien. Hingegen konnte P erst sich und sodann T aus dem Pkw retten.

P erlitt Prellungen sowie ein Hämatom im Bereich der Rippen. Er musste eine Nacht im Krankenhaus verbringen und war einen Monat krankgeschrieben. T hatte Schmerzen, blieb jedoch unverletzt. E erlitt ein Schädel-Hirn-Trauma ersten Grades, verschiedene Frakturen, eine Lungenquetschung und einen Pneumothorax links. Sie war 15 Tage stationär im Krankenhaus untergebracht und musste mehrfach operiert werden. Im Anschluss war sie acht Wochen auf einen Rollstuhl angewiesen. Fünf Monate nach der Tat befand sie sich noch in physiotherapeutischer Behandlung, konnte ihren Beruf als ambulante Pflegerin aber wieder aufnehmen.

II. Verfahrensgang und Entscheidung

Am 2.9.2022 verurteilte das Landgericht Arnsberg den Angeklagten wegen versuchten Mordes in drei tateinheitlichen (§ 52 StGB) Fällen (§§ 211 Abs. 1, Abs. 2 Var. 4, 5, 212 Abs. 1, 22, 23 StGB) in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB) in drei tateinheitlichen Fällen in Tateinheit mit einem gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr (§§ 315b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3, 315 Abs. 3 Nr. 1a, Nr. 2 StGB) zu einer Freiheitsstrafe von 14 Jahren. Daneben entzog das Landgericht dem Angeklagten die Fahrerlaubnis, zog den Führerschein ein und wies die Verwaltungsbehörde an, keine neue Fahrerlaubnis zu erteilen, da die Sperre „für immer“ angeordnet wurde (§§ 69, 69a StGB). Der Angeklagte wehrte sich hiergegen mit dem Rechtsmittel der Revision (Sachrüge). Am 15.8.2023 hob der Bundesgerichtshof das Urteil im Straf- und im Maßregelausspruch hinsichtlich der lebenslangen Dauer der Sperrfrist (§ 69a Abs. 1 S. 2 StGB) auf – letzteres mit der Begründung, das Landgericht habe die Dauer und Wirkung eines langjährigen Strafvollzuges nicht in Betracht gezogen. Zudem lehnte der Bundesgerichtshof sowohl in zwei Fällen die Annahme von § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB als auch von § 315 Abs. 3 Nr. 2 StGB ab. Zusätzlich bejahte er den Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB.

III. Problemschwerpunkte

Die Entscheidungen widmen sich klassischen juristischen Problemen, die bei vorsätzlicher Schädigung im fließenden Straßenverkehr durch ein Kfz auftreten. Gleichzeitig geben sie Anlass, aktuelle Entwicklungen im Bereich von sogenannten Trennungstötungen³ zu thematisieren.

³ Zum Begriff der Trennungstötung siehe insbesondere *H. Schneider*, ZRP 2021, 183.

1. Sonst aus niedrigen Beweggründen, § 211 Abs. 2 Var. 4 StGB

Bei der Annahme einer versuchten Tötung sonst aus niedrigen Beweggründen stimmen das Landgericht Arnsberg und der Bundesgerichtshof überein. Diesbezüglich beruft sich das Landgericht auf die gängige Dogmatik zur Motivgeneralklausel⁴:

„Beweggründe sind niedrig im Sinne von § 211 Abs. 2 StGB, wenn sie nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und daher besonders, d. h. in deutlich weitreichenderem Maße als bei einem Totschlag, verachtenswert sind. Die Beurteilung erfordert eine Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren, insbesondere der Umstände der Tat, der Lebensverhältnisse des Täters und seiner Persönlichkeit. Gefühlsregungen wie Zorn, Wut, Enttäuschung oder Verärgerung können niedrige Beweggründe sein, wenn sie ihrerseits auf niedrigen Beweggründen beruhen, also nicht menschlich verständlich, sondern Ausdruck einer niedrigen Gesinnung des Täters sind. Entbehrt hingegen das Motiv ungeachtet der Verwerflichkeit, die jeder vorsätzlichen und rechtswidrigen Tötung innewohnt, nicht jeglichen nachvollziehbaren Grundes, so ist es nicht als ‚niedrig‘ zu qualifizieren [...]. In subjektiver Hinsicht muss hinzukommen, dass der Täter die Umstände, die die Niedrigkeit seiner Beweggründe ausmachen, in ihrer Bedeutung für die Tatausführung ins Bewusstsein aufgenommen hat und, soweit gefühlsmäßige oder triebhafte Regungen in Betracht kommen, diese gedanklich beherrschen und willensmäßig steuern kann.“⁵

Auf den konkreten Sachverhalt bezogen, trifft das Landgericht folgende Feststellungen:

„Nach diesen Maßstäben handelt es sich bei der vom Angeklagten gewollten Tötung seiner Ehefrau, des gemeinsamen Kindes und des mutmaßlichen neuen Intimpartners um eine Tötung aus niederem Beweggrund. Der Angeklagte wollte, dass wenn nicht er, dann auch kein anderer seine Ehefrau und sein Kind ‚haben‘ sollten. Aus dieser niederen Gesinnung heraus speiste sich seine Eifersucht und seine Kränkung, die für sein Handeln leitend waren. Zwar kann der Umstand, dass eine Trennung vom Tatopfer ausgegangen ist, als gegen die Niedrigkeit des Beweggrundes sprechender Umstand beurteilt werden [...]; in solchen Fällen können tatauslösend und tatbestimmend auch Gefühle der Verzweiflung und der inneren Ausweglosigkeit sein, die eine Bewertung als ‚niedrig‘ fraglich erscheinen lassen können. Das ist hier aber schon im Ausgangspunkt nicht der Fall. Vielmehr ging die Trennung vom grundlos eifersüchtigen Angeklagten aus. Zudem verhielt er sich während der gesamten Trennungsphase äußerst feindlich gegenüber seiner Ehefrau, beleidigte sie auf das schärfste, drohte mehrfach damit, sie umzubringen. All dies ging von seiner Seite aus, die [...E] hat in keiner Weise eigenverantwortlich zur Verursachung des Konflikts beigetragen. Es handelt sich um ein krass eigensüchtiges Verhalten des Angeklagten.“⁶

In Ansehung der Tatsache, dass die Trennungsentscheidung durch den Täter erfolgt ist, stellt sich die rechtliche Positionierung des Landgerichts als Obiter Dictum dar. Aufgrund aktueller Entwicklungen rund um die strafrechtliche Behandlung von sogenannten Trennungstötungen – und der damit

⁴ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 211 Rn. 14 ff. m.w.N.

⁵ LG Arnsberg, Urt. v. 2.9.2022 – 4 Ks-411 Js 193/22-28/22, Rn. 142 (juris).

⁶ LG Arnsberg, Urt. v. 2.9.2022 – 4 Ks-411 Js 193/22-28/22, Rn. 142 (juris).

zugleich gegebenen Relevanz für die rechtswissenschaftliche Ausbildung – nimmt der Beitrag das Obiter Dictum zum Anlass, die Problematik zu skizzieren:

Das Landgericht Arnberg gibt die (bis dahin) ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Tötung des Intimpartners wieder, nach welcher die Trennungsentscheidung durch das Opfer als ein gegen die Niedrigkeit sprechendes Indiz einzuordnen ist.⁷ In den letzten Jahren wurde diese Argumentationsstruktur immer häufiger kritisiert. Dies wurde mit einer dadurch entstehenden Privilegierung „misogynen Denkmuster und patriarchaler Besitz- und Herrschaftsansprüche“ begründet.⁸ Am 6.12.2022⁹ bezog der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs erstmalig eindeutig Stellung gegen die Einbeziehung des Umstandes, dass die Trennungsentscheidung vom Opfer ausging:

„Der Umstand, dass die Trennung vom Tatopfer ausgegangen ist, stellt für sich gesehen kein gegen die Annahme niedriger Beweggründe sprechendes Indiz dar. Mit dem Menschenbild des Grundgesetzes und den Werten des durchweg auf Selbstbestimmung, Gleichberechtigung und gegenseitige persönliche Achtung angelegten deutschen Rechts [...] ist es aus Sicht des Senats unvereinbar, der legitimen Inanspruchnahme des Rechts auf ein selbstbestimmtes Leben eine derartige Relevanz für die sozial-ethische Bewertung des Tötungsmotivs zuzusprechen.“¹⁰

Diese Judikatur wird von verschiedenen Stimmen hoffnungsvoll als „Kurswechsel“ für die Rechtsprechungspraxis angepriesen.¹¹ In seiner Entscheidung vom 15.8.2023 kommentierte der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs diesen rechtlichen Aspekt nicht. Dies kann jedoch keineswegs als eine Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung gedeutet werden. Erst recht gilt dies vor dem Hintergrund, dass die Äußerung des Landgericht Arnberg bekanntlich als Obiter Dictum anzusehen ist.

Generell ist die zuvor aufgezeigte Rechtsprechung des 5. Strafsenats zu befürworten. Bei der moralisch – ethischen Bewertung eines Tötungsmotivs darf die Entscheidung, ein getrenntes Leben vom Intimpartner führen zu wollen, keine Indizwirkung gegen die Annahme des § 211 Abs. 2 Var. 4 StGB haben. Diesem Trennungswillen Relevanz zuzusprechen, würde dem Grundsatz der Selbstbestimmung und damit der verfassungsrechtlichen Vorstellung, wie ein Mensch sein Leben gestalten darf, widersprechen (vgl. Art. 2 Abs. 1 GG). Eine solche Entscheidung ist im engsten Sinne Ausdruck einer autonomen Lebensführung.

⁷ St. Rspr., vgl. BGH, Urt. v. 7.5.2019 – 1 StR 150/19, Rn. 8 (juris); BGH, Urt. v. 21.2.2018 – 1 StR 351/17, Rn. 10 (juris) m.w.N.; Anzumerken ist, dass das hier zugrundeliegende Urteil des LG Arnberg zeitlich vor dem BGH, Beschl. v. 6.12.2022 – 5 StR 479/22, Rn. 1 ff. (juris) ergangen ist.

⁸ Insbesondere DjB e.V., Stellungnahme 21-04, S. 5, abrufbar unter <https://www.djb.de/presse/stellungnahme/detail/st21-04> (21.5.2024); Drees, NStZ 2020, 215 (217); Lembke, Schriftliche Stellungnahme v. 27.2.2021, S. 10, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/825404/7fae4ea94396d41013e650348a8fe7af/19-13-121f.pdf> (21.5.2024); H. Schneider, ZRP 2021, 183 (185) spricht sogar von „atavistischer Kadijustiz“; U. Schneider, in: Bartsch u.a., Gender & Crime, S. 11 (19 f.); Schuchmann/Steinl, KJ 2021, 312 ff.

⁹ BGH, Beschl. v. 6.12.2022 – 5 StR 479/22, Rn. 1 ff. (juris).

¹⁰ BGH, Beschl. v. 6.12.2022 – 5 StR 479/22, Rn. 5 (juris).

¹¹ Montenegro, JZ 2023, 549 (556); Steinl/Streuer, bpb v. 2.2.2023, abrufbar unter <https://www.bpb.de/themen/gender-diversitaet/femizide-und-gewalt-gegen-frauen/517633/femizide-rechtlicher-rahmen-und-strafverfolgung/> (21.5.2024); die Entscheidung begrüßend auch Bode, StRR (5) 2023, 31 (32); Çelebi, NK 2023, 136 (143); Rebmann bezeichnet den Beschluss als „ein[en] juristische[n] Paukenschlag“, Deutsches Institut für Menschenrechte, abrufbar unter <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/menschenrechts-schutz/datenbanken/rechtsprechungsdatenbank-ius-gender-gewalt/detail/trennungstoetungen-als-mord-nun-auch-in-der-rechtsprechung> (21.5.2024).

Aus diesem Grund spricht auch in der Klausur viel dafür, der neuen Rechtsprechung zu folgen und damit die Entscheidung des Opfers, sich vom Intimpartner zu trennen, keineswegs als Indiz gegen die Annahme niedriger Beweggründe anzuführen.¹²

2. Mittels eines anderen gefährlichen Werkzeugs, § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB

In Bezug auf den Einsatz des Pkws bejaht das Landgericht, ohne nähere Ausführungen, eine Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs in drei tateinheitlichen Fällen.¹³ Der Bundesgerichtshof beanstandet dies und führt im selben Zuge an, dass „nach der ständigen Rechtsprechung des Senats erforderlich [ist], dass die körperliche Misshandlung durch ein von außen unmittelbar auf den Körper einwirkendes gefährliches Tatmittel erfolgt. Wird ein Kraftfahrzeug als Werkzeug eingesetzt, muss die Verletzung bereits durch den Anstoß selbst ausgelöst und auf einen Kontakt zwischen Körper und Fahrzeug zurückzuführen sein [...].“¹⁴ Diese Feststellungen habe das Landgericht hinsichtlich der Ehefrau getroffen, indem den Urteilsgründen noch hinreichend zu entnehmen sei, dass ihre Verletzungen durch die infolge der Kollision bewirkten Verformung der Fahrgastzelle verursacht worden seien,¹⁵ jedoch nicht in Bezug auf T und P.¹⁶

Die vorgenommene Differenzierung zwischen den geschädigten Insassen überzeugt nicht, denn das Landgericht führt in Bezug auf P aus:

„Er erlitt durch die Kollision eine Prellung der Brust- und Lendenwirbelsäule sowie ein muskuläres Hämatom im Bereich der 12. Rippe links.“¹⁷

Hinsichtlich des Sohnes heißt es, dass dieser „durch die Sicherheitsgurte und die belastenden Fliehkräfte bei der Kollision Schmerzen“¹⁸ erlitt. Folglich nimmt der Bundesgerichtshof einen unmittelbaren Kontakt zwischen Körper und Fahrzeug an, soweit die Verletzungen durch die Verformung der Fahrgastzelle des Fahrzeuges, in welchem sich die Insassen befinden, entstehen. Er verneint einen solchen jedoch, wenn die Verletzungen durch die Sicherheitsgurte des Fahrzeuges und aufgrund der belastenden Fliehkräfte evoziert werden.

¹² Ob in diesem Zusammenhang die Ergänzung des § 46 Abs. 2 S. 2 StGB um das Wort „geschlechtsspezifisch“ (am 1.10.2023 in Kraft getreten) die angestrebten Wirkungen, nämlich die Annahme der niedrigen Beweggründe, auf die Rechtsprechungspraxis haben wird (siehe hierzu BT-Drs. 20/5913, S. 65 f.), bleibt abzuwarten. Die Verf. untersucht im Rahmen ihres Dissertationsprojekts die rechtsmethodologischen Auswirkungen der Einfügung des Wortes „geschlechtsspezifisch“ in § 46 Abs. 2 S. 2 StGB auf Konstellationen sogenannter Trennungstötungen.

¹³ LG Arnsberg, Urt. v. 2.9.2022 – 4 Ks-411 Js 193/22-28/22, Rn. 148 (juris).

¹⁴ BGH, Beschl. v. 15.8.2023 – 4 StR 514/22, Rn. 17 (juris).

¹⁵ In diesem Zuge wird auf BGH, Beschl. v. 21.11.2017 – 4 StR 488/17 verwiesen. Dort heißt es in einem ähnlich gelagerten Fall: „Erst infolge eines anschließenden Sturzes oder einer Ausweichbewegung erlittene Verletzungen sind dagegen nicht auf den unmittelbaren Kontakt zwischen Fahrzeug und Körper zurückzuführen [...]. So liegt es hier aber nicht: Die Verletzungen der Nebenklägerin wurden durch die ‚Einengung der Fahrgastzelle‘ in dem von ihr gelenkten und mit etwa 72 km/h dem Angeklagten entgegenkommenden Pkw verursacht. Dies beruhte unmittelbar auf der vom Angeklagten vorsätzlich herbeigeführten Kollision mit seinem mit etwa 99 km/h entgegenkommenden Kraftfahrzeug.“

¹⁶ BGH, Beschl. v. 15.8.2023 – 4 StR 514/22, Rn. 17 (juris).

¹⁷ LG Arnsberg, Urt. v. 2.9.2022 – 4 Ks-411 Js 193/22-28/22, Rn. 80 (juris).

¹⁸ LG Arnsberg, Urt. v. 2.9.2022 – 4 Ks-411 Js 193/22-28/22, Rn. 81 (juris).

Diese schwer nachvollziehbare Unterscheidung wäre hinfällig, würde man das Wort „mittels“ im Anschluss an Teile der Literatur¹⁹ extensiv auslegen: „Mittels“ sei gerade nicht als Synonym für eine „unmittelbare“ Wirkung, sondern als gleichbedeutend mit „durch“ oder „mit dessen Hilfe“, anzusehen. Es stelle auch keinen systematischen Widerspruch dar, § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB („mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs“) weiter zu verstehen als § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB („durch Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen“), wo eine unmittelbare Wirkung des Stoffes auf den Körper erforderlich ist. Argumentiert wird mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift.

Der Bundesgerichtshof verenge in nicht überzeugender Weise den Anwendungsbereich von § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB, obwohl die geforderte Gefährlichkeit des Werkzeuggebrauches gegeben sei. Es dürfe keinen Unterschied machen, ob die Gefährlichkeit sich unmittelbar aus der Einwirkung des Werkzeuges ergebe oder ob das Werkzeug das Opfer mit Bewegungsenergie versehe, welche wiederum für das Opfer gefährlich sei.²⁰ Abzustellen sei allein auf die Kausalität und objektive Zurechnung zwischen Körperverletzungserfolg und dem Werkzeuggebrauch.²¹

Auch in Anbetracht des zugrundeliegenden Falles sprechen erhebliche Argumente für die Annahme einer extensiven Auslegung von „mittels“. Durch die Kollision der Pkws verwirklicht der Angeklagte den Unrechtsgehalt des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB sowohl durch die Deformierung der Karosserie und der dadurch entstandenen Verletzungen als auch durch die entstehenden Fliehkräfte und erhöhte Verletzungsgefahr durch die Sicherheitsgurte. In beiden Konstellationen ist die spezifische Gefährlichkeit des Werkzeugeinsatzes gegeben.

3. Einen ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff vornehmen, § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB

Daneben stellt das Lenken des Fahrzeuges auf die Gegenseite zum Zwecke der frontalen Kollision mit dem Fahrzeug der E eine verkehrstypische „Pervertierung“ eines Verkehrsvorgangs zu einem gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr dar. Zur Systematik: § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a–g StGB pönalisiert einen abschließenden Katalog fehlerhafter Verhaltensweisen durch den Fahrzeugführer innerhalb des fließenden Straßenverkehrs, wobei dieser „grob verkehrswidrig und rücksichtslos“ gehandelt haben muss. Hingegen erfasst § 315b StGB grundsätzlich nur Eingriffe in den Straßenverkehr von außen oder sogenannte verkehrsfremde Inneneingriffe von Fahrzeugführern, bei denen das Auto als Waffe verwendet wird. Insoweit führt das Landgericht nachvollziehbar aus:

„Im fließenden Verkehr stellt ein Verkehrsvorgang dann einen Eingriff in den Straßenverkehr i. S. von § 315b Abs. 1 Nr. 2 StGB dar, wenn zu dem bewusst zweckwidrigen Einsatz eines Fahrzeugs in verkehrsfreundlicher Einstellung hinzukommt, dass es mit (mindestens bedingtem) Schädigungsvorsatz – etwa als Waffe oder Schadenswerkzeug – missbraucht wird. Erst dann liegt eine – über den Tatbe-

¹⁹ Böse, ZJS 2017, 110 (111 f.); Eckstein, NStZ 2008, 125 (127 ff.); Eschelbach, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2024, § 224 Rn. 33; Hardtung, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 29 ff.; Stam, NStZ 2016, 713 ff.

²⁰ Hardtung, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 24 mit folgendem überzeugendem Beispiel: „Ebenso, wenn der Täter das Opfer mit einem Auto erfasst und durch die Luft schleudert: Die Gefährlichkeiten des als Werkzeug eingesetzten Autos liegen in der Aufprallenergie des harten Autos auf das Opfer und aber ebenso in der Aufprallenergie des Opfers auf der harten Straße (eine harte Straße als solche stellt keine Gefahr dar, weltweit geraten täglich Milliarden von Menschen Schritt für Schritt gefahrlos in Kontakt mit harten Straßen). Anders liegt es erst dann, wenn nicht der Aufprall auf der Straße gefährlich ist, sondern der Aufenthalt auf der Straße (weil gerade ein anderes Auto kommt).“

²¹ Böse, ZJS 2017, 110 (113 f.); Hardtung, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 30.

stand des § 315c StGB hinausgehende – verkehrstypische „Pervertierung“ des Verkehrsvorgangs zu einem gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr i. S. des § 315b Abs. 1 StGB vor.“²²

4. Durch die Tat eine schwere Gesundheitsschädigung eines anderen Menschen verursacht, § 315 Abs. 3 Nr. 2 Var. 1 StGB

Neben der Erfüllung der Qualifikation § 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. a StGB („in der Absicht handelt, einen Unglücksfall herbeizuführen“) sieht das Landgericht hinsichtlich der E auch die Erfolgsqualifikation des § 315 Abs. 3 Nr. 2 Var. 1 StGB („durch die Tat eine schwere Gesundheitsschädigung eines anderen Menschen verursacht“) als gegeben an und argumentiert wie folgt:

„Die [...]E erlitt schwere Verletzungen, es bestand bei ihr potenzielle Lebensgefahr, sie musste intensivmedizinisch behandelt und drei Mal operiert werden. Diese Folgen sind auch gerade eine Verwirklichung der unfalltypischen Gefahren des Straßenverkehrs. Dem Angeklagten waren diese Zusammenhänge bewusst.“²³

Dem widerspricht der Bundesgerichtshof zu Recht:

„§ 315 Abs. 3 Nr. 2 StGB ist u. a. dann erfüllt, wenn der Täter durch die Tat eine schwere Gesundheitsschädigung eines anderen Menschen verursacht. Unter einer schweren Gesundheitsschädigung sind Beeinträchtigungen zu verstehen, die den in § 226 Abs. 1 StGB bezeichneten schweren Folgen in Dauer und Schweregrad gleichkommen [...]. Die in § 226 Abs. 1 StGB bezeichneten schweren Folgen müssen von längerer Dauer sein [...], wobei dies nicht mit Unheilbarkeit gleichzusetzen ist [...]. Es genügt, wenn die Behebung bzw. nachhaltige Verbesserung des – länger währenden – Krankheitszustands nicht abgesehen werden kann.“²⁴

Für die Annahme der Erfolgsqualifikation des § 315 Abs. 3 Nr. 2 Var. 1 StGB stellt der Bundesgerichtshof somit nicht allein auf die potenzielle Lebensgefahr oder die intensivmedizinische Behandlung der E ab. Vielmehr verlangt er für eine Vergleichbarkeit mit § 226 Abs. 1 StGB eine Dauerhaftigkeit der Folgen. Allgemein fallen hierunter beispielsweise eine langwierige oder qualvolle Krankheit oder die erhebliche Beeinträchtigung der Arbeitskraft für lange Zeit.²⁵

Unter Berücksichtigung eines solchen Maßstabs nimmt der Bundesgerichtshof die Behandlungsfortschritte der E sowie die hierfür erforderliche Regenerationszeit in den Blick: Auch wenn sie acht Wochen auf einen Rollstuhl angewiesen und zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung noch in physiotherapeutischer Behandlung war, konnten dennoch erhebliche Behandlungserfolge erzielt werden. Fünf Monate nach der Tat war sie schließlich wieder in der Lage, ihrem Beruf in der ambulanten Pflege nachzugehen. Damit sei die für § 315 Abs. 3 Nr. 2 Var. 1 StGB maßgebliche Erheblichkeitsschwelle der in § 226 Abs. 1 StGB bezeichneten schweren Folgen nicht überschritten worden.²⁶

²² LG Arnsberg, Urt. v. 2.9.2022 – 4 Ks-411 Js 193/22-28/22, Rn. 149 (juris).

²³ LG Arnsberg, Urt. v. 2.9.2022 – 4 Ks-411 Js 193/22-28/22, Rn. 149 (juris).

²⁴ BGH, Beschl. v. 15.8.2023 – 4 StR 514/22, Rn. 16 (juris).

²⁵ Vgl. hierzu BT-Drs. 13/8587, S. 28; *Pegel*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315 Rn. 94; hingegen erachten *König*, in: LK-StGB, Bd. 17, 13. Aufl. 2021, § 315 Rn. 20 und *Zieschang*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 315 Rn. 67 daneben auch den lebensbedrohlichen Zustand als ausreichend.

²⁶ BGH, Beschl. v. 15.8.2023 – 4 StR 514/22, Rn. 16 (juris).

IV. Bewertung der Entscheidung

Die Entscheidungen umfassen examensrelevante Delikte und sind damit vor allem für juristische Ausbildungszwecke sehr instruktiv. Dem Beschluss des Bundesgerichtshofs ist nur in Teilen inhaltlich zuzustimmen. Problematisch ist das enge Verständnis von „mittels“ i.R.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Dies zeigt sich gerade auch darin, dass das Landgericht Arnsberg das Qualifikationsmerkmal als erfüllt ansieht und nicht als begründungsbedürftig erachtet. Hingegen wurde die Relevanz der Trennungsentscheidung durch das Tatopfer bei der Bewertung des Vorliegens niedriger Beweggründe mit guter Begründung nicht angesprochen. Ob weitere *Senate* des Bundesgerichtshofs bei dieser aktuellen Thematik um sogenannte Trennungstötungen der Judikatur vom 6.12.2022 (5 StR 479/22) folgen, bleibt abzuwarten.²⁷

²⁷ Bis zum Zeitpunkt der Einreichung dieses Beitrages hat der BGH in zwei Urteilen (Urt. v. 25.1.2023 – 1 StR 284/22, Rn. 12 [juris] sowie Urt. v. 27.3.2024 – 5 StR 446/23, Rn. 18 [juris]) auf die Entscheidung Bezug genommen, jedoch nicht den hier besprochenen Umstand der Trennungsentscheidung durch das Opfer thematisiert.

Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 19.12.2023 – 4 StR 325/23¹

Gefährliche Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs bei ärztlichen Eingriffen

Die rechtliche Bewertung von chirurgischem bzw. sonstigem ärztlichen Instrumentarium richtet sich jedenfalls bei medizinisch nicht indizierten Eingriffen nach den allgemein für gefährliche Werkzeuge i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB geltenden Rechtsprechungsmaßstäben.

(Leitsatz des Verf.)

StGB §§ 223, 224

Ref. iur. Dennis Klein, Gießen*

I. Sachverhalt²

Die Angeklagte ist dreifache Mutter und leidet an dem sog. Münchhausen-Stellvertreter-Syndrom. Diese Erkrankung führte dazu, dass sie in Bezug auf ihre Kinder Krankheitssymptome gegenüber Ärzten und ihrem sozialen Umfeld fingierte oder deutlich dramatisierte, um hierdurch medizinisch nicht indizierte Eingriffe zu veranlassen. In der Folge wollte sie sich als besorgte und aufopferungsvolle Mutter von vermeintlich schwerkranken Kindern gerieren, um auf diese Weise – insbesondere im Rahmen eines sozialen Netzwerks, in dem sie ausführlich über den Krankheitsverlauf ihrer Kinder berichtete – Wertschätzung von Dritten zu erfahren.

Nachdem die Angeklagte wiederholt gegenüber Ärzten eine – tatsächlich nicht existente – Verstopfungsproblematik bei ihrer Tochter M behauptet hatte, veranlasste sie durch ihre bewusst falschen Angaben die Hausärztin zu einer stationären Einweisung. Aufgrund der Angaben der Angeklagten diagnostizierte der Chefarzt der kinderchirurgischen Abteilung eine tatsächlich nicht bestehende „unklare Darmtransportstörung“ und empfahl zur diagnostischen Abklärung die vorübergehende Anlage eines künstlichen Darmausgangs. Dieser wurde nach Einwilligung der Angeklagten in einer unter Vollnarkose durchgeführten, mehrstündigen Operation gelegt, bei der die Bauchwand mittels eines Schnitts eröffnet wurde. Es handelte sich um eine – komplikationsfrei verlaufende – chirurgische Standardprozedur.

In Bezug auf ihre jüngste Tochter A gab die Angeklagte gegenüber den Ärzten tatsächlich nicht bestehende Atmungsprobleme sowie eine Trinkschwäche an. Hierauf folgten mehrere medizinisch nicht angezeigte Krankenhausaufenthalte des Säuglings. Wie von ihr beabsichtigt, stellten die behan-

* Der Autor ist derzeit Rechtsreferendar am Landgericht Gießen und war bis August 2023 Wiss. Mitarbeiter an der Professur für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Umweltstrafrecht der Justus-Liebig-Universität Gießen (Prof. Dr. Thomas Rotsch).

¹ Das Urteil ist abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=9cc7c3981bea220cc784ecad1cd7b1d4&nr=137235&pos=10&anz=25> sowie veröffentlicht in BeckRS 2023, 46571.

² BGH, Beschl. v. 19.12.2023 – 4 StR 325/23 = BeckRS 2023, 46571 Rn. 1–9, teilweise wörtlich übernommen, teilweise gekürzt und vereinfacht.

delnden Ärzte – auf ihre Angaben vertrauend – die Indikation zur Legung einer PEG-Sonde. Der Angeklagte war hierbei bewusst, dass dies einen medizinisch nicht angezeigten operativen Eingriff erforderlich machen würde. Gleichwohl willigte sie in den Eingriff ein, weil es ihr wiederum darauf ankam, sich in der Folgezeit als fürsorgliche Mutter eines schwerkranken Kindes zu inszenieren. Die PEG-Sonde wurde im Rahmen einer unter Vollnarkose erfolgten Operation gelegt. Dieser Eingriff, bei dem unter anderem die Bauchdecke des Säuglings durchstoßen wurde, verlief komplikationsfrei.

Das Landgericht Paderborn hat die Taten zum Nachteil von M (künstlicher Darmausgang) und A (PEG-Sonde) jeweils als in mittelbarer Täterschaft begangene Misshandlung von Schutzbefohlenen in der Variante des rohen Misshandelns in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung in der Begehungsform mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung bewertet (§§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 5, 225 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB). Ein Schuldausschluss nach § 20 StGB und eine Strafmilderung nach § 21 StGB hat das Gericht verneint.

Die von der Angeklagten eingelegte Revision hatte keinen Erfolg.

II. Inhalt der Entscheidung

Bislang entsprach es der wohl vorherrschenden Meinung,³ dass der Einsatz von chirurgischen Instrumenten von einer entsprechend approbierten medizinischen Behandlungsperson nicht als Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs zu bewerten ist.⁴ Mit der hier besprochenen Entscheidung hat der 4. Strafsenat sich der bereits seit geraumer Zeit im Vordringen befindlichen Gegenauffassung⁵ angeschlossen. Obwohl der Beschluss die Verurteilung einer nur zum Schein fürsorglichen Mutter betrifft, ist er vor allem für die strafrechtliche Verantwortlichkeit medizinischen Behandlungspersonals relevant.

Anlass für eine Stellungnahme zu dieser Rechtsfrage war, dass die Angeklagte in der Vorinstanz nach § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB wegen einer gefährlichen Körperverletzung verurteilt wurde, obwohl den Feststellungen der Urteilsgründe sich nicht genügend Anzeichen für einen entsprechenden Vorsatz entnehmen ließen.⁶ Zwar wurde die Angeklagte über die Operationsrisiken aufgeklärt. Welchen Inhalt diese Aufklärungen hatten, ließ das Landgericht jedoch offen, sodass in dieser Hinsicht ein

³ So die Einschätzung von *Grünwald*, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 224 Rn. 22; *Waßmer*, Medizinstrafrecht, 2022, § 4 Rn. 26; *Kraatz*, Arztstrafrecht, 3. Aufl. 2023, § 3 Rn. 98.

⁴ Grundlegend BGH, Urt. v. 22.2.1978 – 2 StR 372/77 = NJW 1978, 1206; BGH, Urt. v. 23.12.1986 – StR 598/86 = NStZ 1987, 174, freilich noch unter Geltung des § 223a StGB a.F. (siehe hierzu sogleich im Haupttext); LG Köln, Urt. v. 7.5.2012 – 151 Ns 169/11 = NJW 2012, 2128 (2128 Rn. 10); *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 224 Rn. 7; *Valerius*, in: Saliger/Tsambikakis, Strafrecht der Medizin, 2022, § 1 Rn. 36; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 224 Rn. 5; *Zöller*, in: AnwaltKommentar StGB, 3. Aufl. 2020, Rn. 11; *Knauer/Brose*, in: Spickhoff, Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, StGB § 224 Rn. 4; *Ulsenheimer/Gaede*, in: Ulsenheimer/Gaede, Arztstrafrecht in der Praxis, 6. Aufl. 2020, Rn. 623; *Wolters*, in: Sk-StGB, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, § 224 Rn. 17; *Momsen-Pflanz/Momsen/Leszczyńska*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 224 Rn. 20. Nach Ausbildungsniveau und konkreten Fertigkeiten der Behandlungsperson differenzieren *Hilgendorf*, ZStW 112 (2000), 811 (818); *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 17; *Sowada*, JR 1988, 123 (124 f.).

⁵ *Sternberg-Lieben*, in: Schönte/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 224 Rn. 8; *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2024, § 224 Rn. 28.1 ff.; *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 50; *Putzke*, in: FS Herzberg, 2008, S. 669 (681 f.); *ders.*, MedR 2008, 268 (269 Fn. 24); *Kraatz*, Arztstrafrecht, 3. Aufl. 2023, § 3 Rn. 98; *Waßmer*, Medizinstrafrecht, 2022, § 4 Rn. 26; *Gercke/Leimenstoll/Stirner*, Handbuch Medizinstrafrecht, 2020, Rn. 137, *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 224 Rn. 15a, jeweils m.w.N.

⁶ BGH, Beschl. v. 19.12.2023 – 4 StR 325/23 = BeckRS 2023, 46571 Rn. 19. Daher konnte auch die Frage offenbleiben, ob auch ein fachgerecht durchgeführter medizinischer Standeingriff, der komplikationslos verlief, dem objektiven Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB unterfällt.

Darlegungsmangel bestand. Zudem deckte der 4. Strafsenat einen Widerspruch auf: Wenn es der Angeklagten darauf ankam, sich als fürsorgliche Mutter pflegebedürftiger Kinder zu inszenieren, musste damit ein Vertrauen auf den Erfolg der operativen Eingriffe einhergehen.⁷

Im Ergebnis konnte der Schuldspruch aber aufrechterhalten bleiben, weil der Senat stattdessen den Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB für erfüllt erachtete.⁸ Nach ständiger Rechtsprechung wie auch herrschender Lehre wird der Begriff des gefährlichen Werkzeugs i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB definiert als „ein Tatmittel, das nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art seiner Verwendung im Einzelfall dazu geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen“⁹. Die der Angeklagten gem. § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB zurechenbare Verwendung der chirurgischen Geräte durch das medizinische Fachpersonal erfüllt nach Auffassung des 4. Strafsenats diese Voraussetzungen. Zu diesem Ergebnis gelangt er aufgrund historischer, systematischer und teleologischer Auslegung. Im Einzelnen:

1. Historische Auslegung

Zunächst greift die Entscheidung die Rechtsprechung auf, die noch zu § 223a StGB a.F. ergangen ist. Die Vorschrift lautete in ihrer bis zum 31. März 1998 geltenden Fassung wie folgt:

„§ 223a. Gefährliche Körperverletzung.

(1) Ist die Körperverletzung mittels einer Waffe, insbesondere eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges, oder mittels eines hinterlistigen Überfalls, oder von Mehreren gemeinschaftlich, oder mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren.

(2) Der Versuch ist strafbar.“

Aus dem Wort „insbesondere“ wird ersichtlich, dass das „andere gefährliche Werkzeug“ ein Unterfall der „Waffe“ war. Vor diesem Hintergrund sah die ältere Rechtsprechung sich daran gehindert, chirurgisches Werkzeug dem Begriff des gefährlichen Werkzeugs zu subsumieren. Denn dies würde bedeuten, dass zum Beispiel die Verwendung eines Skalpells von approbiertem medizinischem Fachpersonal sich – zwangsläufig *auch* – als der Gebrauch einer „Waffe“ darstellt. Das ist freilich schwer vermittelbar. Die Rechtsprechung beschränkte die Tatvariante daher auf diejenigen Fälle, in denen das Werkzeug „bei einem Angriff oder Kampf zu Angriffs- oder Verteidigungszwecken benutzt“ wird.¹⁰

Mit Einführung des § 224 StGB hat sich die textliche Ausgestaltung der Qualifikation geändert. Der Normtext des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB, der statt des Wortes „insbesondere“ jetzt die Wendung „oder

⁷ BGH, Beschl. v. 19.12.2023 – 4 StR 325/23 = BeckRS 2023, 46571 Rn. 21. Weiterhin führt der 4. Strafsenat an, dass es sich „nach den Urteilsgründen um durch medizinisches Fachpersonal vorgenommene Standardeingriffe“ handelte, was wohl bedeuten soll, dass die von § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB vorausgesetzte Gefährlichkeitsschwelle nicht überschritten war.

⁸ Das ist möglich, weil die Urteilsformel gem. § 260 Abs. 4 S. 1 StPO lediglich die rechtliche Bezeichnung der Tat, derer der Angeklagte schuldig gesprochen wird, anzugeben hat, d.h. die gesetzliche Überschrift. Welche qualifizierenden Merkmale erfüllt sind, ergibt sich ohnehin nicht aus dem Tenor.

⁹ BGH, Beschl. v. 19.12.2023 – 4 StR 325/23 = BeckRS 2023, 46571 Rn. 23.

¹⁰ Grundlegend BGH, Ur. v. 22.2.1978 – 2 StR 372/77 = NJW 1978, 1206. Dass der BGH die Qualifikation gleichwohl bejahte, wenn der Heileingriff nicht von einer entsprechend approbierten Person durchgeführt wurde (BGH, Ur. v. 23.12.1986 – 1 StR 598/86 = NStZ 1987, 174; BGH, Beschl. v. 28.10.2020 – 1 StR 158/20 = NStZ-RR 2021, 109), war eine Ausnahme, die sich nicht wirklich mit der Beschränkung auf „Angriff“ und „Verteidigung“ vereinbaren ließ. Denn auch der Kurpfuscher verwendet das chirurgische Werkzeug nicht im „Kampf“ mit seinem Patienten, vgl. Sowada, JR 1988, 123 (124); Widmaier, in: FS Roxin, 2011, S. 439 (442 f.); Grünwald, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 224 Rn. 22.

eines anderen“ enthält, lässt erkennen, dass die „Waffe“ jetzt ein Unterfall des „gefährlichen Werkzeugs“ ist.¹¹ Nunmehr stellt der Begriff des gefährlichen Werkzeugs den Oberbegriff dar.¹² Aus der Umkehrung von Ober- und Unterbegriff folgt, dass die Tatbegehung „mittels eines anderen gefährlichen Werkzeugs“, nicht zwangsläufig bedeutet, dass die Tat mittels einer „Waffe“ begangen wurde. Der noch unter Geltung des § 223 StGB a.F. gezogene Schluss, dass ein Arzt, der den Körper seines Patienten mit einem Skalpell öffnet, sich einer „Waffe“ bedient, wenn ihm der Gebrauch eines „anderen gefährlichen Werkzeugs“ vorgeworfen würde, ist auf Grundlage des neuen § 224 StGB nicht mehr gültig.¹³ Mit der Gesetzesänderung entfiel somit auch die Grundlage für die Restriktion, dass der Täter das Werkzeug zu Angriffs- oder Verteidigungszwecken eingesetzt haben muss.¹⁴

2. Systematische Auslegung

Als zweites Argument führt der 4. *Strafsenat* weitere gesetzliche Tatbestände des Strafgesetzbuchs auf, die das „andere gefährliche Werkzeug“ als Qualifikationsmerkmal aufweisen. Der *Senat* gelangt bei vergleichender Betrachtung zu dem Ergebnis, dass von der Rechtsprechung an keiner Stelle vorausgesetzt wird, dass dem Werkzeug die Bestimmung als Angriffs- oder Verteidigungsmittel zukommt.¹⁵ Nicht anders könne es daher bei § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB liegen.

Damit bewegt der 4. *Strafsenat* sich unter methodischen Gesichtspunkten auf sehr dünnem Eis, was er auch kenntlich macht:

„Zwar weisen diese Qualifikationstatbestände keine einheitliche dogmatische Struktur auf, da sie tatbestandlich teilweise bereits das Beisichführen des Tatmittels erfassen, teils aber auch an dessen Verwendung anknüpfen. Ungeachtet dieses Unterschieds besteht in der höchstrichterlichen Rechtsprechung Einigkeit darüber, dass ein gefährliches Werkzeug in diesen Fällen jedenfalls keine Bestimmung als Angriffs- oder Verteidigungsmittel voraussetzt; es reicht vielmehr aus, dass der jeweilige Gegenstand objektiv geeignet ist, erhebliche Verletzungen zu verursachen [...]“¹⁶

Es ist allgemein bekannt, dass die Bedeutung einzelner Worte sich nicht allein aus ihnen selbst ableitet, sondern erst unter Rückgriff auf ihren Verwendungszusammenhang erschlossen werden kann.¹⁷

¹¹ BGH, Beschl. v. 19.12.2023 – 4 StR 325/23 = BeckRS 2023, 46571 Rn. 26; *Kindhäuser/Hilgendorf*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 224 Rn. 11; *Dölling*, in: *Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht*, 5. Aufl. 2022, StGB § 224 Rn. 3.

¹² BGH, Beschl. v. 19.12.2023 – 4 StR 325/23 = BeckRS 2023, 46571 Rn. 26. Siehe auch *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtslehre mit Juristischer Methodenlehre, 11. Aufl. 2020, § 5 Rn. 168; *Hardtung*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 50.

¹³ Siehe aber *Knauer/Brose*, in: *Spickhoff, Medizinrecht*, 4. Aufl. 2022, StGB § 224 Rn. 4, die die gesetzliche „Gleichstellung von Waffe und gefährlichem Werkzeug“ als Grund dafür sehen, die zu Heilzwecken eingesetzten Instrumente vom Anwendungsbereich des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB auszunehmen. Die Formulierung des Normtextes („oder eines anderen“) spricht aber nicht für eine „Gleichstellung“, sondern – wie vom BGH herausgestellt – für das Verhältnis von Oberbegriff (*genus proximum*) und Unterbegriff (*differentia specifica*), vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtslehre mit Juristischer Methodenlehre, 11. Aufl. 2020, § 5 Rn. 168; *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 295; *Wank*, Juristische Methodenlehre, Eine Anleitung für Wissenschaft und Praxis, 2020, § 8 Rn. 71 ff., am Beispiel des Sachmangelbegriffs in § 434 BGB.

¹⁴ In diesem Sinne bereits OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.3.2022 – 1 Ws 47/22 = *medstra* 2022, 254 (255 Rn. 7) = *NStZ* 2022, 687 (687 Rn. 7); unabhängig von der Gesetzesänderung kritisch *Hardtung*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 50.

¹⁵ BGH, Beschl. v. 19.12.2023 – 4 StR 325/23 = BeckRS 2023, 46571 Rn. 28.

¹⁶ BGH, Beschl. v. 19.12.2023 – 4 StR 325/23 = BeckRS 2023, 46571 Rn. 28.

¹⁷ *Klatt*, in: *Kudlich/Montiel/Schuhr, Gesetzlichkeit und Strafrecht*, 2012, S. 121 (122) m.w.N.

Insofern ist der Vergleich mit den Qualifikationstatbeständen, für die schon das Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs ausreicht, seinerseits so „gefährlich“. Ebenso ist bekannt, dass es größte Schwierigkeiten bereitet, dem Begriff des gefährlichen Werkzeugs klare Konturen zu verleihen, wenn die Handlungsmodalität sich in dem farblosen Beisichführen erschöpft.¹⁸ So kann eine glimmende Zigarette ein gefährliches Werkzeug i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB sein, wenn der Täter sie auf der Stirn seines Opfers ausdrückt.¹⁹ Wer sich jedoch bei seiner Beteiligung an Gewalttätigkeiten i.S.d. § 125 Abs. 1 Nr. 1 StGB (Landfriedensbruch) eine Zigarette ansteckt, verwirklicht mit Sicherheit nicht das Regelbeispiel des Beisichführens eines gefährlichen Werkzeugs gem. § 125a S. 2 Nr. 2 Var. 2 StGB (Besonders schwerer Fall des Landfriedensbruchs).²⁰ Soweit das Gesetz eine Strafschärfung an einen bestimmten Gegenstand anknüpft und es weder auf die Bestimmung desselben noch auf die konkrete Verwendungsart ankommt, kann die Rechtsanwendung sich durchaus schwierig gestalten. Langer Rede, kurzer Sinn: Auf den Vergleich mit Straftatbeständen, die an das Beisichführen anknüpfen, hätte der 4. Strafsenat – ohne Verluste – verzichten können.

3. Teleologische Auslegung

Weiterhin führt der Senat aus, dass seine Auslegung vom Sinn und Zweck des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB gedeckt ist:

„Sämtliche Begehungsweisen des § 224 StGB zeichnen sich durch eine besonders gefährliche Begehungsweise aus [...]. Eine solche erhöhte Gefährlichkeit kann gerade auch beim Einsatz von chirurgischem Gerät, das bestimmungsgemäß von einer ärztlichen Behandlungsperson verwendet wird, bestehen. Ob dies der Fall ist, richtet sich – wie auch bei den anderen Tatmitteln im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB – nach der objektiven Beschaffenheit des Gegenstandes und der Art seiner Benutzung im Einzelfall. Entgegen teilweise vertretener Ansicht [...] kann eine erhöhte Gefährlich-

¹⁸ Siehe nur BGH, Beschl. v. 3.6.2008 – 3 StR 246/07 = BGHSt 52, 257 (266 Rn. 24), im Zusammenhang mit § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB: „Bereits die Anzahl der geschilderten Lösungsansätze weist darauf hin, dass die Fassung des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a) StGB missglückt ist. Diese lässt von vornherein keine Auslegung des Begriffs des ‚anderen gefährlichen Werkzeugs‘ zu, die unter Anwendung allgemeiner und für jeden Einzelfall gleichermaßen tragfähiger rechtstheoretischer Maßstäbe für alle denkbaren Sachverhaltsvarianten eine in sich stimmige Gesetzesanwendung gewährleisten könnte. So ist es etwa schwer verständlich, dass es innerhalb des Strafgesetzbuchs und sogar einzelner Normen (§ 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a und Abs. 2 Nr. 1 StGB oder § 177 Abs. 3 Nr. 1 und Abs. 4 Nr. 1 StGB) zu einer unterschiedlichen Auslegung dieses wortgleichen Tatbestandsmerkmals kommen kann [...]. Beachtet man zudem die Untauglichkeit des vom Gesetzgeber erteilten Auslegungshinweises, so wird deutlich, dass mit den Mitteln herkömmlicher Auslegungstechnik eine umfassende, sachgerechte Lösung für alle denkbaren Einzelfälle nicht zu erreichen ist. Der Senat sieht deshalb davon ab, im vorliegenden Fall über die Beantwortung der präzisierten, dem konkreten Sachverhalt angepassten Rechtsfrage hinaus den Versuch zu unternehmen, das Tatbestandsmerkmal ‚anderes gefährliches Werkzeug‘ im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a) StGB allgemeingültig zu definieren.“ Mit weiteren Nachweisen hierzu Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 244 Rn. 5 ff.

¹⁹ BGH, Urt. v. 4.9.2001 – 1 StR 232/01 = NStZ 2002, 30; BGH, Urt. v. 27.9.2001 – 4 StR 245/01 = NStZ 2002, 86. Siehe aber auch OLG Köln, Beschl. v. 14.1.1994 – Ss 567/93 – 262 = BeckRS 1994, 7390 Rn. 7; Eschelbach, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2024, § 224 Rn. 29; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 224 Rn. 15a.

²⁰ Siehe aber Kuhli, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 125a Rn. 9, der für das Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs i.S.d. § 125a S. 2 Nr. 2 Var. 2 StGB schlicht auf „die Ausführungen zu § 224 [Abs. 1] Nr. 2 Alt. 2“ verweist.

keit von chirurgischen Instrumenten auch nicht von vornherein mit Blick auf die Sachkompetenz der Behandlungspersonen verneint werden [...].“²¹

Hiermit trägt der *Senat* denjenigen Literaturstimmen Rechnung, die der Übertragung der Rechtsprechung zu § 223a StGB a.F. auf den § 224 StGB Inkonsequenz attestieren. Das Argument lautet wie folgt: Wenn bei der Frage, ob der Grundtatbestand des § 223 Abs. 1 StGB erfüllt ist, der soziale Zweck des Behandlungseingriffs unberücksichtigt bleibt – und die einfache Körperverletzung also nicht deshalb abgelehnt wird, weil sie „eigentlich“ der Heilung dient²² –, darf jener Zweck auch nicht i.R.d. § 224 StGB aufgegriffen werden.²³ Entweder muss der Heileingriff schon den Tatbestand des § 223 StGB unerfüllt lassen oder der soziale Zweck der Handlung bleibt gänzlich ausgeklammert, sodass auch eine Verwirklichung des § 224 StGB möglich ist. Soweit der 4. *Strafsenat* erklärt, dass es allein auf die „erhöhte Gefährlichkeit“ ankommt, blendet er die soziale Bedeutung des medizinischen Eingriffs gänzlich aus.

Ob man diese Entwicklung wirklich als Fortschritt feiern kann, ist allerdings fraglich. Die bislang praktizierte Ablehnung des qualifizierenden Merkmals hatte den – durchaus nachvollziehbaren – Hintergrund, das medizinische Behandlungspersonal angesichts der weitreichenden Aufklärungspflichten und der damit einhergehenden Strafbarkeitsrisiken vor allzu hoher Strafe zu bewahren.²⁴ Unter präventiven Gesichtspunkten war nie zu erwarten, dass Ärzte und deren Hilfspersonal sich aufgrund der gegenüber § 223 StGB höheren Strafdrohung des § 224 StGB zu rechtmäßigem Verhalten motivieren lassen. Es ist zu bedenken, dass die den Qualifikationstatbeständen zugrundeliegenden Normen demjenigen, der bereits den Grundtatbestand erfüllt und insoweit normwidrig handelt, zusätzliche – „verdünnte“ – Verhaltensregeln liefern und insofern „Orientierung auch im Unrechtsbereich“ bieten.²⁵ Der typische „medizinstrafrechtliche“ Täter benötigt derartige Regeln jedoch nicht, da ihm erfahrungsgemäß bereits daran gelegen ist, gar nicht erst in den Unrechtsbereich einzudringen. Die aktuelle Entwicklung ist nur ein weiterer Anlass, sich den vor nicht allzu langer Zeit vom *Kriminalpolitischen Kreis* unterbreiteten Vorschlag eines eigenständigen Straftatbestands für den Fall der eigenmächtigen Heilbehandlung in Erinnerung zu rufen.²⁶

²¹ BGH, Beschl. v. 19.12.2023 – 4 StR 325/23 = BeckRS 2023, 46571 Rn. 29.

²² So die sog. Tatbestandslösung, vgl. *Singelstein*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 4, Strafrecht Besonderer Teil I, 2019, § 4 Rn. 105 ff.; *Valerius*, in: Saliger/Tsambikakis, Strafrecht der Medizin, 2022, § 1 Rn. 20 ff., jeweils m.w.N. Für diesen Ansatz jüngst *Lorenz*, medstra 2022, 220.

²³ *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2024, § 224 Rn. 28.1 ff.; *Grünwald*, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 224 Rn. 22; *Dorneck*, in: Tsambikakis/Rostalski, Nomos Kommentar, Medizinstrafrecht, 2023, StGB § 224 Rn. 18; *Waßmer*, Medizinstrafrecht, 2022, § 4 Rn. 26; *Lorenz*, medstra 2022, 220 (224 Rn. 3); *Duttge/Gierok*, in: Prütting, Medizinrecht, Kommentar, 6. Aufl. 2022, StGB § 224 Rn. 3; *Kriminalpolitischer Kreis*, medstra 2021, 65 (66).

²⁴ Vgl. *Duttge/Gierok*, in: Prütting, Medizinrecht, Kommentar, 6. Aufl. 2022, StGB § 224 Rn. 3: „Hierin drückt sich jedoch lediglich das pragmatische Kalkül aus, die (falschetikettierte [...]) körperverletzungsbasierte Erfassung des ärztlichen Heileingriffs zur Vermeidung übermäßiger Sanktionierung nicht auch noch auf den (sonst meist einschlägigen) § 224 zu erweitern; jenseits eines ungeschriebenen ‚Sonderstrafrechts für Ärzte‘ kann es auch für diese nur auf die jeweils konkrete Gefährlichkeit der Verwendung ankommen.“ Ebenso *Kriminalpolitischer Kreis*, medstra 2021, 65 (66). Dabei darf nicht in Vergessenheit geraten, dass § 224 Abs. 1 StGB einen minder schweren Fall vorsieht, bei dem an die Stelle der Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren eine Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren tritt. Insoweit ist immerhin § 47 Abs. 2 S. 2 StGB anwendbar.

²⁵ *Grosse-Wilde*, RphZ 2018, 137 (144 ff.).

²⁶ *Kriminalpolitischer Kreis*, medstra 2021, 65.

III. Ergebnis und Ausblick

Der *Senat* beendet seine Ausführungen zu § 224 StGB mit folgenden Worten:

„Die rechtliche Bewertung von chirurgischem bzw. sonstigem ärztlichen Instrumentarium richtet sich somit jedenfalls bei medizinisch nicht indizierten Eingriffen, über die der Senat hier ausschließlich zu entscheiden hat, nach den allgemein für gefährliche Werkzeuge im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB geltenden Rechtsprechungsmaßstäben [...].“

Trotz der vorsichtig gewählten Formulierung ist nicht anzunehmen, dass die Rechtsprechung die Anwendung des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB auf die Konstellationen *medizinisch nicht indizierter Eingriffe* beschränken wird. Die vom 4. *Strafsenat* angeführten Argumente lassen dies schlichtweg nicht zu. Es ist abzusehen, dass die Praxis selbst im Falle einer medizinischen Indikation eine Strafbarkeit nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB bejahen wird, die namentlich dann in Frage kommt, wenn eine Einwilligung in die Behandlung fehlt oder eine erklärte Einwilligung unwirksam ist und auch die Grundsätze der hypothetischen Einwilligung nicht zu einem Unrechtsausschluss führen. Grund dafür ist, dass das Vorliegen einer medizinischen Indikation nichts daran ändert, dass aufgrund der objektiven Beschaffenheit und der Art der konkreten Verwendung der chirurgischen Instrumente eine erhöhte Gefahr für körperliche Unversehrtheit und Gesundheit bestehen kann. Zwischen dem Anlass des medizinischen Eingriffs und der Intensität der infolge des Eingriffs möglichen Verletzungen besteht kein zwingender Zusammenhang.²⁷

Die Beurteilung richtet sich – wie der *Senat* selbst ausführt – nach den „allgemein für gefährliche Werkzeuge im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB geltenden Rechtsprechungsmaßstäben“²⁸. Ausschlaggebend ist daher, ob das chirurgische Werkzeug *im konkreten Einzelfall* dazu geeignet war, erhebliche Verletzungen herbeiführen. Das ist ein hervorragender Nährboden für eine schwer überschaubare Kasuistik. Welche und wie viele Zähne müssen unter Einsatz einer Zange gezogen werden, damit die Erheblichkeitsschwelle überschritten ist?²⁹ An welcher Stelle des Körpers muss die Spritze angesetzt worden sein und welchen Außendurchmesser muss die Kanüle haben?³⁰ Anders als der Bundesgerichtshof insinuiert, existieren hierzu aufgrund der jahrzehntelang praktizierten Ablehnung des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB noch keine „Rechtsprechungsmaßstäbe“.

²⁷ Vgl. *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2024, § 224 Rn. 28.2 f.

²⁸ BGH, Beschl. v. 19.12.2023 – 4 StR 325/23 = BeckRS 2023, 46571 Rn. 30.

²⁹ Vgl. *Lichtenthäler*, Fachdienst Strafrecht 2022, 448092 einerseits; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 224 Rn. 8, andererseits.

³⁰ Vgl. *Vogel*, NStZ 2022, 687 f. Siehe weiterhin *Dorneck*, in: Tsambikakis/Rostalski, Nomos Kommentar, Medizinstrafrecht, 2023, StGB § 224 Rn. 18; *Waßmer*, Medizinstrafrecht, 2022, § 4 Rn. 26.

Buchrezension

Heinrich, Christian: Examensrepetitorium Zivilrecht, Examensklassiker anhand originalgetreuer Klausuren, 5. Aufl., C.H. Beck, München 2024, 599 S., 49,80 €.

Wiss. Mitarbeiter Maximilian Preißinger, Passau*

I. Einleitung

Das Examensrepetitorium Zivilrecht erschien erstmals im Jahre 2016, liegt nunmehr in fünfter Auflage vor und berücksichtigt nach Angabe des *Autors* Literatur und Rechtsprechung bis Dezember 2023. Es richtet sich an Examenskandidaten, die wenige Wochen vor Beginn der schriftlichen Prüfungen nach einer fallorientierten Darstellung des prüfungsrelevanten Wissens zum Zivilrecht samt seiner „Nebengebiete“ suchen. *Heinrich* ist zuzustimmen, wenn er im Vorwort ausführt, dass es an vergleichbarer Literatur weitgehend fehle.

II. Aufbau und Form

Der äußere Eindruck des mit 599 Seiten umfangreichen Werkes ist sehr ansprechend. Das Buch enthält neben einer sechseitigen Darstellung zu „Grundlagen der Klausurtechnik“ einen Hauptteil, der aus 22 Klausuren besteht. An den Sachverhalt schließt sich jeweils eine übersichtliche Gliederung und daran eine ausführliche ausformulierte Lösung an. Diese wird ergänzt durch Übersichten und Schemata. Letztere sowie ausgewählte Definitionen finden sich zudem abgesetzt in Hinweiskästen im relativ breiten Seitenrand, wodurch eine Wiederholung unmittelbar vor Beginn der Examensprüfungen erleichtert werden soll.

III. Umfang und Einleitende Hinweise

Neben den fünf Büchern des Bürgerlichen Gesetzbuches einschließlich ihrer Bezüge zum Arbeits- sowie Handels- und Gesellschaftsrecht werden das Produkthaftungsgesetz und das Straßenverkehrsgesetz ebenso behandelt wie das Zivilprozessrecht. Ob es sich bei jedem Sachverhalt um eine potenzielle Originalexamensklausur handelt, wie vom *Autor* angeführt, mag dahinstehen; die Auswahl des Stoffes kann jedoch überzeugen.

Die einleitenden Hinweise zur Klausurtechnik dienen einer kurzen Wiederholung des juristischen Handwerkszeugs. Sie enthalten zudem übersichtliche schematische Darstellungen, beispielsweise zur Reihenfolge der Prüfung von Anspruchsgrundlagen, zu Gegenrechten, den juristischen Auslegungsmethoden sowie ausgewählten Argumentationsarten. Hinsichtlich Letzterer wird in den Ausführungen jedoch Potenzial verschenkt: Zum Begriff der Analogie heißt es:

„Die analoge Anwendung einer Norm erweitert deren Anwendungsbereich.“ (S. 5)

* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Informationstechnologierecht (Prof. Dr. Meinhard Schröder) an der Universität Passau.

Zur teleologischen Extension hingegen führt *Heinrich* unter Bezugnahme auf die teleologische Reduktion aus:

„Die teleologische Extension beschreibt den umgekehrten Fall einer Ausdehnung des Anwendungsbereichs.“ (S. 5)

Hier hätte man den Unterschied zwischen Analogie und teleologischer Extension respektive den Unterschied zwischen Erweiterung und Ausdehnung des Anwendungsbereichs einer Norm verständlicher vermitteln können.¹ Stattdessen widmet sich der *Autor* ausführlich dem „Gutachten- und Urteilsstil“, wobei es zumindest irreführend ist, zu behaupten, eindeutige Umstände seien ausnahmsweise im Urteilsstil festzuhalten. Richtigerweise wäre hier vom Behauptungs- bzw. Feststellungsstil die Rede gewesen.² Nun rechtfertigt allein die Bezeichnung des Feststellungsstils als Urteilsstil noch keine Erwähnung in einer Rezension; problematisch erscheint allerdings, dass auch die Falllösungen nicht dem Stil von methodisch korrekt gelösten Gutachten entsprechen, sondern ganz im Gegenteil regelmäßig Passagen enthalten, die unzulässigerweise im Urteilsstil verfasst sind, das Ergebnis also auch in problematischen Fällen vor seine Begründung stellen.³ Hier wäre ein klarstellender Hinweis erforderlich gewesen, dass es sich nicht um mustergültig gelöste Klausuren handelt, sondern gleichermaßen um ein in Falllösungen eingekleidetes Lehrbuch, was den Zweck des Werkes wohl verfehlen dürfte.

IV. Formalia

Auch wenn sie die Arbeit mit dem Examinatorium in der Regel nicht wesentlich beeinträchtigen, treten orthographische bzw. grammatikalische Fehler für eine fünfte Auflage bemerkenswert zahlreich auf.⁴ An Rechtschreibfehlern wird sich zwar kein Examenskandidat ernsthaft stören, doch bergen gerade grammatikalische Fehler durchaus die Gefahr, das Verständnis juristischer Zusammenhänge zu behindern. Wenn *Heinrich* beispielsweise auf S. 409 davon spricht, die Willenserklärung werde nur dann wirksam, wenn sie dem Minderjährigen „einen lediglich rechtlichen Vorteil“ bringe, tauscht er ausgehend von § 107 BGB die Reihenfolge der Begriffe „einen“ und „lediglich“. Damit wird die Aussage zumindest ungenau, denn im Unterschied zum Gesetzeswortlaut des § 107 BGB wird nun der Eindruck erweckt, das Adverb „lediglich“ beziehe sich auf das Adjektiv „rechtlich“. Indes muss die

¹ Vgl. *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, S. 253 ff., 279 f.

² Vgl. die instruktive Erläuterung bei *Wolf*, ZJS 2020, 560.

³ Lediglich der Veranschaulichung sollen folgende Zitate dienen, die allesamt der Lösung zu Fall 1 entnommen sind: „Eine solche Fristsetzung ist hier nach § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB entbehrlich, weil eine Neuauflage des Buches nicht geplant ist und die Anfertigung eines fehlerfreien Einzelexemplars nicht erwartet werden kann.“ (S. 21); „Die unzutreffende Qualitätsangabe des Getriebeöls in einem Fachbuch stellt einen erheblichen Mangel des Buches dar, weil ein für den Laien geschriebenes Werk vor allem bei Hinweisen, die sich auf sicherheitsbedeutsame oder folgenträchtige Teile beziehen, zuverlässig zu sein hat.“ (S. 21); „Ein Verstoß gegen eine Verkehrssicherungspflicht ist abzulehnen, weil ein Buchhändler nicht verpflichtet ist, die Bücher auf inhaltliche Richtigkeit zu prüfen.“ (S. 22).

⁴ Beispielsweise „entgegen des Wortlautes“ (S. 5, 365); „Die [...] Auswirkungen führen zu einer [...] Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen, die auch durch andere Möglichkeiten, wie zB einer Versetzung, nicht beseitigt werden können.“ (S. 260); „ohne dem schädigenden Ereignis“ (S. 335); „S könnte gegen U einen Anspruch [...] zustehen“ (S. 416); „solange“ statt so lange (S. 215, 383); „im allgemeinen“ (S. 287); „conditio sine qua non Formel“ (S. 304); der Gebrauch von „etwaig“ als Adverb (S. 370); „hätte die Übereignung fehlgeschlagen“ (S. 414). Auch dass sich die Begriffe „gemäß“ und „analog“ überzeugenderweise ausschließen (vgl. S. 137, 411), sollte in einer Nachauflage berücksichtigt werden.

Erklärung für ihre Wirksamkeit nicht einen „lediglich rechtlichen Vorteil“ bringen, sondern „lediglich einen rechtlichen Vorteil“.

An anderer Stelle treten Ungenauigkeiten deutlicher zu Tage. So umfasst der so bezeichnete „Anspruch der B-GmbH auf das Eigentum am Grundstück zum Preis von 650.000 EUR“ (S. 481) bei *Heinrich* sowohl einen Anspruch auf Auflassung gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB als auch einen Anspruch des Vormerkungsberechtigten auf Zustimmung zur Eintragung gem. § 888 Abs. 1 BGB. Verwirrend ist die Sprache auch in Fall 8. Dort heißt es:

„Da Beck die Zahlung verweigert, schickt die Feuchtman GmbH einen Mahnbescheid.“ (S. 191)

Dass damit die erfolgte Antragstellung auf Erlass eines Mahnbescheids beim Amtsgericht gemeint ist, wird der geübte Student zwar erkennen, dennoch hätte die Passage präziser formuliert werden können. Auf S. 366 spricht *Heinrich* sodann von der Zulässigkeit eines Rechtsmittels, meint dabei allerdings höchstwahrscheinlich die Zulässigkeit eines Rechtsbehelfes. Auch die Zitierung von Gesetzesnormen gelingt nicht immer; teils fehlt die Angabe der Tatbestandsalternative⁵, Normen werden weggelassen⁶ oder falsche Normen herangezogen⁷. Über solche formellen Aspekte mag man hinwegsehen, wenn das Examinatorium im Übrigen überzeugt. Doch leider ziehen sich auch inhaltliche Ungenauigkeiten, wenn nicht Fehler, durch das gesamte Werk.

V. Ungenauigkeiten in den Sachverhalten

Dies beginnt bereits bei den Herzstücken der Fallbearbeitung, den Sachverhalten. Hier weicht die saubere Subsumtion teilweise einer ergebnisorientierten Interpretation. So kommt es in Fall 15 (S. 379 ff.) zur Veräußerung einer Stereoanlage. Später stellt sich heraus, dass diese dem Veräußerer durch M in Verwahrung gegeben worden war. In der Lösungsskizze heißt es nun schlicht „Ursprünglicher Eigentümer war M“ (S. 385). Der Sachverhalt macht darüber allerdings keine Angaben. Dass das Gesetz mit § 1006 Abs. 2 BGB hier weiterhilft, bleibt unerwähnt.

Eine weitere Stelle der Überinterpretation des Sachverhaltes findet sich auf S. 537. Im dortigen Fall heißt es:

„Der Student [...] B wohnt und lebt mit der Studentin [...] H in einer gemeinsamen Wohnung. Die Kosten des Haushalts werden gemeinsam getragen.“

⁵ So bleibt bei § 281 Abs. 2 BGB unklar, welche Tatbestandsalternative überhaupt gemeint ist (S. 21); statt § 275 Abs. 1 Var. 1 BGB wird § 275 Abs. 1 BGB zitiert; statt § 251 Abs. 1 Var. 1 BGB ist von § 251 Abs. 1 BGB die Rede (beide S. 368); für die Fiktion des Bestehens der Forderung wird statt § 1138 Var. 1 BGB lediglich § 1138 BGB zitiert, weiter unten gar § 1138 Abs. 1 BGB angeführt (beide S. 510).

⁶ § 1177 Abs. 1 BGB (S. 507); § 1931 Abs. 2 (S. 569).

⁷ § 305 Abs. 1 statt § 305c Abs. 1 (S. 160); auf S. 254 heißt es, wegen § 126a BGB sei grundsätzlich die elektronische Form möglich. Genauer wäre allerdings gewesen, auch § 126 Abs. 3 BGB anzuführen, der lautet „Die schriftliche Form kann durch die elektronische Form ersetzt werden, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.“; das Schaubild auf S. 372 veranschaulicht, unter welchen Voraussetzungen die Verfügung eines Nichtberechtigten gegenüber dem Berechtigten wirksam ist. Neben dem gutgläubigen Eigentumserwerb und der Einwilligung des Berechtigten i.S.d. § 185 Abs. 1 BGB wird die Genehmigung des Berechtigten genannt, hier jedoch fälschlich nicht auf § 185 Abs. 2 Var. 1 BGB abgestellt, sondern § 184 Abs. 1 BGB zitiert, der lediglich den Begriff der Genehmigung definiert und ihre grundsätzliche Rückwirkung anordnet. Die Rechtsfolge des Wirksamwerdens der Verfügung enthält demgegenüber § 185 Abs. 2 Var. 1 BGB, der hier fehlt.

Allein dies reicht *Heinrich* bereits, um anzunehmen, dass sich H und B in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft befunden haben, bei welcher es sich immerhin „um eine Beziehung, die auf Dauer angelegt ist, daneben keine weitere Lebensgemeinschaft gleicher Art zulässt und die sich durch innere Bindungen auszeichnet, die ein gegenseitiges Entstehen der Partner füreinander begründen, also über eine reine Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft hinausgehen [...]“⁸ handelt. Hätte man diese Definition der nichtehelichen Lebensgemeinschaft herangezogen, um den Sachverhalt gutachterlich zu subsumieren, wäre man zum Ergebnis gekommen, dass eine nichteheliche Lebensgemeinschaft nicht vorliegt.

Zuletzt sei auf Fall 13 (S. 327) hingewiesen. Dort heißt es, die Erledigungserklärung des Klägers B liege in der Äußerung, dass der Rechtsstreit ohne Entscheidung über den Streitgegenstand und nur noch mit einer Kostenregelung beendet werden soll. Eine solche Äußerung des Klägers B sucht man im Sachverhalt jedoch vergeblich. Dort heißt es wörtlich:

„[B] kommt es darauf an, auch die Prozesskosten von Fuchs zu erhalten. Die Rechtsanwältin Muthmann stellt deshalb den hierzu erforderlichen Antrag; Fuchs verwahrt sich gegen die Kosten.“

Die Äußerung des B, dass der Rechtsstreit ohne Entscheidung über den Streitgegenstand beendet werden soll, mag seine Rechtsanwältin womöglich vorgebracht haben, im Sachverhalt ist darüber allerdings nichts zu lesen.

VI. Die Klausurlösungen im Einzelnen

Diese Problematik betrifft jedoch nicht nur die Sachverhalte, auch die Falllösungen vermögen oftmals nicht zu überzeugen.

1. Allgemeiner Teil des BGB

So verpflichtet *Heinrich* in der Stellvertretungskonstellation des Falles 14 den Stellvertreter statt des Vertretenen, indem es heißt:

„L hat als Stellvertreter [...] des B das Gerät an D verkauft. Zwischen D und L ist ein Kaufvertrag über 100 EUR zustande gekommen.“ (S. 363)

Richtigerweise kommt ein Kaufvertrag jedoch nicht mit dem Vertreter (L), sondern mit dem Vertretenen (B) zustande.

2. Allgemeines Schuldrecht

Als problematisch erweist sich insbesondere das allgemeine Schuldrecht. Der *Autor* trennt hier oft nicht sauber zwischen der Prüfung der Pflichtverletzung und der des Vertretenmüssens.⁹ So heißt es zur Pflichtverletzung des Schuldners bei einem Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB:

⁸ BVerfG, Urt. v. 17.11.1992 – 1 BvL 8/87 = BVerfGE 87, 234 (264).

⁹ Exemplarisch sei diesbezüglich auf die Ausführungen auf S. 14 f. verwiesen.

„A hat auf einer [...] unübersichtlichen Straße zum Überholen angesetzt, so dass er die Unmöglichkeit der Rückgabe pflichtwidrig herbeigeführt hat.“ (S. 14)

Der nächste Prüfungspunkt trägt die Überschrift „Keine Exkulpation des Schuldners gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB“ und lautet:

„Ein Verschulden des A wird vermutet. Er kann sich nicht nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB exkulpieren.“ (S. 15)

Es wird also der Eindruck erweckt, dass es für das Vorliegen einer Pflichtverletzung hier auf das unvorsichtige Überholen ankomme. Richtigerweise liegt jedoch schon in der Unmöglichkeit der Rückgabe des Fahrzeugs die Pflichtverletzung; das unvorsichtige Überholverhalten wird stattdessen für die Subsumtion des Vertretenmüssens benötigt. *Heinrich* verzichtet allerdings auf dessen gutachterliche Prüfung und hebt lediglich auf die Beweislastverteilung ab, anstatt festzuhalten, dass in einem grob unvorsichtigen Überholmanöver Fahrlässigkeit i.S.d. § 276 Abs. 2 BGB liegt, die der Schuldner gem. § 276 Abs. 1 BGB zu vertreten hat. Auch die Schadensersatzprüfung in Fall 14 (S. 368) kommt ohne die Begriffe „Vertretenmüssen“, „Verschulden“ oder „fahrlässig“ aus und verweist lediglich auf die Beweislast nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB.

Dass das Examensrepetitorium im Umgang mit § 280 Abs. 1 BGB des Öfteren ungenau bleibt, zeigt auch die Vielzahl an Varianten der Aufbauschemata zur Norm, die sich an verschiedenen Stellen des Buches wiederfinden. Im Haftungstatbestand des § 280 Abs. 1 BGB ersetzt *Heinrich* die Voraussetzung des „Vertretenmüssens“ ohne erkennbares System durch verschieden formulierte Punkte.¹⁰ Auf S. 70 f. im Fließtext sowie im Informationskasten werden die Zusammenhänge dagegen ansprechend dargestellt. Zwar mag die Beweislastumkehr dem Schuldner im Prozess den Entlastungsbeweis abverlangen; soweit die Tatsachenlage aufgrund des Sachverhalts klar ist, beschäftigen sich Studenten jedoch regelmäßig nicht mit Fragen des Beweises. Prüft man das Vertretenmüssen als „Kein Entlastungsbeweis“, so wäre es folgerichtig, den Prüfungspunkt des Schuldverhältnisses als „Beweis des Bestehens eines Schuldverhältnisses“ zu bezeichnen.

Kaum Beachtung wird dem Wortlaut auch bei der Prüfung von § 278 S. 1 BGB geschenkt. Diese Norm wird zur Zurechnung einer Pflichtverletzung eines Mitarbeiters einer GmbH herangezogen, ohne die Frage aufzuwerfen, ob eine Pflichtverletzung über diese Vorschrift zugerechnet werden kann, die schließlich nur von der Zurechnung eines Verschuldens spricht (S. 210).

Wenig stichhaltig erscheint zudem die Prüfung eines Schadensersatzanspruchs wegen Unmöglichkeit der Leistung aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB in Fall 3 (S. 71). Dort wird von Verkäufer M ein Roller an A verkauft. Bevor dieser jedoch übergeben und übereignet wird, wird dies dem M nachträglich unmöglich. Zutreffend wird daher zunächst ein Anspruch des A gegen M aus §§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB geprüft und bejaht. Anschließend erfolgt außerdem eine Prüfung der §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB, die jedenfalls in dieser Länge nicht überzeugen kann. *Heinrich* verweist hier auf *Grüneberg*¹¹ und führt aus, selbst für den Fall einer Unmöglichkeit gem. § 275 BGB könne der Gläubiger dem Schuldner eine Frist setzen und nach deren Ablauf Schadensersatz nach § 281 BGB verlangen. In dieser Pauschalität gibt das die angeführte Fundstelle jedoch nicht her. Dort heißt es, neben § 281 BGB bestehe für § 283

¹⁰ Darunter „Keine Exkulpation des Schuldners nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB“ (S. 9); „Keine Exkulpation nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB“ (S. 202); „Verschulden (keine Exkulpation nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB)“ (S. 17); „Fehlender Entlastungsbeweis (Verschulden), § 280 Abs. 1 S. 2“ (S. 33); „Kein Entlastungsbeweis des Schuldners“ (S. 40); „Keine Exkulpation“ (S. 185).

¹¹ S. 71 Fn. 29 mit Verweis auf *Grüneberg*, in: *Grüneberg, Kommentar zum BGB*, 83. Aufl. 2024, § 283 Rn. 2.

BGB kaum ein Bedarf; der Gläubiger, der regelmäßig nicht wisse, weshalb der Schuldner nicht geleistet hat, dürfe auch dann gem. § 281 BGB vorgehen, wenn die Voraussetzungen des § 275 BGB vorliegen und damit abwarten, ob sich der Schuldner auf diese berufe. Ob der Anspruch dann aus § 281 BGB oder § 283 BGB folge, lässt *Grüneberg*¹² offen. Im vorliegenden Fall besteht hinsichtlich der Tatsachenlage allerdings kein Zweifel; A weiß zudem von den Umständen der Unmöglichkeit. Hier liegt mit § 275 Abs. 1 BGB zudem eine Einwendung vor, auf die sich M nicht berufen muss. Dass damit die Leistung nicht mehr fällig ist, weshalb § 281 BGB schon tatbestandlich nicht in Frage kommt,¹³ problematisiert *Heinrich* nicht und stellt stattdessen darauf ab, dass die Leistung wenigstens zwischenzeitlich fällig geworden war. Erstaunlich ist dabei außerdem, dass der *Autor* in Fn. 29 zum Verhältnis der Vorschriften auf „MüKo/Ernst Rn. 1 f.“ verweist, dieser aber in Rn. 4 ausführt:

„Da das Regelverfahren der Fristsetzung nach § 281 voraussetzt, dass der Schuldner noch zu einer Nachholung der Leistung verpflichtet ist, ist die Vorschrift unanwendbar, wenn der Schuldner nach § 275 von der Leistungspflicht frei geworden ist; unter welchen Voraussetzungen im Fall der Schuldnerbefreiung ein Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz statt der Leistung besteht, regelt deswegen gesondert § 283.“¹⁴

Überzeugenderweise spricht der *Autor* den Anspruch aus § 281 BGB in Fall 14, der eine vergleichbare Konstellation betrifft, nicht an.

3. Besonderes Schuldrecht

Auch im besonderen Schuldrecht sind nicht alle Lösungsvorschläge plausibel. Zunächst soll hier auf das Kaufrecht eingegangen werden. Mängelrechte aus § 437 BGB setzen einen Kaufvertrag voraus. Unter dem auch so benannten Prüfungspunkt stellt *Heinrich* zwar zunächst fest, dass die Parteien einen solchen geschlossen haben, konkludiert jedoch unmittelbar anschließend:

„Es besteht ein vertragliches Schuldverhältnis.“ (S. 18)

Der Student gewinnt also den Eindruck, § 437 BGB erfordere ein (beliebiges) vertragliches Schuldverhältnis.¹⁵ Diese Unsauberkeit wird bei der anschließenden Prüfung des Sachmangels noch übertroffen. So hält *Heinrich* einen Sachmangel für „die negative Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit“ (S. 18). In der Folge logisch, aber dennoch falsch schließt er daran die Prüfung an, ob der Sachmangel auch zur Zeit des Gefahrübergangs vorgelegen habe. Dabei verkennt er, dass eine Abweichung der Sache, um überhaupt Sachmangel sein zu können, bei Gefahrübergang vorliegen muss, § 434 Abs. 1 BGB.¹⁶ Examenskandidaten, die *Heinrich* folgen und nach Bejahung eines Sachmangels prüfen, ob der so bezeichnete Mangel (und nicht nur die Abweichung) bei Gefahrübergang vorgelegen habe, setzen sich dem Vorwurf der gesetzefernen Arbeitsweise aus. Dass die Fall-

¹² *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 283 Rn. 2.

¹³ *Lorenz*, in: *BeckOK BGB*, Stand: 1.5.2024, § 283 Rn. 1; vgl. auch *Schwarze*, in: *Staudinger Kommentar zum BGB*, 2019, § 281 B 9.

¹⁴ *Ernst*, in: *MüKo-BGB*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 281 Rn. 4.

¹⁵ Zum Ganzen S. 18.

¹⁶ Derselbe Fehler unterläuft *Heinrich* auf S. 127 sowie auf S. 128. An letztgenannter Stelle hätte die „Dreistufige Prüfung der Mangelhaftigkeit § 434 Abs. 1 BGB“ richtigerweise um den Punkt des Gefahrübergangs zu einer vierstufigen Prüfung ergänzt werden müssen. Dies erscheint umso wichtiger, als nach § 434 Abs. 5 BGB ein Sachmangel dagegen ohne explizite Prüfung des Gefahrübergangs bejaht werden kann

lösung den Studenten darüber hinaus insoweit ratlos zurücklässt, als sie auf S. 21 in der Lieferung eines mangelhaften Buches eine Pflichtverletzung sieht, auf der nächsten Seite dagegen feststellt, für einen Buchhändler bestehe keine Pflicht, Fachbücher auf ihre inhaltliche Richtigkeit zu prüfen, sei ebenfalls nicht verschwiegen.

Derselbe Fehler wie schon bei § 437 BGB unterläuft im Werkvertragsrecht. So erweckt die Prüfung des Anspruchs aus § 280 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 634 Nr. 4 Var. 1 BGB mit dem Prüfungspunkt „(1) Schuldverhältnis“ (S. 210) zunächst den Eindruck, dass jedes Schuldverhältnis für ein Recht aus § 634 BGB genüge. Noch Gesetzesferner gestalten sich sodann die Ausführungen zum Prüfungspunkt „(2) Pflichtverletzung“. Dort heißt es, hier ungekürzt wiedergegeben:

„Neben einem Schuldverhältnis erfordert § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB eine Pflichtverletzung. Diese besteht, wenn ein Vertragspartner unberechtigt gegen das vertragliche Verhaltensprogramm verstößt. In Betracht kommt die Verletzung von Leistungs-, Nebenleistungs- und Verhaltenspflichten. Die Mitarbeiter der F-GmbH haben das Wandpaneel unzureichend und somit mangelhaft befestigt. Diese Verletzung der Hauptleistungspflicht ist der F-GmbH iSd § 278 Satz 1 BGB zuzurechnen.“

Diese Prüfung ist bemerkenswert, wenn man sich vor Augen führt, dass der Tatbestand des § 634 BGB „Ist das Werk mangelhaft, [...]“ lautet.

Im Mietrecht besteht eine kleinere Unsicherheit bei der Prüfung des Anspruchs aus „§§ 280 Abs. 1, 2, 286 Abs. 1, 546a Abs. 2, 571 Abs. 1 BGB“ (S. 177). Hier wird als Schuldverhältnis § 535 BGB herangezogen, obwohl das Mietverhältnis aufgrund einer Kündigung ja gerade beendet worden ist. Da *Heinrich* im Anschluss richtigerweise auf § 546 Abs. 1 BGB als Grundlage der Rückgabepflicht abstellt, kann aber ohnehin dahingestellt bleiben, welche Bedeutung dem Schuldverhältnis nach § 535 BGB überhaupt zukommt.

Im Bürgschaftsrecht erschließt sich dagegen das Aufbauschema (S. 276) für den Anspruch aus § 765 Abs. 1 BGB nicht vollständig. Auf den Prüfungspunkt „1. Wirksamer Bürgschaftsvertrag“ folgt „2. Keine Unwirksamkeitsgründe“. Dabei bleibt unklar, welchem wirksamen Bürgschaftsvertrag jemals Unwirksamkeitsgründe entgegenstehen.

4. Sachenrecht

Fehler unterlaufen auch im Sachenrecht. Besonders negativ fällt hierbei Fall 7 (S. 179) auf. Dort geht es um einen (ehemaligen) Mieter, der grob fahrlässig von der Unwirksamkeit seiner Kündigung ausgeht und deshalb in der Mietwohnung bleibt. Bei der Prüfung des Schadensersatzanspruchs des Mieters aus §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1 BGB stellt der *Autor* wenig überzeugend auf § 990 Abs. 1 S. 1 BGB ab und nicht etwa auf Satz 2 der Vorschrift. B war jedoch als Mieter zunächst berechtigter Besitzer und verlor erst durch Wirksamwerden der Kündigung mit Ablauf des 31.5. seine Besitzberechtigung. Dies verkannte er zwar grob fahrlässig, Kenntnis, die § 990 Abs. 1 S. 2 BGB im Gegensatz zu Satz 1 verlangt, liegt allerdings nicht vor. Folglich scheidet ein Anspruch aus §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1 BGB richtigerweise aus. *Heinrich* führt dazu nichts aus.

Hinsichtlich der Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses zu knapp sind auch die Ausführungen betreffend die Anwendbarkeit des § 823 Abs. 1 BGB in Fall 14 (S. 369). Dort wird mit Verweis auf § 993 Abs. 1 BGB a.E. ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB für gesperrt gehalten, was auch überzeugt; schade ist jedoch, dass *Heinrich* eine abweichende Auffassung überhaupt nicht erwähnt und sich dementsprechend auch nicht damit auseinandersetzt, dass § 993 BGB von der „Haftung des

redlichen Besitzers“ spricht und schließlich verlangt, dass „die in den §§ 987 bis 992 bezeichneten Voraussetzungen nicht vor[liegen]“. Die Erläuterung ist an dieser Stelle also unvollständig.

Nicht nachvollziehbar sind die Ausführungen zu Fall 16, in welchem die Nichtberechtigte H Ski an U veräußert. Beim Prüfungspunkt „Berechtigung“ wird zutreffend darauf hingewiesen, dass H weder Eigentümerin ist noch eine Wirksamkeit nach § 185 Abs. 1 BGB in Betracht kommt (S. 412). Darüber hinaus führt *Heinrich* aus, H sei ebenfalls nicht „nach §§ 164 ff. BGB [...] zur Übereignung befugt.“ Womöglich geht es ihm darum, festzustellen, dass H nicht als Stellvertreterin des Berechtigten auftrat. Dies unter dem Punkt der „Berechtigung“ anzusprechen, stellt allerdings einen Logikbruch dar, da die Stellvertretung schon bei der Einigung angesprochen hätte werden müssen, was hier zurecht deshalb nicht geschah, da eine Stellvertretung offensichtlich nicht einschlägig ist. Eine Befugnis des Nichtberechtigten zur Verfügung nach §§ 164 ff. BGB ist dem BGB jedenfalls nicht bekannt. Mit diesem Problem hat es im vorliegenden Fall jedoch noch nicht sein Bewenden: Nach der Prüfung der Gutgläubigkeit des Erwerbers prüft *Heinrich*, ob die Ski nicht etwa abhandengekommen sind. Dabei stellt er jedoch auf § 935 Abs. 1 S. 1 BGB ab, obwohl H hier dem S den Besitz mittelte (S. 413). Dass deshalb eine Prüfung des § 935 Abs. 1 S. 2 BGB angezeigt gewesen wäre, bleibt ohne Beachtung.

Ebenfalls das Mobiliarsachenrecht betrifft die mangelhafte Prüfung des § 1007 BGB in Fall 21 (S. 552). Dort verfügt der Alleineigentümer F über einen Router, an welchem seine Ehefrau Mitbesitzer hat. Die Verfügung ist gem. § 1369 Abs. 1 BGB unwirksam. *Heinrich* meint nun, petitorische Ansprüche gem. § 1007 BGB kämen nicht in Betracht, weil F die Sache freiwillig hergegeben habe und der Erwerber gutgläubig war. In der Tat schließt die Gutgläubigkeit des Erwerbers § 1007 Abs. 1 BGB aus, nicht jedoch § 1007 Abs. 2 BGB. Der Ausschluss des § 1007 Abs. 2 S. 1 BGB a.E. greift hier nicht ein, da der Erwerber wegen § 1369 Abs. 1 BGB nicht Eigentümer der Sache ist und diese ihm auch nicht zuvor abhandengekommen war. Fraglich ist gem. § 1007 Abs. 2 S. 1 BGB daher nur noch, ob der Router der Ehefrau, die Mitbesitzerin war, abhandengekommen ist. „Abhandenkommen“ meint dabei dasselbe wie in § 935 Abs. 1 BGB,¹⁷ wobei ein Unterschied darin liegt, dass die Sache bei § 1007 Abs. 2 S. 1 BGB nicht dem Eigentümer, sondern dem Besitzer abhandengekommen sein muss. I.R.d. § 935 Abs. 1 BGB gilt zwar der Grundsatz, dass der Besitzverlust nur eines Mitbesitzers für ein Abhandenkommen ausreicht, in den Fällen nicht, in denen der unfreiwillige Besitzverlust nur Mitbesitzer trifft, die selbst kein Eigentum an der Sache haben, wenn also der Erwerber den Besitz von dem Mitbesitzer erlangt, in dessen Alleineigentum die Sache steht.¹⁸ Ein solcher Fall liegt hier allerdings nicht vor. Dies liegt daran, dass nicht das Abhandenkommen beim Eigentümer gem. § 935 Abs. 1 BGB fraglich ist, sondern das Abhandenkommen beim Besitzer.¹⁹ Somit ist ein Anspruch aus § 1007 Abs. 2 S. 1 BGB zu bejahen. Jedenfalls hätte *Heinrich* die Anwendbarkeit des § 1007 BGB (ohne Differenzierung nach Absätzen) nicht pauschal in einem Satz verneinen dürfen.

Etwas offensichtlicher ist dagegen die Ungenauigkeit in den Aussagen zum Eigentumserwerb kraft Gesetzes nach §§ 946 ff. BGB (S. 441). Dort heißt es in der schematischen Darstellung zur „Vermischung § 948 BGB“:

„Bei § 948 BGB werden bewegliche Sachen untereinander derart vermengt, dass eine Trennung faktisch oder wirtschaftlich unmöglich ist.“

¹⁷ Raff, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 1007 Rn. 32.

¹⁸ BGHZ 199, 227.

¹⁹ Somit sind auch die Ausführungen bei *Heinze*, in: Staudinger Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, § 935 Rn. 7, nicht übertragbar. Auch die Schutzzweckerwägungen zu § 935 Abs. 1 BGB sind für den Besitzschutzanspruch des § 1007 BGB, bei dem es nicht um den Verlust von Eigentum geht, nicht einschlägig.

Damit vermennt *Heinrich* die im Gesetz angelegte Trennung zwischen „Vermischung“ und „Vermengung“, welche zwar dieselbe Rechtsfolge auslösen,²⁰ deren Begrifflichkeiten gleichwohl nicht willkürlich austauschbar sind.

In der Sache richtig, in der Begründung aber zumindest angreifbar ist die Erläuterung der Frage, weshalb die Geschäftsunfähigkeit vom Schutz des § 892 BGB nicht erfasst wird (S. 432). *Heinrich* begründet dies mit dem Sinn und Zweck der Geschäftsunfähigkeitsnormen (Schutz des Geschäftsunfähigen). Deren Schutzzweck soll hier nicht bestritten werden, allerdings hilft im vorliegenden Fall schon der eindeutige Wortlaut des § 892 BGB weiter, in dem es auf Rechtsfolgenseite heißt, der Inhalt des Grundbuchs gelte als richtig. Über die Geschäftsfähigkeit des Eingetragenen macht das Grundbuch dagegen keine Angaben, sodass die Norm den guten Glauben in die Geschäftsfähigkeit des Eingetragenen nicht umfasst.

In Fall 20 macht die wenig gesetzesnahe Methodik die Lösung unnötig kompliziert. Dort geht es um die Belastung eines Grundstückes mit einer Hypothek. Die Einigung der Vertragsparteien betrifft Blatt 1023, versehentlich wird das Grundpfandrecht jedoch in Blatt 1024 eingetragen. Gefragt ist nun nach dem Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung gem. § 1147 BGB in das Grundstück zu Blatt 1024. Bei der Prüfung des Entstehens der Hypothek werden nun Einigung, Eintragung, Briefübergabe, Forderungsbestand und Verfügungsberechtigung des Bestellers geprüft. Zur Einigung heißt es dabei allerdings lediglich:

„Eine wirksame Einigung [...] über die Bestellung einer Briefhypothek an dem Grundstück [...] Blatt 1023 ist zustande gekommen.“ (S. 514)

Erforderlich wäre hier jedoch eine Blatt 1024 betreffende Einigung gewesen, worauf *Heinrich* leider nicht eingeht, obwohl er im nächsten Prüfungspunkt darstellt, dass es – da die Eintragung Blatt 1024 betraf – an der Kongruenz zwischen Einigung und Eintragung fehle. Dies stimmt zwar, doch verlangt das Gesetz zunächst einmal Einigung und Eintragung der Hypothek; wenn es nun schon keine Einigung am besagten Grundstück gibt, so kann nicht der Rechtserwerb erst deshalb verneint werden, weil die richtige Eintragung mit einer anderen Einigung auseinanderfällt, sondern weil es eine Einigung an dem betreffenden Grundstück schon nie gegeben hat. Der *Autor* wirft damit das abstrakte Problem der „Kongruenz zwischen Einigung und Eintragung“ auf, statt eine Einigung am Grundstück 1024 schlicht abzulehnen.

5. Bereicherungsrecht

Besonders unglücklich erscheinen die abstrakten Erläuterungen zur Frage, was unter dem „durch die Verfügung Erlangten“ i.S.d. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB zu verstehen ist (S. 374). Hier hätte man beispielhaft durch Auslegung der Norm die vertretenen Auffassungen herleiten können. *Heinrich* führt dagegen zur „engen Auffassung“ Folgendes an:

„§ 816 Abs. 1 Satz 1 BGB erfasse nicht den Gewinn; der Verkehrswert begrenze die Herausgabepflicht nach oben. Der Übererlös beruhe auf besonderen Bemühungen des Veräußerers und stehe deshalb diesem zu. § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB sei im Zusammenhang mit § 816 Abs. 2 BGB zu sehen, der sich auf den Wert des Objektes bezieht.“

²⁰ Füller, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 948 Rn. 2.

Die Ausführungen mögen in der Sache richtig sein, mit einer Auslegung des Gesetzes haben sie allerdings wenig zu tun. Noch deutlicher wird dies bei der „weiten Sichtweise“ der h.M.:

„Mittels § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB könne auch der Gewinn herausverlangt werden; § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB erfasse das *commodum ex negotiatione cum re*. Der Wortlaut der Norm ordne die Herausgabe des Erlangten ohne Beschränkung an [...]“.

Hier übersieht *Heinrich*, dass ja gerade fraglich ist, worum es sich bei dem Erlangten handelt. Wenn nicht klar ist, was das im Sinne der Norm „Erlangte“ ist, kann dessen Herausgabe auch nicht beschränkt werden. Der Student fragt sich angesichts dieser Ausführungen, wieso eine Antwort auf die Frage, was nach § 816 Abs. 1 S. 1 BGB herausgegeben werden muss, nicht durch Normauslegung gesucht wird. *Heinrichs* Darstellung des Meinungsstreits kommt bezeichnenderweise ohne den Begriff „durch die Verfügung“ aus. Auf S. 419 widmet der *Autor* demselben Meinungsstreit erneut einen Infokasten, der geringfügig anders bezeichnet wird, jedoch erneut nicht die Norm als Ausgangspunkt der Auslegung heranzieht. Sodann wird in der Musterlösung ebenfalls nicht die Norm ausgelegt, sondern es wird auf „Sinn und Zweck des Bereicherungsrechts“ abgestellt und es werden Erwägungen getroffen, die zu einer gerechten Lösung führen sollen. Im Zuge dessen schreibt der *Autor*, ein Vergleich mit § 818 Abs. 2 BGB könne nicht gezogen werden, „weil dort der Veräußerer über eine eigene, nur rechtsgrundlos erlangte Sache verfügt [...]“ (S. 420). Inwiefern bei einer Vorschrift, die die Wertersatzpflicht bei fehlender Möglichkeit der Herausgabe regelt, „der Veräußerer über eine [...] Sache verfügt“, bleibt undurchsichtig.

6. Deliktsrecht

Auch im Deliktsrecht fällt es bisweilen schwer, den Ausführungen zu folgen. In Fall 13 heißt es:

„B hätte nach § 276 Abs. 2 BGB fahrlässig gehandelt, wenn er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat. Er fuhr auf einer geraden, übersichtlichen Strecke und musste nicht damit rechnen, dass F plötzlich auf die Straße gestoßen wurde. Da dies unvorhersehbar unmittelbar vor B passierte, lag ein Ausweichmanöver nicht mehr im Rahmen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Demnach hat er nicht fahrlässig gehandelt [...]“ (S. 331)

Warum Fahrlässigkeit zu verneinen ist, wenn das Ausweichmanöver nicht mehr im Rahmen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt lag, erschließt sich nicht.

7. Schadensrecht

Auch das Schadensrecht leidet bisweilen an gesetzesferner Darstellung. Statt die Unterschiede des Schadensersatzes statt der Leistung und des Schadensersatzes statt der ganzen Leistung zu erläutern, differenziert *Heinrich* zwischen dem „kleinen Schadensersatz“ und dem „großen Schadensersatz“ (S. 209). Der einzige Normverweis in diesem Zusammenhang ist derjenige auf § 281 Abs. 1 S. 3 BGB, wonach „der große Schadensersatz“ bei einem unerheblichen Mangel ausgeschlossen sei. Ähnlich gesetzesfern ist bereits die Gegenüberstellung in Fall 1 (S. 21) erfolgt.

Bemerkenswert ist im Allgemeinen die Oberflächlichkeit in der Schadensprüfung. So wird in Fall 12 (S. 319) N durch eine unerlaubte Handlung des D arbeitsunfähig. Bei der Prüfung eines Anspruchs auf Ersatz des Verdienstausfalls gem. § 823 Abs. 1 BGB heißt es kurzerhand, der Arbeitgeber bleibe gem. § 4 EFZG zur Entgeltfortzahlung verpflichtet, sodass ein Schaden bei N zu vernei-

nen sei. Auf § 843 Abs. 4 BGB wird dabei ebenso wenig eingegangen wie auf die Problematik des normativen Schadensbegriffs im Allgemeinen. In Fall 2 (S. 35) lässt der *Autor* eine Schadensprüfung sogar gänzlich weg.

Ungünstig sind auch die Darstellungen zur Grundlage des Schadensersatzanspruchs. Beispielhaft kann zunächst Fall 1 herangezogen werden. Dort wird ein im Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnisses überlassenes Fahrzeug schuldhaft zerstört und infolgedessen ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB bejaht. Hinsichtlich des Umfangs des Schadensersatzanspruch wird allerdings auf § 249 Abs. 2 BGB abgestellt, wobei die Voraussetzung „wegen Beschädigung einer Sache“ schlicht übergangen wird. Selbst wenn man die vollständige Zerstörung noch als „Beschädigung einer Sache“ sähe, wäre zumindest darauf einzugehen gewesen, dass der Anspruch denkbare Voraussetzung, dass der Geschädigte nach § 249 Abs. 1 BGB Naturalrestitution beanspruchen könnte,²¹ und hier § 251 Abs. 1 Var. 1 BGB, der für den Fall der Unmöglichkeit der Herstellung anordnet, dass sich der Ersatzanspruch auf des Wertinteresse richtet,²² womöglich nähergelegen hätte. In Fall 8 (S. 210) stellt sich die Frage der Anwendbarkeit des § 249 Abs. 2 BGB ebenfalls, wenn auch angesichts des insoweit unklaren Sachverhaltes weniger eindeutig als im eben angeführten Beispiel. Ob nämlich bei der Beschädigung einer Vitrine samt Weingläsern durch ein herabfallendes Wandpaneel hinsichtlich der Weingläser wirklich davon ausgegangen werden kann, dass Naturalrestitution in Betracht kommt, was die Anwendung des § 249 Abs. 2 S. 1 BGB anstelle des § 251 Abs. 1 Var. 1 BGB rechtfertigen würde, kann dem Sachverhalt nicht entnommen werden; hier wäre zumindest ein klarstellender Hinweis hilfreich gewesen.

8. Zivilprozessrecht

Unklar bleibt auch, warum die allgemeinen Vorschriften aus Buch 1 der ZPO im arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren nur über § 495 ZPO anwendbar sein sollen. Nach § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG gelten hier im Grundsatz die Vorschriften der Zivilprozessordnung über das Verfahren vor den Amtsgerichten entsprechend. Bei den §§ 12, 17, 29, 50, 51, 52 ZPO (S. 219) handelt es sich allerdings um allgemeine Vorschriften, die auch im Verfahren vor den Amtsgerichten nicht nur über § 495 ZPO anwendbar sind. *Heinrich* berücksichtigt dies nur sporadisch, etwa bei der Prüfung von Partei- und Prozessfähigkeit (S. 252).

Losgelöst vom Gesetz erfolgen die Aussagen zur Postulationsfähigkeit bei Erledigungserklärungen (S. 327 f.). Der *Autor* führt aus:

„Wird die Erledigung in einer mündlichen Verhandlung vor einem Gericht mit Anwaltszwang erklärt, wird gleichwohl überwiegend kein Anwaltszwang angenommen.“

Die ist zwar im Ergebnis richtig, liegt jedoch schlicht daran, dass die h.M. dem Wortlaut des § 78 Abs. 3 ZPO i.V.m. § 91a Abs. 1 S. 1 Var. 3 ZPO folgt.²³ Ein Normzitat sucht man leider vergeblich.

Ein weiteres Beispiel für Ungenauigkeit findet man in Fall 13 (S. 339). Dort hatte der Kläger B gegen den Beklagten F zunächst einen Zahlungsanspruch. Nach Rechtshängigkeit der Leistungsklage zahlte F an B. Anschließend erfolgte eine beiderseitige Erledigungserklärung. *Heinrich* meint nun, ohne die Erledigungserklärung hätte F gem. § 91 Abs. 1 ZPO die Kosten zu tragen gehabt. Dies

²¹ *Oetker*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 357.

²² *Oetker*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 365.

²³ *Schulz*, in: MüKo-ZPO, Bd. 1, 6. Aufl. 2020, § 91a Rn. 32 m.w.N.; vgl. *Jaspersen*, in: BeckOK ZPO, Stand: 1.3.2024, § 91a Rn. 10 m.w.N.; a.A. *Hansens*, NJW 1991, 954.

ist allerdings unrichtig und verkennt gerade den Zweck der Erledigungserklärung: Ohne diese wäre die Klage vielmehr als unbegründet abgewiesen worden, da der Anspruch nach Zahlung nicht mehr bestanden hätte (§ 362 BGB). Folglich wären die Kosten dem B gem. § 91 Abs. 1 ZPO auferlegt worden. Dass der *Autor* mit „Erledigungserklärung“ hier nur diejenige der F gemeint hat, ist unwahrscheinlich, da sich sodann die Frage gestellt hätte, wie eine einseitige Erledigungserklärung zu behandeln ist, womit sich *Heinrich* nicht auseinandersetzt.

Bei der Zulässigkeitsprüfung der Drittwiderspruchsklage in Fall 15 (S. 382) hätten für die streitwertabhängige sachliche Zuständigkeit §§ 1, 6 ZPO zitiert werden müssen, wobei sich hinsichtlich des § 6 ZPO die Frage stellt, wonach sich der Wert konkret bestimmt. *Heinrich* umgeht die Beantwortung der sich stellenden Rechtsfragen, indem er den Streitwert nicht nennt und dementsprechend nicht subsumiert. Ganz weggelassen wurden Subsumtion und Ergebnis bei der Prüfung des Rechtsschutzinteresses im selben Fall (S. 382). Dort heißt es lehrbuchartig:

„Ein Rechtsschutzinteresse besteht grundsätzlich in der Zeit zwischen dem (ersten) Vollstreckungsakt in den streitigen Gegenstand bis zur vollständigen Beendigung der Zwangsvollstreckung. Nach der Beendigung der Zwangsvollstreckung [...] ist eine Klage nach § 771 ZPO unzulässig, weil dem Kläger damit, dass die bereits beendete Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt wird, nicht mehr geholfen werden kann“.

Eine Anwendung auf den Fall unterbleibt.

VII. Fazit

Insgesamt lässt sich festhalten, dass es *Heinrich* gelungen ist, ein Examinatorium zusammenzustellen, das kurz vor dem Examen stehenden Studenten ermöglicht, den Prüfungsstoff aus allen Gebieten des Zivilrechts aufzufrischen. Getrübt wird dieses Erlebnis durch unsaubere Darstellungen und inhaltliche Fehler, die in einer Häufigkeit auftreten, die für ein Werk, das sich an Examenskandidaten unmittelbar vor den schriftlichen Prüfungen richtet, bemerkenswert ist. Wer jedoch mit dem nötigen Maß an kritischer Reflexion arbeitet, dem vermag das Werk kurz vor dem Examen durch seine überblicksartige Wiederholung ein gewisses Gefühl der Sicherheit zu vermitteln.

Buchrezension

Schumann, Ekkehard/Heese, Michael: Die ZPO-Klausur. Eine Anleitung zur Lösung von Fällen aus dem Erkenntnisverfahren und der Zwangsvollstreckung. Hinweise zur Bearbeitung der Hauptprobleme des Zivilprozessrechts, 4. Aufl., Verlag C.H.Beck, München 2024, 275 S., 29,80 €.

Stud. iur. Johannes Nowesky, Bayreuth*

I. Einleitung

Nach fast zwei Jahrzehnten¹ erhält das von *Ekkehard Schumann* begründete Lehrbuch „Die ZPO-Klausur“ eine vollständige Überarbeitung und wird nunmehr gemeinsam mit *Michael Heese* fortgeführt. Das Buch befindet sich auf dem Rechtsstand vom 1.1.2024, sodass auch die infolge des Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) im Zivilprozessrecht eingetretenen Änderungen berücksichtigt werden.

Trotz personaler Veränderung wird an dem Konzept der Voraufgaben festgehalten: Das Zivilprozessrecht wird in klausur- und fallorientiertem Gewand dargestellt. Die *Autoren* behandeln hierbei sowohl das Erkenntnisverfahren als auch die Zwangsvollstreckung. Ausweislich des Vorwortes richten sie sich an Studierende aller Studienabschnitte, daneben aber auch an Leserinnen und Leser aus Referendariat und Praxis.

II. Zum Inhalt

Nach einer kurzen Einleitung (§ 1), in der die (Prüfungs-)Relevanz des Zivilprozessrechts geschildert wird, gliedert sich das Buch in drei Teile:

Begonnen wird mit einem 20 Seiten umfassenden Teil zu Klausurarten und zum Vorgehen bei der Bearbeitung von Klausuren. Sehr anschaulich wird der Weg vom ersten Lesen der Klausur zur Reinschrift beschrieben. Dabei werden praktische Hinweise gegeben, wie es gelingt, den (mitunter unübersichtlichen) Sachverhalt zu ordnen und zu einer strukturierten Lösung zu gelangen. Auch die Darstellung der verschiedenen Klausurarten und die klare Differenzierung zwischen diesen liefert den Leserinnen und Lesern einen erheblichen Mehrwert, trägt doch die richtige Vorgehensweise in der Richterklausur einerseits und der Anwaltsklausur andererseits maßgeblich zum Klausurerfolg bei und bewahrt vor schwerwiegenden Fehlern.

Immer wieder wird in den nachfolgenden Teilen auf die Unterschiede in der Bearbeitung von Richter- und Anwaltsklausuren eingegangen sowie die Klausurlösungstechnik gefestigt und vertieft. Anders als in manch anderem Lehrbuch stehen hier Ausführungen zur Methodik und Sachinhalt nicht unverbunden nebeneinander. Vielmehr werden beide zusammengeführt, wodurch die erläuterten Methoden keine leeren Hülsen bleiben, sondern greifbares Rüstzeug für die eigene Klausurbearbeitung werden.

* Der *Autor* ist Student der Rechtswissenschaft an der Universität Bayreuth und Stud. Hilfskraft am Institut für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg (Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Kahl, M.A.).

¹ Die Voraufgabe – die 3. Auflage – stammt aus dem Jahre 2006.

Der zweite Abschnitt widmet sich in 20 Kapiteln dem Erkenntnisverfahren. Mit einem Umfang von 171 Seiten nimmt dieser Abschnitt – zu Recht – den meisten Raum des Buches ein. Vom Klageantrag über die Klage- und Verfahrensarten sowie die verschiedenen Prozesshandlungen bis hin zu der Beendigung des Rechtsstreits und den Rechtsbehelfen und Rechtsmitteln werden die verschiedenen (hier vom *Rezensenten* freilich nicht vollständig aufgezählten) Facetten des Erkenntnisverfahrens behandelt. Herauszuheben sind in besonderer Weise die Kapitel 4 bis 6, die sich mit den Prozessparteien, der Streitgenossenschaft sowie der Beteiligung Dritter durch Streitverkündung, Nebenintervention und Beiladung befassen. Durch die (nicht in jedem Lehrbuch gegebene) zusammenhängende Darstellung dieser prozessrechtlichen Institute gelingt es gut, Bedeutung und Unterschiede der verschiedenen zivilprozessualen Stellungen von Personen zu erfassen.

Wünschenswert wäre allenfalls eine Erwähnung der Musterfeststellungs- und der Abhilfeklage. Zwar kommt beiden Klagearten wohl eher weniger Klausurrelevanz zu, doch förderte ein (kurzer) Hinweis den Überblick über das Zivilprozessrecht in seiner Gesamtheit und lieferte bisweilen weiteres Argumentationsmaterial. Das positive Gesamtbild der Ausführungen zum Erkenntnisverfahren wird durch das Fehlen eines solchen Hinweises aber in keiner Weise getrübt.

Abschließend wird im dritten Teil des Buches das Vollstreckungsrecht behandelt. In sechs Kapiteln werden neben der Arbeitsweise in vollstreckungsrechtlichen Fällen die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen, die verschiedenen Arten der Zwangsvollstreckung sowie schließlich die vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe beleuchtet. Die gemeinsame Erörterung sowohl des Erkenntnisverfahrens als auch der Zwangsvollstreckung in einem Werk ermöglicht eine gewinnbringende Verzahnung beider Teilgebiete. Schnittstellen werden deutlich dargelegt. Die Leserinnen und Leser können in der Folge kaum verkennen, dass das Erkenntnisverfahren nicht ohne das Vollstreckungsverfahren *et vice versa* gesehen werden kann.

Besonders gut gelungen ist die Abgrenzung der verschiedenen Rechtsbehelfe des Vollstreckungsrechts. Die Unterschiede und Anwendungsbereiche der einzelnen Rechtsbehelfe werden prägnant herausgestellt. Davon ausgehend werden den Leserinnen und Lesern etliche Hilfestellungen an die Hand gegeben, mit denen es gelingt, aus der Vielzahl der vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe den bzw. die jeweils einschlägigen auszuwählen.

Im Rahmen der Ausführungen zur Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen wird – wohl mit Blick auf die eher geringe Klausurrelevanz – nur knapp darauf hingewiesen, dass sich nähere Regelungen zu Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung im ZVG finden. Obgleich das ZVG deutlich kürzer als die ZPO ist, weist es mit seinen über 200 Paragraphen² dennoch einen beträchtlichen Umfang auf. Damit sich die Leserinnen und Leser auch im ZVG zurechtfinden, wenn Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung dann doch einmal abgeprüft werden, trügen einige allgemeine Worte zum ZVG und dessen Regelungsstruktur zur vollkommenen Abrundung der Ausführungen bei. In der Gesamtschau erscheint dies indes marginal und tut der hohen Qualität der Darstellungen keinen Abbruch.

III. Gesamteindruck

Bemerkenswert ist zunächst, dass – anders als allzu häufig der Fall – die Neuauflage nicht zu einer Steigerung des Umfangs des Buches geführt hat. Mit der vierten Auflage ist das ohnehin schon bündige Werk nochmals um knapp 40 Seiten schlanker geworden. Zurückführen lässt sich dies auf eine

² Der letzte Paragraph des ZVG trägt zwar die Nummer 186, doch dürfen beim Zählen der Paragraphen diejenigen Paragraphen nicht übersehen werden, die mit einer Kombination aus einer Zahl und einem Kleinbuchstaben bezeichnet sind.

der wohl größten Stärken des Buches und der *Autoren*: Die gelungene Schwerpunktsetzung. Weniger klausurrelevante Thematiken werden knapp erörtert, klausurrelevantes und tatsächliche Problempunkte in der gebotenen Ausführlichkeit. An keiner Stelle verliert sich das *Autorenduo* in dogmatischen Verästelungen.

Die Klarheit der Ausführungen wird zudem durch die verständliche und präzise Ausdrucksweise sowie den auf das Wesentliche reduzierten Schreibstil, der auf sämtliche aufblähende Ausführungen verzichtet, gefördert. So werden etwa in § 28 die von den *Autoren* identifizierten zwölf Besonderheiten des einstweiligen Rechtsschutzes gegenüber dem Klageverfahren ohne schnörkelhafte Umschweife präsentiert: In zwölf Textabschnitten – jeweils überschrieben mit „Erste Besonderheit“, „Zweite Besonderheit“ und so fort – wird übersichtlich präsentiert, was es bei dem einstweiligen Rechtsschutz im Besonderen zu berücksichtigen gilt. Eine solche Darstellungsweise hat nicht nur eine Reduktion des Textumfangs zur Folge, sondern erleichtert auch das Nachschlagen einzelner Problematiken und Streitpunkte.

Die Präzision in der Sprache, die *Schumann/Heese* selbst an den Tag legen, versuchen sie ebenso ihren Leserinnen und Lesern beizubringen. In Anbetracht des uneinheitlichen Sprachgebrauchs der ZPO ist dies durchaus eine Herausforderung. Diese Uneinheitlichkeit des Sprachgebrauchs wird an diversen Stellen des Buches diffizil herausgearbeitet, um anschließend Empfehlungen für eine saubere Verwendung der Fachtermini abzuleiten.

Hervorzuheben sind ferner die zahlreichen Beispiele. Auf den 268 Seiten der inhaltlichen Ausführungen finden sich 177 Beispielfälle. Oder anders gewendet: Auf jeder Doppelseite befinden sich im Schnitt 1,3 Beispielfälle. Die Beispiele gewinnen nicht zuletzt dadurch an Aussage- und Erklärungskraft, dass häufig bereits erwähnte Beispiele abgewandelt werden. So wird deutlich, auf welche Weichenstellungen des Sachverhalts bei der Falllösung zu achten ist. Darüber hinaus wird der Blick für die entscheidenden Aspekte bei Sachverhaltsauswertung und -lösung geschärft, indem die *Autoren* regelmäßig ihre Erfahrungen aus Prüfungskorrekturen einfließen lassen und vor häufig auftretenden Fehlern warnen.

Zudem helfen die sorgsam ausgewählten Verweise in den Fußnoten und eine Vermeidung der Überfrachtung derselben bei der Vertiefung der behandelten Materien. Von Vorteil ist hierbei, dass auf besondere Relevanz einzelner Verweise durch sprachliche Zusätze wie „lesenswert“ aufmerksam gemacht wird.

Wie oben schon angeklungen ist, legen die *Autoren* einen Fokus auf die Vermittlung von Methoden und Kompetenzen. Ausdruck findet dies auch darin, dass die *Autoren* Schemata skeptisch gegenüberstehen und in ihrem Buch bewusst auf sie verzichten. Gleichwohl wird den Leserinnen und Lesern durch Aufbauhinweise und die Empfehlung von Prüfungsreihenfolgen eine Struktur zur Gliederung von Falllösungen an die Hand gegeben. Einzig für die Zulässigkeit einer Klage wird auf eine explizite Empfehlung einer Prüfungsreihenfolge verzichtet. Stattdessen verweisen die *Autoren* für die Prüfungsreihenfolge in einer Fußnote³ auf einen Beitrag von *Arz* in der *JuS* 2022⁴. Dies erfüllt zwar vollkommen seinen Zweck – die Leserinnen und Leser wissen nach der kombinierten Lektüre von Buch und Aufsatz, wie und in welcher Abfolge bei der Erörterung von Zulässigkeitsfragen vorzugehen ist. Aufgrund der zentralen (Prüfungs-)Bedeutung der Zulässigkeit von Klagen böte eine im Buch selbst abgedruckte Prüfungsreihenfolge dennoch einen Mehrwert.

Nicht nur durch den Verzicht auf die Abbildung von Schemata werden die Leserinnen und Leser, die das Buch zur Prüfungsvorbereitung nutzen, von unnötigem Auswendiglernen abgehalten, son-

³ *In concreto* Fn. 1 bei § 39 des Buches.

⁴ *Arz*, *JuS* 2022, 321.

dern auch dadurch, dass Meinungsstreitigkeiten von ihrem (gesetzlichen) Ursprungspunkt hergeleitet und zugleich normative Grundwertungen und -strukturen aufgezeigt werden. Auf diese Weise wird den Leserinnen und Lesern die Kompetenz zum eigenständigen Argumentieren vermittelt. Korrespondierend damit wird an kaum einer Stelle vorgegeben, welcher Ansicht zu folgen oder gar welche die „richtige“ sei.⁵ Ganz im Gegenteil: Mehrfach wird ausdrücklich davor gewarnt, sich bestimmten Ansichten pauschal anzuschließen. Vielmehr raten die *Autoren* den Leserinnen und Lesern dazu, abhängig vom konkreten Fall zu argumentieren und zu entscheiden, welche Ansicht ein überzeugendes Ergebnis liefert.

IV. Fazit

Die von *Schumann/Heese* vorgelegte vierte Auflage des Buches „Die ZPO-Klausur“ wird dem eigenen, bereits durch den Untertitel proklamierten Anspruch, eine Anleitung zur Lösung von Fällen aus dem Erkenntnisverfahren und der Zwangsvollstreckung zu sein, vollumfänglich gerecht. Das Werk schafft es, nicht nur das Wissen, sondern darüber hinaus auch die Kompetenz zur eigenständigen Klausurlösung zu vermitteln. Dies gelingt den *Autoren* in bemerkenswerter Bündigkeit. Nicht zuletzt deshalb kann das Buch uneingeschränkt empfohlen werden. Insbesondere Examenskandidatinnen und -kandidaten (der Ersten Juristischen Staatsprüfung), die auf der Suche nach Lernmaterial für eine effiziente Prüfungsvorbereitung sind, sei das Werk von *Schumann/Heese* nahegelegt.

⁵ Ausnahmsweise wird bei den Theorien zur Entstehung des Pfändungspfandrechts sowie beim Streit um die korrekte Durchführungsweise der Pfändung eines Anwartschaftsrechts eine Empfehlung ausgesprochen, welcher Ansicht es sich in Fallbearbeitungen anzuschließen lohnt.

Buchrezension

Rengier, Rudolf: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 15. Aufl., C.H. Beck, München 2023, 641 S., 27,90 €.

Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jur. Leon Trampe, Berlin*

I. Kontextualisierung

Das Lehrbuch des emeritierten Professors *Rudolf Rengier* zum Allgemeinen Teil des Strafrechts fügt sich in eine Trilogie ein. Es ergänzt dessen langjährige Werke zu den Vermögensdelikten (Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024) und Delikten gegen die Person und die Allgemeinheit (Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024).¹

Die vorgelagerten Grundfragen, etwa rechtsgeschichtliche Bezüge des Strafgesetzbuches, die Zusammenhänge des materiellen Strafrechts zum Prozessrecht oder dessen Einordnung in internationale Rechtsetzung streift der *Autor* lediglich. Ihre Beantwortungen schaffen zwar ein ganzheitliches Bild, insoweit sei jedoch auf die begleitende Lektüre eines gesonderten Lehrwerks verwiesen. *Rengier* schneidet sein Werk dezidiert auf einen Grundriss zu und ist damit konsequenter Repräsentant der gleichnamigen Buchreihe.

II. Konzeption und Struktur

Der *Verf.* arbeitet seit der ersten Auflage (2009) kontinuierlich am Werk. Die allgemeine Struktur des Lehrbuchs blieb stets beständig.² Das Buch gliedert sich in insgesamt 57 Paragraphen, die *Rengier* unter elf Kapitel ordnet. Nach den gesamtstrafrechtlichen Grundlagen und einer kurzen Einführung in die strafrechtliche Fallbearbeitung beginnt der Stoff des Allgemeinen Teils mit dem dritten Kapitel. Bereits die Konzeption des Lehrbuchs ist prüfungsorientiert, wenn der *Autor* seine Gliederung entlang des herrschenden dreistufigen Deliktsaufbaus vollzieht: Der Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld im vollendeten vorsätzlichen Begehungsdelikt folgen Kapitel über Irrtum, Versuch und Rücktritt, Täterschaft und Teilnahme, Unterlassungsdelikte, Fahrlässigkeitsdelikte und die Konkurrenzlehre. Das Buch deckt somit die examensrelevanten Bereiche des Allgemeinen Teils ab. Besonders ausführlich behandelt es die Täterschaft und Teilnahme (103 Seiten), Rechtswidrigkeit (101 Seiten) sowie Versuch und Rücktritt (86 Seiten).

Die aktuelle Auflage gewichtet den Fallbezug konzeptionell etwas stärker, um insbesondere Anfänger*innen zu adressieren, die erstmals mit Fragen der Fallbearbeitung konfrontiert sind. Inhaltlich liegen die Schwerpunkte der Aktualisierung und Überarbeitung im Strafanwendungsrecht, in der Irrtumslehre und in Notwehr- und Notstandsproblemen, die sich insbesondere im Zusammenhang mit Protestaktionen von Klimaaktivist*innen stellen. Weitere Überarbeitungen betreffen die Ausführungen zum Rücktritt und Unterlassungsdelikt. Aktuelle Gerichtsentscheidungen und Literatur berücksichtigt die Edition bis Juni 2023.

* Der *Autor* ist Doktorand und Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Juristische Zeitgeschichte (Prof. Dr. Florian Jeßberger) der Humboldt-Universität zu Berlin sowie Projektkoordinator am African-German Research Network for Transnational Criminal Justice.

¹ Eine Gesamtrezension zu den anderen beiden Büchern findet sich bei *Kische*, ZJS 2008, 560.

² Zum Aufbau ausführlich *Große-Wortmann*, ZJS 2014, 220.

Den Unterkapiteln sind kurze Exempel und insbesondere Einstiegsfälle vorangestellt. Sie legen das Fundament für großen Erkenntnisgewinn, da sie während des Lesens verarbeitet werden. Je nach Lernstand können sie im Anschluss an einzelne Aspekte oder alle Abschnittsinhalte gelöst werden. Den Grundlagen und systematischen Überblicken bzw. erörterten Aufbauschemata schließen sich tiefere Ausführungen zu den Kerninhalten an. An geeigneten Passagen werden prägnante Lösungsvorschläge präsentiert, die dem Abgleich mit eigenen Falllösungen dienen. So vollzieht *Rengier* den deduktiven Dreischritt „lesen, begreifen, anwenden“ optimal nach. Über Vertiefungen an entscheidenden Passus vermittelt der *Autor* elementare Kenntnisse, erhält aber seinen scharfsinnigen Blick für wesentliche Grundstrukturen. Klassische Probleme erörtert er unter Einbeziehung verschiedener Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung. *Rengier* beschränkt sich auf die entscheidenden Argumente und setzt auf Qualität statt Quantität. In vielen Fällen leitet er seine Ergebnisse unter sorgfältiger Anwendung der juristischen Auslegungsmethoden her. Der Verzicht auf Fußnoten sowie der sparsame Einsatz von Nachweisen im Fließtext fördern der Lesefluss. In diesem Sinne widmet der *Autor* den Verweisen eigens dafür vorgesehene Absätze mit geringerem Schriftgrad als der Haupttext. Am Ende der Paragraphen empfiehlt er zumeist Literatur zur vertiefenden Lektüre. Dies dient nicht dem Schluss etwaiger inhaltlicher Lücken, sondern regt zur Vertiefung an und verhindert die Fokussierung auf Spezialwissen. Das Stichwortverzeichnis am Ende des Buches erleichtert das effiziente, zielgerichtete Arbeiten.

Rengier erörtert vielerorts die Grundlagen einheitlich und zeigt anschließend Besonderheiten auf. Dieses Prinzip nutzt er insbesondere bei den Rechtfertigungsgründen im Allgemeinen (§ 17) und für die zivilrechtlichen Notstände im Speziellen (§ 20), aber auch bei der Gegenüberstellung von Einverständnis und Einwilligungformen (§ 23). In § 45 zeichnet er die strukturelle Parallelität von Anstiftung und Beihilfe nach: Formelle Gemeinsamkeiten (Grundlagen und Aufbaufragen) und materielle Kongruenzen (vorsätzlich rechtswidrige Haupttat) zieht *Rengier* vor die Klammer, ihre Unterschiede behandelt er anschließend separat (§ 45 Rn. 23 ff.). Eine große Leistung liegt in seiner deutlichen Kontextualisierung von Zusammenhängen, die das Verständnis für zugrundeliegende Probleme schärft. So verweist er auf die vergleichbare Lösung von Distanzfällen als Grenzkonstellation des Tatbestandsirrtums (§ 15 Rn. 42 ff.), des errors in persona von berauschten Personen im Falle der actio libera in causa (§ 25 Rn. 23 f.), von Vorderpersonen im Rahmen der mittelbaren Täterschaft (§ 43 Rn. 73 ff.) und von Täter*innen bei einer Anstiftung (§ 45 Rn. 57 ff.).

Wenn der *Autor* Meinungen vertritt, die von herrschenden Auffassungen abweichen, kennzeichnet er dies regelmäßig und begründet seine Ansichten schlüssig (vgl. § 13 Rn. 57 f.). Das Lehrbuch ist daher nicht bloße strafrechtliche Stoffsammlung, die *Rengier* durch die Brille überwiegend geteilter Anschauungen betrachtet. Vielmehr vertritt er aus Überzeugung eigene Standpunkte und untermauert sie häufig mit schlagkräftigen Argumenten. Hier wie dort beschränkt sich *Rengier* nicht auf Merksätze, sondern lässt die Leser*innen an der Genese seiner Gedanken teilhaben. Er vollzieht sie gemeinsam mit ihnen. In jeder Zeile ist das Bemühen erkennbar, dass er sie begreifen und nicht bloß wissen lassen möchte.

Insgesamt verschafft das *Rengier*'sche Lehrbuch einen weitreichenden Überblick über den Allgemeinen Teil des Strafrechts. Mit seinem einfachen Duktus schlägt er sich auf die Seite der Leserschaft und erleichtert den Einstieg in die Materie für Anfänger*innen. Fortgeschrittene können sie wiederholen, thematische Verflechtungen zwischen dem Allgemeinen und Besonderen Teil erkennen und delikate Inhalte über Ausführungen vertiefen, die solide Grundkenntnisse präsupponieren.

III. Entwicklungspotenzial

Mit Blick auf Struktur, Sprache, Diskussionsstil und Schwerpunktsetzung ergeben sich Potenziale für

die künftige Entwicklung des Werkes.

Die Gliederung des Buches ist nicht an jeder Stelle kohärent. Der entschuldigende Notstand (§ 26) ist nach dem Notwehrexzess (§ 27) zu erläutern, die derzeitige Struktur entspricht weder der systematischen Anordnung noch der Prüfungsreihenfolge – wie *Rengier* selbst impliziert (vgl. § 27 Rn. 2). Daneben irritiert es, wenn der *Autor* die Handlungseinheit entzweit, indem er die rechtliche Handlungseinheit unter „V. Tateinheit“ führt, anstatt sie wie die anderen Varianten der Handlungseinheit unter dem gleichnamigen Abschnitt „III.“ zu behandeln.

Rhetorisch verpasst der *Verf.* bisweilen die Möglichkeit, nuancierte Schlagwörter einzuführen, die sich als präzise Verständnishilfe eignen und zu den Werkzeugen einer guten Prüfungsleistung gehören. Etwa benennt er statt des Erlaubnisexistenz- und Erlaubnisgrenzirtums nur den Erlaubnisirrtum (§ 31 Rn. 12) und lässt pointierte Ausdrücke wie Akzessorietätslockerung oder Akzessorietätsdurchbrechung vermissen (vgl. § 46 Rn. 1 ff.). In seltenen Fällen drückt sich *Rengier* missverständlich aus, etwa wenn er zwar die Vorgehensweise bei Konkurrenzfragen prägnant formuliert, aber im Sinne einer vorrangigen Prüfung der Handlungseinheit meint, „[b]ei der Bearbeitung der Konkurrenzfragen geh[e] man stets von der Handlungseinheit aus“ (§ 56 Rn. 5).

Stilistisch gelingt es *Rengier* mancherorts nicht, deutlich zwischen seiner umstrittenen Ansicht und einhelligen Ausführung abzugrenzen. So verwirrt es bei den Irrtumsfragen im Rahmen der mittelbaren Täterschaft, wenn die Hinterperson im Falle ihrer (irrigen) Annahme der Strafbarkeit der Vorderperson – trotz Tatvollendung – wegen eines versuchten Deliktes in mittelbarer Täterschaft, nicht jedoch wegen eines vollendeten Deliktes in versuchter mittelbarer Täterschaft strafbar sein soll (§ 43 Rn. 81). Darüber hinaus formt *Rengier* in gewissen Passagen eine Diskussion mit Schlagseite, wenn er Gegenargumente vermissen lässt (vgl. nur § 3 Rn. 10 ff.). Andererseits könnte er die (berechtigterweise) sparsam vorgebrachten Argumente durch solche austauschen, die systematisches oder teleologisches Rechtsverständnis vermitteln. Etwa wäre es spätestens bei der Modifizierung des Sorgfaltsmaßstabes durch Sonderkönnen opportun, den Strafgrund der Fahrlässigkeit – der angesichts des Erfolgsunwerts im effektiven Rechtsgüterschutz liegen dürfte – anzubringen (§ 52 Rn. 21).

Entsprechend seines gelungenen Gesamtkonzepts vermeidet der *Verf.* Redundanzen, wenn er Bezüge zum Besonderen Teil herstellt und ohne weitere Erklärung auf entsprechende Bücher innerhalb der Trilogie verweist. Zugunsten von Käufer*innen des Einzelwerks erscheinen allerdings solche Stellen überdenkenswert, an denen der *Autor* den uneindeutigen Diskussionsschwerpunkt nicht im Allgemeinen Teil verortet und Erläuterungen in die separaten Titel zum Besonderen Teil verschiebt (siehe z.B. § 18 Rn. 30a: Rechtswidrigkeit des Angriffs bei hoheitlichem Handeln). Auf dieser Linie liegen die fehlenden Ausführungen zur umstrittenen Anwendung der sukzessiven Beihilfe im Beendigungsstadium (vgl. § 45 Rn. 124). Die bloß lakonische Beschreibung der hypothetischen Einwilligung (§ 23 Rn. 62) verwundert aber auch deshalb, weil sich die Diskussion um ihre abstrakte Rechtfertigungswirkung im Allgemeinen Teil konzentriert. Hingegen ist es ein Zeichen guter Schwerpunktsetzung, wenn *Rengier* darauf verzichtet, eine vergleichbare Problematik mehrfach umfassend innerhalb des Buches zu besprechen.³

Schließlich könnte ein Paragraphenverzeichnis das systematische Verständnis des Verhältnisses der Strafgesetze fördern.

IV. Zusammenfassung

Das Lehrbuch besticht mit einem prägnanten Schreibstil, übersichtlichen Darstellungen und anschau-

³ Anders *Wu*, ZJS 2020, 295 (296).

lichen Beispielen. Es ermuntert zum autodidaktischen Studieren und bietet ein didaktisches Hybrid aus schematischer, systematischer und fallorientierter Darstellung. Zusammen mit methodischen Fallbearbeitungshinweisen gibt *Rengier* Rüstzeug an die Hand, mit dem die Leser*innen Prinzipien und Bestimmungen des Allgemeinen Teils komplexen Lebenssachverhalten souverän zuführen können. Die Ausführungen könnten mancherorts um die in weiteren Titeln zum Besonderen Teil geführten Inhalte ergänzt werden. Dem ungeachtet ist es zur optimalen Prüfungsvorbereitung ohnehin anzuraten, die Lerninhalte über ein weiteres Lehrbuch mit anderem Zuschnitt zu flankieren.⁴

Trotz kleinerer Monita empfiehlt sich das Buch für Anfänger*innen wie Fortgeschrittene. Für eine allgemeingültige Aussage sind die Gouts zu verschieden, doch das Werk *Rengiers* gibt allen Anlass, ihn bei der Kür zum persönlichen Studienbegleiter in die engere Auswahl zu ziehen. Letztlich haben sich die positiven Prognosen⁵ bewahrheitet, denn spätestens mit seiner 15. Auflage ist das Buch mit voller Berechtigung zum „kleinen Klassiker“ geworden.

⁴ Zur Rezension eines gelungenen Pendanten von *Wessels, Beulke* und *Satzger* siehe *Trampe*, ZJS 2024 (im Erscheinen).

⁵ In Anlehnung an *Putzke*, JuS 2010, XII.