

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

4/2024
17. Jahrgang

S. 632–878

Inhalt

AUFSÄTZE

Zivilrecht

Kapitalerhaltung in der GmbH

Dipl.-Jur. Amani H. Mehdawi, Berlin 632

Erbrechtliche Nachfolgeklauseln bei GbR und OHG nach der gesetzlichen Neufassung

Stud. iur. Hendrik Franz Slabsche, Frankfurt a.M. 639

Die Wiederzulassung von Mehrstimmenrechtsaktien aus rechtsökonomischer Sicht

Stud. iur. Bennet Lasse Stau, Bonn 654

Öffentliches Recht

Grundzüge des Prüfungsrechts unter besonderer Berücksichtigung juristischer Staatsexamensprüfungen

Universitätsassistent Dr. Elias Wirth, LL.M., Wien 675

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Zivilrecht

Zivilrecht in Mittelstufe: Wem gehört der Eine Ring?

Wiss. Mitarbeiter Robin Repnow, Heidelberg 689

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Anfängerklausur im Sachenrecht: Einen Schritt voraus?

Prof. Dr. Beate Gsell, Wiss. Mitarbeiter Andreas Freiwald, München 701

Öffentliches Recht

- Fortgeschrittenenklausur Versammlungsrecht: „Die Freitags-Demonstration“
Prof. Dr. Johannes Dietlein, Wiss. Mitarbeiter Lucas Walge, Düsseldorf 714
- Anfängerhausarbeit: „Wie du mir, so ich dir“
Wiss. Mitarbeiter Paul Bidmon, Stud. Hilfskraft Nele Walther,
Stud. Hilfskraft Hannah Wischmann, Bochum 735
- Übungsfall im Verwaltungsrecht: Werbung für die Weihnachtslotterie
Wiss. Mitarbeiter Kaie Lemken, Wiss. Mitarbeiter Christopher Paskowski,
Hamburg 761

Strafrecht

- Anfängerklausur: Das Haus am See
Wiss. Mitarbeiter Maximilian Schach, Stud. Hilfskraft Johanna Hager, München 779
- Anfängerklausur: Klimaprotest mal anders
Stud. iur. Katharina Achleitner, Stud. iur. Jan Günther, München 790
- Fortgeschrittenenklausur: Der rasende Helfer
Stud. iur. Paul Friedrich, München 810

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Zivilrecht

- LSG Niedersachsen-Bremen, Urt. v. 27.2.2024 – L 11 AS 330/22
(Zurechnung bei Handeln Dritter im Sozialversicherungsrecht)
(Ass. iur. Hao-Hao Wu, München) 828

Strafrecht

- OLG Hamm, Urt. v. 7.12.2023 – 4 ORs 111/23
(Zur Abgrenzung zwischen Trickdiebstahl und Sachbetrug sowie zum unmittelbaren Ansetzen zum Versuch bei einer Tat nach dem „Wash-Wash-Verfahren“)
(RiOLG Prof. Dr. Janique Brüning, Kiel) 835
- BGH, Beschl. v. 17.4.2024 – 1 StR 403/23
(Versuchte schwere Körperverletzung, fehlgeschlagener Versuch, Rücktritt)
(Prof. Dr. Frank Zieschang, Würzburg) 848

ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23 (LG Neuruppin)
(Zueignung eines Tiefladers – zur Konkretisierung des Zueignungserfolges
der Unterschlagung)

(Wiss. Mitarbeiter Tim Stephan, Köln)

859

BUCHREZENSIONEN

Öffentliches Recht

Martini, Mario: Verwaltungsprozessrecht und Allgemeines Verwaltungsrecht,
7. Aufl. 2023

(Kilian L. Scholz, Hannover)

872

Strafrecht

Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut: Strafrecht, Allgemeiner Teil,
Die Straftat und ihr Aufbau, 53. Aufl. 2023

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

875

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

Kapitalerhaltung in der GmbH

Dipl.-Jur. Amani H. Mehdawi, Berlin*

Das Wesen der Kapitalgesellschaft als körperschaftlich organisierter Gesellschaftsform ist maßgeblich geprägt vom Gedanken des Kapitalschutzes in Form von Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung. Anders als bei Personen(handels)gesellschaften haften die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft nur in Ausnahmefällen persönlich im Rahmen der Durchgriffshaftung. Um dennoch sicherzustellen, dass weder Gläubiger noch die Gesellschaft selbst benachteiligt werden, wird dem Schutz vor etwaigem Missbrauch unter anderem durch Vorschriften zur Erhaltung des satzungsmäßigen Kapitals Rechnung getragen. Im Folgenden soll die Kapitalerhaltung in der GmbH näher in den Blick genommen werden.

I. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt	633
1. Kapitalerhaltung gem. § 30 GmbHG	633
2. Exkurs: Sog. Novemberurteil des BGH	633
II. Voraussetzungen zulässiger Leistung gem. § 30 Abs. 1 GmbHG im Einzelnen	633
1. Unterschied zwischen § 30 GmbHG und § 57 AktG	634
2. Zulässige Leistung an den Gesellschafter	634
a) Vorliegen eines Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrags gem. § 291 AktG, § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG	634
b) Vorhandensein eines vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruchs, § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG	634
aa) Unterscheidung von Gegenleistungs- und Rückgewähranspruch	635
bb) Begriff der Vollwertigkeit	635
cc) Deckungsgebot	636
c) Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens (sog. downstream loans), § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG	636
aa) Lösung über das Insolvenz- und Anfechtungsrecht, §§ 39 Abs. 1 Nr. 5 und 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO	636
bb) Exkurs: Rechtslage bis zum MoMiG, sog. eigenkapitalersetzendes Darlehen, § 30 Abs. 1 GmbHG analog	637
3. Sonderfall: Cash-Pool	637
III. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Kapitalerhaltungsvorschriften	638
IV. Fazit	638

* Die Verf. ist Doktorandin und Wiss. Mitarbeiterin bei einer international tätigen Großkanzlei im Gesellschaftsrecht.

I. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt

Gesetzlicher Ausgangspunkt ist § 30 GmbHG.

1. Kapitalerhaltung gem. § 30 GmbHG

Gem. § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG ist das zur Erhaltung des satzungsmäßigen Stammkapitals¹ erforderliche Vermögen der Gesellschaft grundsätzlich nicht an die Gesellschafter auszusahlen. Das vorhandene Gesellschaftsvermögen muss also mindestens dem gezeichneten Kapital entsprechen. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, nach welcher Maßgabe ermittelt wird, ob dies der Fall ist. Der Gesetzgeber hat sich im Zuge des MoMiG² für die sog. bilanzielle Betrachtungsweise³ entschieden, die im Wortlaut von § 30 Abs. 1 GmbHG ihre Stütze findet.

2. Exkurs: Sog. Novemberurteil des BGH⁴

Selbstverständlich ist dies deshalb nicht, weil der BGH im sog. November-Urteil aus dem Jahr 2003 vor dem Hintergrund des sog. Substanzschutzarguments entgegengesetzt argumentierte. Der Vermögensschutz erschöpfe sich – so der BGH in den Entscheidungsgründen – gerade nicht in der Garantie einer bilanzmäßigen Rechnungsziffer. Vielmehr sei der Erhalt einer die Stammkapitalziffer deckenden Haftungsmasse erforderlich. Dies wäre aber gerade nicht gegeben, würde man liquide Haftungsmasse gegen eine zeitlich herausgeschobene schuldrechtliche Forderung tauschen.⁵

Hintergrund war die Gewährung eines Darlehens an einen Gesellschafter, welches zu Lasten des gebundenen Vermögens ausgereicht wurde. Der BGH hatte den mit der Auszahlung korrespondierenden Rückgewähranspruch der Gesellschaft als für die Kapitalerhaltung nach § 30 GmbHG nicht ausreichend angesehen und zwar ungeachtet dessen, ob der Anspruch vollwertig⁶ gewesen ist.⁷

Mit dem MoMiG schob der Gesetzgeber der Diskussion 2008 einen Riegel vor und schrieb die bilanzielle Betrachtung im Gesetz fest.

II. Voraussetzungen zulässiger Leistung gem. § 30 Abs. 1 GmbHG im Einzelnen

Fraglich ist, wann im Einzelfall eine Verletzung von Kapitalerhaltungsvorschriften vorliegt; anders gewendet, unter welchen Voraussetzungen eine Zahlung an den Gesellschafter nach Maßgabe des § 30 Abs. 1 GmbHG zulässig ist.

¹ Terminologisch zu unterscheiden sind das satzungsmäßige Stammkapital, Mindestkapital, Gesellschaftsvermögen und Mindesteinzahlung, vgl. auch *Windbichler/Bachmann*, Gesellschaftsrecht, 25. Aufl. 2024, § 25 Rn. 3.

² Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen v. 23.10.2008 (BGBl. I 2008, S. 2026). Grund für diese gesetzgeberische Entscheidung war nicht zuletzt, dass das sog. November-Urteil des BGH dem in der Praxis verbreiteten Cash-Pool zur konzerninternen Finanzierung eine rechtssichere Grundlage entzogen hatte, vgl. Begründung RegE BT-Drs. 16/6140, S. 41 f.

³ Instrukтив zur Ermittlung einer etwaigen Unterbilanz *Windbichler/Bachmann*, Gesellschaftsrecht, 25. Aufl. 2024, § 25 Rn. 26 f.

⁴ BGH, Urt. v. 24.11.2003 – II ZR 171/01 = BGHZ 157, 72 ff.

⁵ Vgl. BGHZ 157, 75 f. Bereits im sog. MPS-Urteil vom 1.12.2008 gab der BGH diese Rechtsprechung wieder auf, vgl. BGHZ 179, 71.

⁶ Zum Vollwertigkeitskriterium siehe II. 2. b) bb).

⁷ BGHZ 157, 75 (75).

1. Unterschied zwischen § 30 GmbHG und § 57 AktG

Zunächst fällt ein prägender Unterschied zwischen GmbH- und Aktienrecht auf, der seinen Grund im Wesen der jeweiligen Gesellschaftsform hat. Während die Aktiengesellschaft nach dem gesetzlichen Grundkonzept Publikumsgesellschaft mit entsprechend vielfältigem Aktionärskreis ist, handelt es sich bei der GmbH um eine personalistisch geprägte Gesellschaft. Damit einher gehen strengere Kapitalerhaltungsvorschriften bei der AG, um eine ungleiche Verteilung an die Aktionäre zu verhindern.

Dies findet Rückhalt im Wortlaut von § 57 AktG bzw. § 30 GmbHG. Letzterer spricht in seinem Absatz 1 davon, dass das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden darf. Gleiches gilt im Ausgangspunkt auch in Bezug auf das Grundkapital der AG. Anders als bei der GmbH darf aber nach § 57 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 S. 1 AktG außerhalb von Gewinnverwendungsbeschlüssen überhaupt kein Vermögen an die Aktionäre ausgeschüttet werden, sondern nur im streng formalisierten Verfahren (allgemeine Vermögensbindung).⁸

2. Zulässige Leistung an den Gesellschafter

Offener hingegen im GmbH-Recht: Wendet die Gesellschaft einem Gesellschafter eine Leistung zu, ist dies nicht per se unzulässig. § 30 GmbHG verbietet lediglich, dass, durch das Zufließen dieser Leistung an den Gesellschafter, eine Unterbilanz entsteht oder vertieft wird.⁹ Gedanke dahinter ist, dass an den Gesellschafter nur der Teil des Vermögens ausgeschüttet werden darf, der nicht zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlich ist, während das übrige Vermögen im Sinne eines Haftungsfonds im Interesse der Gläubiger gebunden ist. Damit erfolgt zwar kein Schutz gegen wirtschaftlich schlechte Unternehmensführung, zumindest wird aber verhindert, dass Vermögen unkompensiert aus der Gesellschaft an den Gesellschafter fließt.¹⁰

Vom Verbot des § 30 Abs. 1 GmbHG erfasst werden nicht nur Geldzahlungen, sondern Leistungen jeglicher Art, beispielsweise auch die Übernahme von Verbindlichkeiten.¹¹

In § 30 Abs. 1 S. 2 und 3 GmbHG sind Ausnahmen zu § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG geregelt:

a) Vorliegen eines Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrags gem. § 291 AktG, § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG

Ausweislich des Gesetzeswortlauts darf eine Zahlung etwa erfolgen, wenn zwischen den Beteiligten ein Beherrschungs- bzw. Gewinnabführungsvertrag gem. § 291 AktG abgeschlossen wurde. Grund dafür ist, dass das herrschende Unternehmen bei Vorliegen eines Vertragskonzerns nach § 302 AktG ohnehin für den Jahresfehlbetrag einzustehen hat.¹²

b) Vorhandensein eines vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruchs, § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG

Weiter liegt kein Verstoß gegen Kapitalerhaltungsvorschriften vor, wenn die Leistung an den Gesell-

⁸ Koch, Gesellschaftsrecht, 13. Aufl. 2023, § 36 Rn. 2.

⁹ Servatius, in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 30 Rn. 32.

¹⁰ Schäfer, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2023, § 35 Rn. 26; Windbichler/Bachmann, Gesellschaftsrecht, 25. Aufl. 2024, § 25 Rn. 25.

¹¹ Altmeyden, in: Altmeyden, Kommentar zum GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 30 Rn. 71; Servatius in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 30 Rn. 33.

¹² Vgl. Altmeyden, in: Altmeyden, Kommentar zum GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 30 Rn. 91.

schafter durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gedeckt ist. Praktisch ist diese Ausnahme deshalb so relevant, weil der Gesetzeswortlaut in Satz 1 zwar auf den ersten Blick nur Zahlungen ohne Gegenleistung erfasst, der typische Fall sich aber meist als mittelbare bzw. verdeckte Leistung im Zuge eines vertraglichen Austauschverhältnisses darstellt (beispielsweise wird ein Geschäftswagen deutlich unter dem Verkehrswert an einen Gesellschafter veräußert).¹³

aa) Unterscheidung von Gegenleistungs- und Rückgewähranspruch

Gegenleistungs- und Rückgewähransprüche unterscheiden sich dadurch, dass ein Gegenleistungsanspruch im Gegenseitigkeitsverhältnis mit einem korrespondierenden Leistungsanspruch steht. Der Rückgewähranspruch hat seinen typischen Anwendungsbereich demgegenüber bei Darlehen, die die Gesellschaft einem Gesellschafter gegenüber gewährt. Die Rückzahlungspflicht aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB steht nicht im Synallagma mit der Pflicht des Darlehensgebers nach § 488 Abs. 1 S. 1 BGB den vereinbarten Betrag an den Darlehensnehmer auszukehren,¹⁴ sondern der Darlehensgeber gewährt das (entgeltliche) Darlehen typischerweise deshalb, um im Gegenzug den vereinbarten Zins zu erhalten, § 488 Abs. 1 S. 2 BGB.

Maßgeblich ist bei dieser Betrachtung der Zeitpunkt, indem das Darlehen valuiert wird bzw. die Gesellschaft ihre Leistung gegenüber dem Gesellschafter erbringt.¹⁵

bb) Begriff der Vollwertigkeit

Problematisch ist in diesem Zusammenhang insbesondere der Begriff der Vollwertigkeit. Der Gegenleistungs- oder Rückzahlungsanspruch ist nach bilanzieller Betrachtung vollwertig, wenn der Gesellschafter die geschuldete Leistung erbringen kann und will.¹⁶ Dafür ist im Zeitpunkt der Leistungserbringung der Gesellschaft eine Prognose über die künftige Zahlungsfähigkeit und Zahlungsbereitschaft des Gesellschafters anzustellen. Kriterien dafür sind die Vermögensverhältnisse des Gesellschafters bzw. seine Kreditwürdigkeit, anhand derer das Ausfallrisiko bestimmt werden kann.¹⁷ Die Bestellung etwaiger Sicherheiten bleibt dabei zwar grundsätzlich außer Betracht, kann aber dazu führen, dass ein auf den ersten Blick nicht vollwertiger Anspruch der Gesellschaft durch vom Gesellschafter hingegebene Sicherheiten nunmehr doch als vollwertig zu bewerten ist.¹⁸

Inwieweit eine marktübliche Verzinsung erforderlich ist, um den der Gesellschaft zustehenden Anspruch als vollwertig zu qualifizieren, ist strittig.¹⁹

¹³ Altmeyen, in: Altmeyen, Kommentar zum GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 30 Rn. 3.

¹⁴ Vgl. Weidenkaff, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, Vorb. v. § 488 Rn. 2.

¹⁵ Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 30 Rn. 26; Fleischer, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 30 Rn. 26.

¹⁶ Begründung RegE BT-Drs. 16/6140, S. 41; Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 30 Rn. 28, 31; Verse, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 30 Rn. 84 f.

¹⁷ Fleischer, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 30 Rn. 26; Habersack, in: Habersack/Casper/Löbbe, Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2020, § 30 Rn. 105.

¹⁸ Altmeyen, in: Altmeyen, Kommentar zum GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 30 Rn. 111; Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 30 Rn. 28 f.; vgl. auch Kuntz, in: Gehrlein/Born/Simon, Kommentar zum GmbHG, 5. Aufl. 2021, § 30 Rn. 60.

¹⁹ Eine marktübliche Verzinsung voraussetzend u.a. Kuntz, in: Gehrlein/Born/Simon, Kommentar zum GmbHG, 5. Aufl. 2021, § 30 Rn. 61; Ekkenga, in: MüKo-GmbHG, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 252. Ablehnend vgl. etwa Altmeyen, in: Altmeyen, Kommentar zum GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 30 Rn. 114 ff. instruktiv mit Darstellung zur Diskussion und im Ergebnis ablehnend; Goette, ZHR 177 (2013), 740 (749); Habersack, in: Habersack/Casper/Löbbe, Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2020, § 30 Rn. 106; Pentz, in: Rowedder/Pentz, Kommentar zum GmbHG, 7. Aufl. 2022, § 30 Rn. 73; ähnlich im Zusammenhang mit § 311 AktG BGHZ 179, 71 (80 Rn. 17).

cc) Deckungsgebot²⁰

Komplementierend ist das sog. Deckungsgebot heranzuziehen, nach welchem der Rückgewähr- bzw. der Zahlungsanspruch aus dem Austauschvertrag wertmäßig dem Verkehrswert (nicht dem Buchwert)²¹ der von der Gesellschaft hingegebenen Leistung entsprechen muss.²²

Um zu ermitteln, ob die Leistung des Gesellschafters wertmäßig der Leistung der Gesellschaft entspricht, wird auf einen hypothetischen Drittvergleich zurückgegriffen: Dabei ist danach zu fragen, ob die Leistung in dieser Form auch gegenüber einem Dritten erbracht worden wäre (auch sog. dealing at arms length).²³

c) Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens (sog. downstream loans), § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG

Einen weiteren Ausnahmetatbestand bildet § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG. Demnach verstößt eine Zahlung der Gesellschaft an einen Gesellschafter, die aufgrund eines Darlehensvertrags getätigt wird, vgl. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB, nicht gegen den Kapitalerhaltungsgrundsatz aus § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG.

aa) Lösung über das Insolvenz- und Anfechtungsrecht, §§ 39 Abs. 1 Nr. 5 und 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO

Im Zuge des MoMiG ist die Rechtsprechung zum sog. eigenkapitalersetzenden Darlehen aufgegeben worden.²⁴ Heute werden Gesellschafterdarlehen nicht mehr nach dem Kapitalerhaltungsgrundsatz gem. § 30 GmbHG behandelt, sondern nach Insolvenz- und Anfechtungsrecht. Die Rückzahlung eines Darlehens, welches der GmbH gewährt wurde, kann also ohne Verstoß gegen § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG vom Gesellschafter zurückgefordert werden. Gerät die Gesellschaft jedoch in Liquiditätsschwierigkeiten und muss in der Folge einen Insolvenzantrag nach § 15a InsO stellen, ist die Rückzahlung an den Gesellschafter – unter der Voraussetzung, dass die Zahlung im letzten Jahr vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt – nach Maßgabe der insolvenzrechtlichen Vorschriften durch den Insolvenzverwalter anfechtbar, vgl. § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Sofern es, mangels Masse, nicht zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens kommt, haben die Gesellschaftsgläubiger nach § 6 AnfG ein entsprechendes Anfechtungsrecht. Daneben statuiert § 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4 S. 1 InsO einen gesetzlichen Rangrücktritt dergestalt, dass Gesellschafterdarlehen erst bedient werden, nachdem die Ansprüche der übrigen Insolvenzgläubiger befriedigt wurden. Mit dem Anfechtungsrecht nach § 135 InsO wird der in § 39 InsO geregelte Nachrang gesetzlich abgesichert.²⁵

²⁰ Das Deckungsgebot ist nicht unmittelbar aus dem Wortlaut von § 30 Abs. 1 GmbHG herauszulesen, ergänzt aber denknötwendig den Begriff der Vollwertigkeit, vgl. *Altmeyen*, in: *Altmeyen*, Kommentar zum GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 30 Rn. 75; *Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Kommentar zum GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 30 Rn. 33.

²¹ Wird etwa ein Geschäftswagen der Gesellschaft an einen Gesellschafter veräußert, ist der Verkehrswert anzusetzen, typischerweise der Marktwert, sofern ein solcher existiert (vgl. *Kuntz*, in: *Gehrlein/Born/Simon*, Kommentar zum GmbHG, 5. Aufl. 2021, § 30 Rn. 66), und nicht der Abschreibungs- bzw. Buchwert. Unter Umständen ist der Vermögensgegenstand bereits vollständig abgeschrieben, hat aber noch einen nicht unerheblichen Marktwert und stellt nunmehr eine stille Reserve der Gesellschaft dar. Diese stille Reserve ist aufzudecken, sodass der Marktwert zu Gunsten der Gesellschaft realisiert werden kann, siehe auch *Altmeyen*, in: *Altmeyen*, Kommentar zum GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 30 Rn. 75; *Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Kommentar zum GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 30 Rn. 32.

²² Begründung RegE BT-Drs. 16/6140, S. 41; *Kuntz*, in: *Gehrlein/Born/Simon*, Kommentar zum GmbHG, 5. Aufl. 2021, § 30 Rn. 66.

²³ BGH NJW 1987, 1194 (1195); *Fleischer*, in: *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 30 Rn. 25; *Pentz*, in: *Rowedder/Pentz*, Kommentar zum GmbHG, 7. Aufl. 2022, § 30 Rn. 32.

²⁴ Begründung RegE BT-Drs. 16/6140, S. 42.

²⁵ *Schmolke*, in: *BeckOK GmbHG*, Stand: 1.5.2024, § 30 Rn. 196.

bb) Exkurs: Rechtslage bis zum MoMiG, sog. eigenkapitalersetzendes Darlehen, § 30 Abs. 1 GmbHG analog

Versagte der BGH die Rückforderung des durch den Gesellschafter an die GmbH ausgezahlten Betrages zunächst unter Verweis auf § 242 BGB,²⁶ stützte er dies später auf das Kriterium der Kreditwürdigkeit der Gesellschaft²⁷. Als maßgebliches Abgrenzungskriterium diente die Kontrollfrage, ob bzw. inwiefern die GmbH noch kreditwürdig war, was sich danach bestimmte, ob die Gesellschaft in der Lage gewesen wäre, ein entsprechendes Darlehen aus eigener Kraft am Markt zu erhalten.²⁸ Schließlich begründete er das Verweigerungsrecht der Gesellschaft mit einer analogen Anwendung von § 30 Abs. 1 GmbHG^{29, 30}. Begründet wurde die Parallele zur Bindung des Eigenkapitals durch eine sog. Finanzierungsfolgenverantwortung. Hintergrund war der Gedanke, dass ein Gesellschafterdarlehen in der Krise eher schade, da es – ähnlich einer Insolvenzverschleppung – die anderen Gläubiger in der Regel benachteilige.³¹

Durch das MoMiG wurde die Handhabung von Gesellschafterdarlehen vereinfacht. Wenngleich Gesellschafter, die ihrer Gesellschaft einen entsprechenden Kredit gewähren auch nach heutiger Rechtslage damit rechnen müssen, dass ihr Rückzahlungsanspruch faktisch ins Leere läuft, wird dies nunmehr rechtstechnisch auf anderem Weg erreicht.³² Die sog. Finanzierungsfolgenverantwortung bleibt damit auch heute Wertungsgrund der Neuregelung.³³ Insbesondere kommt es nicht mehr darauf an, ob das Darlehen als eigenkapitalersetzend zu qualifizieren ist.³⁴

3. Sonderfall: Cash-Pool

Beim Cash-Pool handelt es sich um eine Form der konzerninternen Finanzierung, die sich gerade im Vergleich zur Beschaffung von Liquidität am Kapitalmarkt als ökonomisch sinnvoll erwiesen hat.³⁵

Problematisch kann diese Konstruktion im Zusammenhang mit dem Kapitalerhaltungsgrundsatz insbesondere deshalb sein, weil es sich bei den sog. Upstream Loans rechtstechnisch um Darlehen einer Tochtergesellschaft an die Konzernobergesellschaft als Gesellschafterin handelt. Daher ist § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG zu beachten und zu prüfen, ob der jeweilige Rückgewähranspruch vollwertig im Sinne der unter 2. b) bb) dargestellten Kriterien ist. Dies ist Aufgabe des Geschäftsführers, vgl. § 43 Abs. 1 GmbHG.

²⁶ BGHZ 31, 258 (272).

²⁷ Vgl. BGHZ 76, 326 (329 f.).

²⁸ Vgl. BGHZ 76, 326 (329 f.); *Dahl/Linnenbrink*, in: Michalski u.a., Kommentar zum GmbHG, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Systemat. Darstellung 6, A., Rn. 5; *Peters*, in: MüKo-InsO, Bd. 1, 4. Aufl. 2019, § 35 Rn. 290.

²⁹ *Dahl/Linnenbrink*, in: Michalski u.a., Kommentar zum GmbHG, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Systemat. Darstellung 6, A., Rn. 9 ff.

³⁰ Instrukktiv zur Rechtsentwicklung *Dahl/Linnenbrink*, in: Michalski u.a., Kommentar zum GmbHG, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Systemat. Darstellung 6, A., Rn. 1 ff.

³¹ BGHZ 127, 336 (343 ff.); *Altmeppen*, in: Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 11. Aufl. 2023, Anh. § 30. Recht der Gesellschafterdarlehen, Rn. 3; *Dahl/Linnenbrink*, in: Michalski u.a., Kommentar zum GmbHG, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Systemat. Darstellung 6, A., Rn. 6, 12.

³² *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2023, § 35 Rn. 40.

³³ *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2023, § 35 Rn. 41; str., vgl. *Altmeppen*, in: Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 11. Aufl. 2023, Anh. § 30. Recht der Gesellschafterdarlehen Rn. 4 ff.; *Pentz*, in: Rowedder/Pentz, Kommentar zum GmbHG, 7. Aufl. 2022, § 30 Rn. 83 ff.

³⁴ Vgl. *Schmolke*, in: BeckOK GmbHG, Stand: 1.5.2024, § 30 Rn. 195; *Koch*, Gesellschaftsrecht, 13. Aufl. 2023, § 36 Rn. 12.

³⁵ Vgl. *Altmeppen*, in: Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 30 Rn. 79; *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2023, § 35 Rn. 31.

Eine Rolle kann dies nur im faktischen Konzern spielen, da im Fall eines Vertragskonzerns der Ausnahmetatbestand des § 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GmbHG Anwendung findet. Der umgekehrte Fall – also die Gewährung eines Darlehens in Form eines sog. Downstream Loans von der Konzernobergesellschaft als Gesellschafterin an die Tochtergesellschaft – ist von der Ausnahme des § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG erfasst und wird nach geltendem Recht über § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gelöst.

III. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Kapitalerhaltungsvorschriften

Rechtsfolge eines Verstoßes gegen die Kapitalerhaltungsvorschrift aus § 30 GmbHG ist grundsätzlich ein Erstattungsanspruch der Gesellschaft, § 31 Abs. 1 GmbHG. Dieser Anspruch ist ein spezifisch gesellschaftsrechtlicher.³⁶ Daneben kann der GmbH unter Umständen ein Bereicherungsanspruch zustehen.³⁷ Die übrigen Gesellschafter trifft eine subsidiäre Ausfallhaftung nach § 31 Abs. 3 GmbHG, soweit die verbotene Ausschüttung nicht vom Empfänger zurückzuerlangen ist.³⁸ Der Geschäftsführer haftet bei Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften nach § 43 Abs. 2, 3 GmbHG.

IV. Fazit

Der Kapitalerhaltungsgrundsatz stellt ein wesentliches Charakteristikum der GmbH dar. Problem-
schwerpunkte können sich insbesondere bei den Ausnahmen zum Verbotstatbestand gem. § 30
Abs. 1 S. 1 GmbH ergeben, die sich in der Fallbearbeitung gut im Rahmen der Haftung des GmbH-
Geschäftsführers unterbringen lassen.

³⁶ Verse, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 31 Rn. 5.

³⁷ Fleischer, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 31 Rn. 1; Verse, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 31 Rn. 31.

³⁸ Schäfer, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2023, § 35 Rn. 36.

Erbrechtliche Nachfolgeklauseln bei GbR und OHG nach der gesetzlichen Neufassung

*Stud. iur. Hendrik Franz Slabsche, Frankfurt a.M.**

I. Einleitung	639
II. Volkswirtschaftliche Bedeutung von GbR und OHG	640
III. Schwächen der vormaligen und gegenwärtigen Rechtslage	640
IV. Gestaltungsmöglichkeiten	641
1. Rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel	642
2. Eintrittsklausel.....	642
3. Abfindungsausschluss	643
4. Einfache erbrechtliche Nachfolgeklausel	644
a) Ausnahmsweise Singularsukzession	644
b) Nachteile einfacher Nachfolgeklauseln	645
5. Qualifizierte erbrechtliche Nachfolgeklausel	645
6. Zwischenergebnis.....	646
V. Ausgewählte Problemkreise im MoPeG	646
1. Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters	647
2. Haftung des eintretenden Gesellschaftererben	647
a) Funktionsweise.....	648
b) Abdingbarkeit des Erbenwahlrechts	648
c) Hürden der Umwandlung.....	649
d) Offengelassene Fragen	650
3. Testamentsvollstreckung.....	651
VI. Fazit.....	652

I. Einleitung

Der Tod des Gesellschafters einer Personengesellschaft stellt die Erben sowie die verbleibenden Gesellschafter vor die Frage, ob und wie, und das meint vor allem mit wem, die Gesellschaft fortgeführt werden soll. Um eine möglichst reibungslose Gesellschafternachfolge im Todesfall zu ermöglichen, empfiehlt es sich, diese Fragen bereits vor dem Ableben eines Gesellschafters zu beantworten. Zu Gestaltungsmöglichkeiten, mit denen dies erreicht werden kann, hat sich eine ausgeprägte Bera-

* Der Autor hat im Juni 2023 den staatlichen Teil seines ersten Staatsexamens absolviert und befindet sich zurzeit im Schwerpunktbereichsstudium an der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

tungspraxis entwickelt, welche in diesem Beitrag vor dem Hintergrund der größtenteils am 1.1.2024 in Kraft getretenen Änderungen durch das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) untersucht wird. Neben einer Darstellung der teilweise geänderten Gesetzeslage¹ und deren Auswirkung auf die typischen Vereinbarungen erfolgt eine umfassendere Auseinandersetzung mit Problemfeldern aus dem Themengebiet „Nachfolge in Personengesellschaften“ und wie der MoPeG-Gesetzgeber diese (nicht) angegangen ist.

II. Volkswirtschaftliche Bedeutung von GbR und OHG

Obgleich die GbR in der juristischen Ausbildung häufig als Gelegenheits- oder zumindest nicht wirtschaftlich tätige Gesellschaft erscheint,² darf ihr Wert als Unternehmensträgerin nicht unterschätzt werden. So dient die GbR häufig der Organisation von Freiberuflern,³ an einem Bauvorhaben zusammenarbeitenden Bauherren⁴ sowie dem Erwerb und dem Halten von Immobilien durch mehrere Personen⁵.

Dagegen ist die OHG grundsätzlich gem. § 105 Abs. 1 HGB auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet. Sofern eine OHG also nicht freiwillig kraft Eintragung (§ 107 Abs. 1 S. 1 HGB) entsteht, setzt sie das Bestehen eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs (§ 1 Abs. 2 HGB) voraus. Zwar hat die Bedeutung der OHG mangels Möglichkeiten zur Beschränkung der Gesellschafterhaftung seit dem 20. Jahrhundert kontinuierlich abgenommen,⁶ doch waren 2020 immerhin noch 23.120 OHGs in den deutschen Handelsregistern eingetragen.⁷ Vor allem mittelständische Unternehmen bedienen sich dieser Rechtsform.⁸

III. Schwächen der vormaligen und gegenwärtigen Rechtslage

Bis zum 31.12.2023 führte der Tod eines Gesellschafters in der GbR zur Auflösung der Gesellschaft, § 727 Abs. 1 BGB a.F., und bei einer OHG zum Ausscheiden des jeweiligen Gesellschafters, § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB a.F. Die gesetzliche Folge war bei beiden Gesellschaftsformen in der Regel unerwünscht. Hinsichtlich der Auflösung qua Gesetz im Fall der GbR liegt die Problematik auf der Hand: Ein aktives Unternehmen wurde von „heute auf morgen“ gezwungen, die Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens gem. den §§ 730 ff. BGB a.F. zu betreiben. Dies ließ sich durch eine Fortsetzungsklausel, deren Zulässigkeit von § 736 Abs. 1 BGB a.F. vorausgesetzt wurde,⁹ vermeiden. Eine solche bewirkte, dass entgegen der Regel des § 727 Abs. 1 BGB a.F. der verstorbene Gesellschafter lediglich ausschied, die Gesellschaft also mit den verbleibenden Gesellschaftern fortgeführt wurde.¹⁰ Allerdings konnte durch eine Fortsetzungsklausel nicht die Nachfolge in der Gesellschaft strukturiert werden. Zudem führte das Ausscheiden mit dem Tod dazu, dass die Gesellschaft Schuldnerin eines Abfindungsanspruchs aus § 738 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. wurde. Dieser Anspruch stand dem Erben oder der Erben-

¹ Gesetze in ihrer bis zum 31.12.2023 geltenden Fassung werden durch den Zusatz „a.F.“ gekennzeichnet.

² Z.B. als Fahr-, Wohn- oder Wettgemeinschaft, *Servatius*, GbR, Kommentar, 2023, § 705 Rn. 11.

³ *Lieder*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2023, Vor § 705 Rn. 57.

⁴ *Lieder*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2023, Vor § 705 Rn. 63.

⁵ *Hamann/Fröhlich*, in: Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2019, § 27 Rn. 2 ff.

⁶ *Möhrle*, in: Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2019, § 46 Rn. 13 f.

⁷ *Lieder*, in: Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Bd. 9, 6. Aufl. 2021, § 3 Rn. 23.

⁸ *Lieder*, in: Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Bd. 9, 6. Aufl. 2021, § 3 Rn. 23.

⁹ *Klein/Lindemeier*, in: Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2019, § 11 Rn. 12.

¹⁰ *Crezelius*, Unternehmenserbrecht, 2. Aufl. 2009, Rn. 139.

gemeinschaft des verstorbenen Gesellschafters zu und barg die Gefahr einer finanziellen Überforderung der Gesellschaft.¹¹ Dabei stellte sich dieses Problem bei der OHG wegen des Ausscheidens des verstorbenen Gesellschafters gem. § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB a.F. bereits im gesetzlichen Regelfall.¹² Hier wie bei der GbR stand das automatische Ausscheiden außerdem einer generationenübergreifenden Nachfolgeplanung, wie dies insbesondere in Familienunternehmen erwünscht ist, entgegen.¹³

Durch das MoPeG wurden diese Folgen lediglich etwas abgemildert. Bei der GbR führt gemäß dem Motto „Ausscheiden vor Auflösung“¹⁴ der Tod des Gesellschafters, als einer von mehreren Gründen, nur noch zum Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters und nicht mehr zur Auflösung der gesamten Gesellschaft, vgl. § 723 Abs. 1 Nr. 1 BGB. In § 730 Abs. 1 S. 1 BGB wird jedoch klargestellt, dass im Gesellschaftsvertrag der Tod eines Gesellschafters in Fortsetzung der vormaligen Rechtslage weiterhin als Auflösungsgrund vereinbart werden kann (sog. Auflösungsklausel).¹⁵ Abweichend hiervon bleibt es für die nicht rechtsfähige GbR gem. § 740a Abs. 1 Nr. 3 BGB bei der Auflösung der Gesellschaft, wenn ein Gesellschafter verstirbt. Grund hierfür ist das gesetzliche Leitbild der nicht rechtsfähigen GbR als Gelegenheitsgesellschaft.¹⁶ Bei einer rechtsfähigen GbR ist es demzufolge nicht mehr erforderlich, eine Fortsetzungsklausel zu vereinbaren, um ein automatisches Auflösen der Gesellschaft zu verhindern.¹⁷ Allerdings stellt sich bei der GbR das Problem rund um den Abfindungsanspruch, welcher seit dem 1.1.2024 aus § 728 Abs. 1 S. 1 BGB resultiert, und das mit ihm einhergehende finanzielle Risiko nun wie bei der OHG kraft gesetzlichem Regelfall.¹⁸ Dass ein OHG-Gesellschafter im Falle seines Ablebens aus der Gesellschaft ausscheidet, ergibt sich nun aus § 130 Abs. 1 Nr. 1 HGB, ohne dass sich hierdurch eine inhaltliche Veränderung ergeben hätte. Der seinen Erben zustehende Abfindungsanspruch resultiert ferner aus § 135 Abs. 1 S. 1 HGB und nicht mehr aus den Vorschriften zur GbR i.V.m. § 105 Abs. 3 HGB.

Im Übrigen wurde im Hinblick auf Gestaltungsmöglichkeiten für die Nachfolge in Personengesellschaften der Gesetzestext nicht dergestalt geändert, dass die über Jahrzehnte entwickelte Klauselpraxis grundlegend überdacht werden muss. Der Gesetzgeber beließ es stattdessen bei kleineren Änderungen und verweist ausdrücklich auf die Ausgestaltung durch die Praxis.¹⁹ Folglich bietet sich eine Darstellung der anerkannten Gestaltungsmöglichkeiten, welche auch nach Inkrafttreten des MoPeG ihre Relevanz behalten,²⁰ unter Berücksichtigung der neuen Normen mit zum Teil neuen Regelungsgehalt an.

IV. Gestaltungsmöglichkeiten

Hierbei unterbleibt eine Differenzierung zwischen GbR und OHG, weil die gesellschaftsvertragliche

¹¹ Schmidt, NJW 1998, 2161 (2166); Klein/Lindemeier, in: Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2019, § 79 Rn. 5.

¹² Becker, Die Organisation von Personengesellschaften nach Familienstämmen, 2009, S. 154.

¹³ Becker, Die Organisation von Personengesellschaften nach Familienstämmen, 2009, S. 154; Holler, in: Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Bd. 9, 6. Aufl. 2021, § 30 Rn. 6.

¹⁴ BT-Drs. 19/27635, S. 169.

¹⁵ Servatius, GbR, Kommentar, 2023, § 711 Rn. 42.

¹⁶ BT-Drs. 19/27635, S. 191.

¹⁷ Lübke, DNotZ 2023, 896 (900).

¹⁸ Lübke, DNotZ 2023, 896 (911).

¹⁹ BT-Drs. 19/27635, S. 145, bezüglich qualifizierter Nachfolgeklauseln: „[Die] Gestaltungsmöglichkeiten, [die] den erbrechtlichen Übergang des Gesellschaftsanteils durch eine qualifizierte Nachfolgeklausel nur für bestimmte Personen als Erben zulassen, bleiben hiervon unberührt.“

²⁰ Schöne, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 711 Rn. 5; Lange/Kretschmann, ZEV 2021, 545 (548); Pranzo, ZERB 2022, 425 (428).

Regelung in der Regel bei beiden Typen inhaltlich übereinstimmt.²¹

1. Rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel

Zunächst besteht die Möglichkeit, die Nachfolgefrage in der Gesellschaft nach allgemeinen zivilrechtlichen und nicht nach erb- und gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu lösen.

In einer rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel wird im Gesellschaftsvertrag bestimmt, dass ein Erbe des Gesellschafters oder ein Dritter dessen Anteil übernimmt.²² Auf Verfügungsebene handelt sich um eine Übertragung gem. §§ 413, 398 BGB, die aufschiebend auf den Todesfall bedingt ist (§ 158 Abs. 1 BGB).²³ Das erste Problem an dieser Klausel besteht darin, dass der Dritte an ihrer Vereinbarung teilhaben muss, da es sich ansonsten um einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter handeln würde.²⁴ Sofern dieses Erfordernis beachtet wurde,²⁵ stellt sich für den Verfügenden jedoch das Problem, dass er infolge der Abtretung wegen § 161 Abs. 1 S. 1 BGB nicht ein zweites Mal über seinen Anteil verfügen kann, er mithin gebunden ist, obgleich das Geschäft erst mit seinem Tod wirksam wird.²⁶ Daher sind rechtsgeschäftliche Nachfolgeklauseln in der Praxis selten anzutreffen.²⁷

2. Eintrittsklausel

Eine zweite Variante, mittels derer außerhalb des Erbrechts die Nachfolge in die Gesellschaft geordnet werden kann, ist eine Eintrittsklausel. Im Regelfall wird dabei ein Vertrag zwischen dem vererbenden und den übrigen Gesellschaftern geschlossen.²⁸ Der Begünstigte erhält einen gegen die Gesellschafter gerichteten Anspruch, in die Gesellschaft aufgenommen zu werden. Es handelt sich um einen Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall i.S.d. §§ 328 Abs. 1, 331 BGB.²⁹

Rechtstechnisch fällt der Anteil zunächst den Mitgesellschaftern zu.³⁰ Dem Dritten steht es anschließend frei, seinen Aufnahmeanspruch geltend zu machen oder verfallen zu lassen. Da der Anteil des Verstorbenen zunächst auf die Mitgesellschafter übergeht, entsteht jedoch mit dem Todesfall der Abfindungsanspruch der Erben aus § 728 Abs. 1 S. 1 BGB bzw. § 135 Abs. 1 S. 1 HGB und er bleibt auch für den Fall bestehen, dass sich der Dritte zum Eintritt entscheidet.³¹ Weil der Dritte den Vermögenswert der Beteiligung nicht geerbt hat, müsste er, sofern im Gesellschaftsvertrag eine Einlagenpflicht vereinbart ist, eine Einlage in Höhe des Abfindungsanspruchs leisten, wenn er in die Gesellschaft eintritt.³² Die Entstehung des Abfindungsanspruchs kann aber durch die Ausgestaltung der Eintrittsklausel

²¹ Vgl. die entsprechende Darstellung bei Schäfer, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2023, § 9 Rn. 33 ff., § 20 Rn. 1.

²² Schäfer, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2023, § 9 Rn. 33; Roth, in: Hopt, Kommentar zum HGB, 43. Aufl. 2024, § 131 Rn. 56.

²³ Frank/Helms, Erbrecht, 7. Aufl. 2018, § 24 Rn. 21.

²⁴ Nach BGHZ 68, 225 (227) handelt es sich um einen Vertrag zu Lasten des Dritten, weil bei einer „Zuwendung des Mitgliedschaftsrechts als eines ‚Bündels‘ von Rechten und Pflichten [...] auch diese Pflichten unmittelbar Gegenstand der Zuwendung [sind].“ Vgl. auch Schmidt/Fleischer, in: MüKo-HGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2022, § 139 a.F. Rn. 25 f.

²⁵ Was im Regelfall nur bei einer Vereinbarung unter den Gesellschaftern der Fall ist, Schuhmann, in: Burandt/Rojahn, Kommentar zum Erbrecht, 4. Aufl. 2022, BGB § 1922 Rn. 78.

²⁶ Schäfer, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2023, § 9 Rn. 33; v. Proff, DStR 2017, 2555 (2561).

²⁷ v. Proff, DStR 2017, 2555 (2561).

²⁸ Becker, Die Organisation von Personengesellschaften nach Familienstämmen, 2009, S. 215.

²⁹ Lorz, in: Ebenroth/Boujong, Kommentar zum HGB, 5. Aufl. 2024, § 131 Rn. 37; Roth, in: Hopt, Kommentar zum HGB, 43. Aufl. 2024, § 131 Rn. 51; Schmidt/Fleischer, in: MüKo-HGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2022, § 139 a.F. Rn. 29.

³⁰ Becker, Die Organisation von Personengesellschaften nach Familienstämmen, 2009, S. 214.

³¹ Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 711 Rn. 76.

³² Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 711 Rn. 76.

im Gesellschaftsvertrag vermieden werden.

Zunächst besteht die Möglichkeit, zu vereinbaren, dass die Mitgesellschafter den Gesellschaftsanteil für den Dritten bis zu dessen Eintritt treuhänderisch halten (sog. Treuhandlösung).³³ Zusätzlich wird der Abfindungsanspruch ausgeschlossen (dazu sogleich), wobei der Ausschluss auf den Nicht-eintritt des Begünstigten auflösend bedingt ist (§ 158 Abs. 2 BGB).³⁴ Lehnt er den Eintritt ab oder lässt er die regelmäßig vorgesehene Frist zur Rechtsausübung verstreichen, entsteht also wieder der Abfindungsanspruch, welcher dem Nachlass zusteht.³⁵

Ferner kann der Erblasser den (im Zeitpunkt der Testamentserstellung noch nicht entstandenen) Abfindungsanspruch dem Dritten vermachen oder im Wege der Vorausabtretung auf den Todesfall zuwenden.³⁶ Letzteres stellt zwar ein Schenkungsversprechen von Todeswegen dar, doch vollzieht der schenkende Erblasser durch die Abtretung die Schenkung nach § 2301 Abs. 2 BGB. Demgemäß gilt § 518 Abs. 2 BGB, sodass mit dem Todesfall, mithin mit Übergang des Anspruchs, der nach § 518 Abs. 1 BGB zunächst bestehende Formmangel durch Bewirken der versprochenen Leistung geheilt wird.³⁷

Der Vorteil einer Eintrittsklausel besteht insbesondere darin, dass der Begünstigte kein Erbe des verstorbenen Gesellschafters sein muss. Zudem kann durch eine entsprechend formulierte Eintrittsklausel die Entscheidung, wer das Eintrittsrecht erhalten soll, den Gesellschaftern zustehen, die sich ihren neuen Mitgesellschafter z.B. nach dem Grad dessen fachlicher Eignung aussuchen können.³⁸

Nachteilhaft wirkt sich vor allem der Schwebezustand aus, in dem sich der Begünstigte noch nicht entschieden hat, ob er der Gesellschaft beitrifft oder nicht.³⁹ Unsicherheit besteht auch deshalb, weil im Falle der Ablehnung die Gesellschaft gegebenenfalls Schuldnerin eines Abfindungsanspruchs wird und sich der Gesellschafterkreis vermindert.⁴⁰

3. Abfindungsausschluss

Da der bereits mehrfach angesprochene Abfindungsanspruch ein entscheidender Beweggrund gegen die Gesellschaftsfortführung ohne Erben ist, bietet es sich an, diesen gänzlich auszuschließen. Solche Ausschlussvereinbarungen im Gesellschaftsvertrag stellen keine Nachfolgeklausel dar, sind aber für die rechtliche Nachfolgeberatung gleichwohl bedeutsam. Vollständige Abfindungsausschlussklauseln für den Fall des Gesellschafterausscheidens werden häufig wegen Dritt- oder Gesellschafterbeeinträchtigung als sittenwidrig i.S.d. § 138 Abs. 1 BGB angesehen.⁴¹ Eine Ausnahme existiert jedoch für das Ausscheiden eines Gesellschafters aufgrund von dessen Tod,⁴² weil der Anteil auf die Mitgesellschafter (im gesetzlichen Fall) oder auf den Dritten (bei einer Eintrittsklausel) übertragen wird.⁴³

³³ BGH NJW 1978, 264 (265); *Schöne*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 727 a.F. Rn. 23; *Roth*, in: Hopt, Kommentar zum HGB, 43. Aufl. 2024, § 131 Rn. 54.

³⁴ *Müller/Godron*, in: BeckOGK HGB, Stand: 1.1.2024, § 131 Rn. 247.

³⁵ *Müller/Godron*, in: BeckOGK HGB, Stand: 1.1.2024, § 139 Rn. 248.

³⁶ *Schöne*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 727 a.F. Rn. 23.

³⁷ *W. Kössinger/Najdecki*, in: *Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung*, 6. Aufl. 2020, § 20 Rn. 50.

³⁸ *Müller/Godron*, in: BeckOGK HGB, Stand: 1.1.2024, § 131 Rn. 212; *Klein/Lindemeier*, in: *Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht*, Bd. 1, 5. Aufl. 2019, § 79 Rn. 77.

³⁹ *Becker*, *Die Organisation von Personengesellschaften nach Familienstämmen*, 2009, S. 216.

⁴⁰ *Müller/Godron*, in: BeckOGK HGB, Stand: 1.1.2024, § 131 Rn. 213.

⁴¹ *Schmidt/Fleischer*, in: *MüKo-HGB*, Bd. 2, 5. Aufl. 2022, § 131 a.F. Rn. 174, 180.

⁴² H.M.: BGHZ 22, 186 (187); BGH WM 1971, 1338 (1338); *Schmidt/Fleischer*, in: *MüKo-HGB*, Bd. 2, 5. Aufl. 2022, § 131 Rn. 175; *Roth*, in: Hopt, Kommentar zum HGB, 42. Aufl. 2023, § 131 a.F. Rn. 62.

⁴³ *Schmidt/Fleischer*, in: *MüKo-HGB*, Bd. 2, 5. Aufl. 2022, § 131 a.F. Rn. 176.

Folglich fallen weder Gesellschaftsanteil noch Anspruch jemals in den Nachlass, sodass die Erben auch nicht benachteiligt werden.⁴⁴

Ein Abfindungsausschluss ist also möglich, allerdings kommt er nur bei Klauseln in Betracht, durch die die Erben von der Nachfolge ausgeschlossen werden. Das ist indes häufig nicht gewollt.

4. Einfache erbrechtliche Nachfolgeklausel

Praxisrelevanter sind daher gesellschaftsvertragliche Nachfolgekonstruktionen nach den Regeln des Erbrechts. Die grundlegende Variante stellt dabei die einfache erbrechtliche Nachfolgeklausel dar. „Einfach“ ist sie, weil in ihr nicht nach einzelnen Erben differenziert wird. Wer genau die Gesellschafterposition übernimmt, obliegt einzig dem erblassenden Gesellschafter, indem er mittels letztwilliger Verfügung seine Erben und somit seine Nachfolger in der Gesellschaft bestimmt. Unterlässt er es, letztwillig zu verfügen, werden seine gesetzlichen Erben Nachfolger. Sobald den Gesellschafter zwei oder mehr Personen beerben, wirft dies die Frage auf, ob jeder Erbe selbst entsprechend seiner Quote oder die Erbengemeinschaft als Verband die Gesellschaftsposition übernimmt.

a) Ausnahmsweise Singularsukzession

Nach dem erbrechtlichen Prinzip der Universalsukzession gem. §§ 1922, 2032 BGB müsste letzteres gelten, d.h. die Erbengemeinschaft übernimmt den Gesellschaftsanteil zur gesamten Hand.⁴⁵ Dies würde jedoch in Konflikten zwischen den Regelungen zur Erbengemeinschaft (§§ 2032 ff. BGB) und denen zur Personen(handels)gesellschaft resultieren: Zunächst ist es mit dem Grundsatz der unbeschränkten Gesellschafterhaftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten gem. § 126 S. 1 HGB für die OHG bzw. § 721 S. 1 BGB für die GbR unvereinbar, dass Erben nach § 2059 Abs. 1 S. 1 BGB bis zur Auseinandersetzung auf den Nachlass beschränkt haften.⁴⁶ Zudem steht die gemeinsame Verwaltung innerhalb der Erbengemeinschaft gem. § 2038 BGB (sog. Einstimmigkeitsprinzip) im Konflikt mit der grundsätzlichen Alleingeschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht eines OHG-Gesellschafters nach §§ 116 Abs. 1, 124 Abs. 1 HGB.⁴⁷

Deshalb war es auch vor dem Inkrafttreten des MoPeG allgemein anerkannt, dass im Fall der Vererblichkeit des Anteils an einerwerbenden Personengesellschaft ausnahmsweise Singularsukzession eintritt, jeder Erbe also entsprechend seiner Quote in die Gesellschaft nachrückt und nicht die Erbengemeinschaft Gesellschafterin wird.⁴⁸ Insoweit galt: „Gesellschaftsrecht schlägt Erbrecht.“⁴⁹ Diese Singularsukzession sowie der Ausschluss der Vorschriften über die Erbengemeinschaft bei Vererblichkeit des Gesellschaftsanteils ist nun auch gesetzlich in § 711 Abs. 2 S. 2 und S. 3 BGB (i.V.m. § 105 Abs. 3 HGB) verankert.⁵⁰ Der Gesetzgeber begründet dies damit, dass „die Erbengemeinschaft wegen ihrer Organisations- und Haftungsstruktur nicht Mitglied einerwerbend tätigen Personengesellschaft

⁴⁴ Schmidt/Fleischer, in: MüKo-HGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2022, § 131 a.F. Rn. 176; in diesem Sinne auch Crezelius, Unternehmenserbrecht, 2. Aufl. 2009, Rn. 139.

⁴⁵ Servatius, GbR, Kommentar, 2023, § 711 Rn. 27.

⁴⁶ Schäfer, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2023, § 9 Rn. 34 (noch zur Haftung eines GbR-Gesellschafters analog § 128 S. 1 HGB a.F.; hierzu erstmalig BGHZ 142, 315 [316]).

⁴⁷ v. Proff, DStR 2017, 2555 (2559).

⁴⁸ BGHZ 68, 225 (228); BGH NJW 1996, 1284 (1285); BGH NJW-RR 2012, 730 (731); Roth, in: Hopt, Kommentar zum HGB, 43. Aufl. 2024, § 131 Rn. 14; Leipold, in: MüKo-BGB, Bd. 11, 9. Aufl. 2022, § 1922 Rn. 123; Klein/Lindemeier, in: Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2019, § 11 Rn. 27.

⁴⁹ Crezelius, Unternehmenserbrecht, 2. Aufl. 2009, Rn. 140; ähnlich auch Freitag, ZGR 2021, 534 (553).

⁵⁰ BT-Drs. 19/27635, S. 145; Schäfer, in: ders., Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 7 Rn. 14.

sein kann.⁵¹ Zudem wird in S. 1 die bisherige Gestaltungspraxis zu Nachfolgeklauseln vom Gesetzgeber ausdrücklich gebilligt, ohne dass sich indes Änderungen für diese Praxis ergeben,⁵² sodass § 711 Abs. 2 BGB insgesamt elementar für die nachfolgerechtliche Beratung ist.

Durch das Anerkennen der Singularsukzession und die damit verbundene Nicht-Anwendung der Vorschriften zur Erbengemeinschaft werden zwar die dargestellten Schwierigkeiten rund um die Haftung, Geschäftsführung und Vertretung behoben, die unkontrollierte Singularsukzession führt jedoch zu Problemen an anderer Stelle.

b) Nachteile einfacher Nachfolgeklauseln

Allen voran birgt eine Fortführung der Gesellschaft mit allen Erben des Verstorbenen die Gefahr der Aufblähung des Gesellschafterkreises.⁵³ Noch vor Inkrafttreten des MoPeG war aufgrund mehrerer Vorschriften im Recht der GbR, z.B. der Unübertragbarkeit des Gesellschafteranteils gem. § 719 Abs. 1 BGB a.F. sowie der Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung der Gesellschaft nach § 723 Abs. 1 BGB a.F., offensichtlich, dass die Gesellschafter ein erhebliches Interesse daran haben, mitbestimmen zu können, wer ihr Mitgesellschafter wird.⁵⁴ Zwar stellen sich diese beiden Probleme durch die Neuordnung nicht mehr,⁵⁵ geblieben ist allerdings die grundsätzliche Gesamtgeschäftsführungsbefugnis gem. § 715 Abs. 3 S. 1 BGB, bei welcher eine Erhöhung der Anzahl an Gesellschaftern praktische Unhandlichkeiten zur Folge hat. Abgesehen von diesen gesetzlichen Gründen führt auch die praktische Gefahr fehlender Eignung eines Erben zur Fortführung der Gesellschaftsgeschäfte dazu, dass einfache Nachfolgeklauseln mit Risiken einhergehen.⁵⁶

5. Qualifizierte erbrechtliche Nachfolgeklausel

Um diese Risiken zu vermeiden, bietet sich die Vereinbarung einer qualifizierten erbrechtlichen Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag an.⁵⁷ Sie bewirkt, dass nicht alle, sondern nur ausgewählte Erben des verstorbenen Gesellschafters – im Wege der Singularsukzession – in die Gesellschaft eintreten.⁵⁸ Dabei müssen der oder die Nachfolger in der Klausel nicht namentlich benannt sein; es genügt eine Bezeichnung anhand von bestimmten Eigenschaften oder Fähigkeiten.⁵⁹ Genauso ist es möglich, die Benennung einem Gesellschafter oder einem Dritten zu überlassen, obgleich dies bei strengem Normverständnis mit § 2065 Abs. 2 BGB unvereinbar wäre.⁶⁰ Nach der Norm kann der Erblasser die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, nicht einem Dritten überlassen. „[Die] Rechtsprechung hat allerdings das besondere sachliche Interesse an solchen Verfügungen aner-

⁵¹ BT-Drs. 19/27635, S. 145.

⁵² BT-Drs. 19/27635, S. 145.

⁵³ Crezelius, Unternehmenserbrecht, 2. Aufl. 2009, Rn. 260.

⁵⁴ Lorz, in: Ebenroth/Boujong, Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2020, § 139 a.F. Rn. 18; Holler, in: Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2019, § 30 Rn. 26.

⁵⁵ Der Gesellschaftsanteil ist gem. § 711 Abs. 1 BGB übertragbar und ein Gesellschafter kann gem. § 725 Abs. 1 BGB nur noch seine Mitgliedschaft, jedoch nicht mehr die gesamte Gesellschaft ordentlich kündigen.

⁵⁶ Müller/Godron, in: BeckOGK HGB, Stand: 1.1.2024, § 131 Rn. 26.

⁵⁷ Müller/Godron, in: BeckOGK HGB, Stand: 1.1.2024, § 131 Rn. 26; „In der Praxis ist die einfache erbrechtliche Nachfolgeklausel dementsprechend selten anzutreffen und es wird häufig eine qualifizierte erbrechtliche Nachfolgeklausel [...] bevorzugt.“

⁵⁸ Schmidt/Fleischer, in: MüKo-HGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2022, § 139 a.F. Rn. 17.

⁵⁹ Becker, Die Organisation von Personengesellschaften nach Familienstämmen, 2009, S. 157.

⁶⁰ Leipold, in: MüKo-BGB, Bd. 11, 9. Aufl. 2022, § 2065 Rn. 35.

kannt“⁶¹ und die Bestimmung des Nachfolgers durch einen Dritten unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erachtet.⁶²

Ist der vererbte Gesellschaftsanteil wertmäßig höher anzusetzen als das, was dem Nachfolger-Erben nach seiner Quote zusteht, besteht Einigkeit, dass er den Miterben einen Ausgleich in Geld zahlen muss.⁶³ Die Höhe der Zahlungspflicht ist die Differenz zwischen dem Wert des Anteils und dem ihm nach der Quote zustehenden Betrage.⁶⁴ In der Rechtsprechung wurde hierfür § 242 BGB als Anspruchsgrundlage herangezogen.⁶⁵

Damit die qualifizierte Nachfolgeklausel nicht ins Leere läuft, muss der gewünschte Nachfolger aber auch Erbe des verstorbenen Gesellschafters sein.⁶⁶ Wird er das nicht, kommt eine Umdeutung gem. § 140 BGB in eine Eintrittsklausel in Betracht.⁶⁷ Die Umdeutung ist nach der Rechtsprechung nicht per se vorzunehmen, sondern nur dann, wenn die Annahme einer (hilfsweisen) Eintrittsklausel „mit der letztwilligen Verfügung des Erblassers in Einklang steht.“⁶⁸ Außerdem muss für eine Umdeutung die Klausel insgesamt scheitern, d.h. gar keiner der gegebenenfalls mehreren gewünschten Nachfolger darf Erbe werden.⁶⁹ Sofern also auch nur bezüglich einem Nachfolger die Klausel erfolgreich ist, bleibt sie wirksam und er erbt den gesamten Gesellschaftsanteil.

6. Zwischenergebnis

Die Gesellschaftsnachfolge kann auch seit dem 1.1.2024 mit den bekannten und beschriebenen Lösungen geregelt werden, welche nun vom Gesetzgeber ausdrücklich anerkannt wurden. Am attraktivsten erscheint aufgrund ihrer flexiblen Ausgestaltungsmöglichkeiten nach wie vor die qualifizierte erbrechtliche Nachfolgeklausel; von Vorteil ist insbesondere, dass den Mitgesellschaftern ein Mitspracherecht eingeräumt werden kann. Ist der gewünschte Nachfolger kein Erbe, bietet sich die Vereinbarung einer Eintrittsklausel an, wobei eine Konstruktion empfehlenswert ist, bei der der Abfindungsanspruch der Erbengemeinschaft ausgeschlossen wird. Wünschen GbR-Gesellschafter die Auflösung der Gesellschaft im Fall des Todes eines Gesellschafters, müssen sie dies nun ausdrücklich anordnen.

V. Ausgewählte Problemkreise im MoPeG

An diesen Überblick anknüpfend werden drei Problemkreise mit zumindest mittelbarer Auswirkung auf die Gestaltungspraxis rund um Nachfolgeklauseln sowie ihre (Nicht-)Behandlung im MoPeG dargestellt.

⁶¹ Müller/Godron, in: BeckOGK HGB, Stand: 1.1.2024, § 131 Rn. 40.

⁶² BGHZ 15, 199 (203); BayObLG FamRZ 1991, 610 (611); zu den einzelnen Anforderungen an die Klausel und das Verfahren der Nachfolgerbestimmung *Leipold*, in: MüKo-BGB, Bd. 11, 9. Aufl. 2022, § 2065 Rn. 35 ff.

⁶³ BGHZ 22, 186 (187); *Habermeier*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2003, § 727 Rn. 20; *W. Kössinger/Najdecki*, in: Handbuch der Testamentsgestaltung, 6. Aufl. 2020, § 20 Rn. 40; *Crezelius*, Unternehmenserbrecht, 2. Aufl. 2009, Rn. 143.

⁶⁴ *Lorz*, in: Ebenroth/Boujong, Kommentar zum HGB, 5. Aufl. 2024, § 131 Rn. 23.

⁶⁵ BGHZ 22, 186 (187); alternativ vertretene Lösungsmöglichkeiten bei *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 711 Rn. 65.

⁶⁶ *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2023, § 9 Rn. 35.

⁶⁷ v. *Proff*, DStR 2017, 2555 (2559).

⁶⁸ *Crezelius*, Unternehmenserbrecht, 2. Aufl. 2009, Rn. 263, sich auf BGH NJW 1978, 264 (265) beziehend.

⁶⁹ *Klein/Lindemeier*, in: Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2019, § 79 Rn. 23.

1. Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters

Ein Novum ist die Kodifizierung der Rechtsfolge bei Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters einer Personengesellschaft in § 712a BGB (i.V.m. § 105 Abs. 3 HGB). Klar ist, dass es keine „Einpersonen-Personengesellschaft“ geben kann,⁷⁰ da Personengesellschaften auf einem Vertrag zwischen den Gesellschaftern beruhen und eine Person nicht sich selbst als Vertragspartner haben kann.⁷¹ Es tritt folglich Konfusion ein,⁷² ohne dass dadurch gesagt wäre, wie mit dem Gesellschaftsvermögen zu verfahren ist.

Bis zum Inkrafttreten des MoPeG deutete lediglich § 140 Abs. 1 S. 2 HGB a.F., wonach ein Gesellschafter auch dann Ausschließungsklage erheben konnte, wenn nur noch ein Gesellschafter nach deren Erfolg verbleiben würde, die Möglichkeit der Geschäftsfortführung nach Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters an. Weil das Gesetz im Übrigen aber schwieg, entwickelte sich eine Rechtsprechungspraxis, die von dem Großteil der Literatur zumindest bezüglich des Szenarios, dass ein Vollhafter verbleibt, akzeptiert wurde.⁷³ Dabei war die Lösung bei GbR und OHG im Ergebnis gleichlautend: Der verbleibende Gesellschafter erhielt im Wege der Gesamtrechtsnachfolge das Gesellschaftsvermögen und die Gesellschaft erlischt liquidationslos.⁷⁴ Dies bestimmt nun § 712a Abs. 1 BGB; der Gesetzgeber hat sich für eine Übernahme des durch die Rechtsprechung und Literatur herbeigeführten Status quo entschieden.⁷⁵ Dabei erkennt er, dass aufgrund der Neuregelung, wonach der Tod eines GbR-Gesellschafters, neben mehreren Ereignissen, im gesetzlichen Regelfall zu seinem Ausscheiden und nicht mehr zur Auflösung die Gesellschaft führt, vgl. § 723 Abs. 1 BGB, das von § 712a BGB erfasste Szenario an praktischer Relevanz hinzugewinnen wird.⁷⁶

Zur Begründung führt der Gesetzgeber aus, dass die Gesellschaft ohne Liquidation erlöschen muss, weil der Fortbestand einer Personengesellschaft zwei Personen voraussetzt und somit beim Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters Auflösung und Vollbeendigung zusammenfallen.⁷⁷ Die Universalsukzession wird mit Rücksicht auf das schützenswerte Interesse des verbleibenden Gesellschafters am Erhalt des Gesellschaftsvermögens anerkannt; dementsprechend heißt es in der Begründung zu § 712a Abs. 1 BGB:

„Eine Zerschlagung dieses Vermögens wäre aus volkswirtschaftlichen Gründen nicht sinnvoll.“⁷⁸

2. Haftung des eintretenden Gesellschaftererben

Eine weitere zentrale Änderung des Rechts der GbR durch das MoPeG betrifft die Haftung des eintretenden Gesellschaftererben.

⁷⁰ BT-Drs. 19/27635, S. 147; *Servatius*, GbR, Kommentar, 2023, § 712a Rn. 1.

⁷¹ Freitag, ZGR 2021, 534 (541).

⁷² Freitag, ZGR 2021, 534 (541).

⁷³ Stark diskutiert wird der Fall, dass in einer KG der letzte Komplementär ausscheidet, sodass nur ein Kommanditist als Gesellschafter verbleibt, vgl. hierzu *Schmidt/Fleischer*, in: MüKo-HGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2022, § 131 a.F. Rn. 46. Der Reformgesetzgeber hat sich ausdrücklich geweigert, diesen Fall zu regeln und überlässt die Anwendung des § 712a BGB auf die KG der Rechtsprechung, vgl. BT-Drs. 19/27635, S. 146.

⁷⁴ Zur OHG BGHZ 113, 132 (132 f.); *Schmidt/Fleischer*, in: MüKo-HGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2022, § 131 a.F. Rn. 107; zur GbR BGHZ 32, 307 (309); BGH NJW 2008, 2992 (2992); OLG Frankfurt a.M. NZG 2006, 382 (383). Speziell zum liquidationslösen Erlöschen: *Westermann*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2020, § 736 a.F. Rn. 2.

⁷⁵ BT-Drs. 19/27635, S. 146.

⁷⁶ BT-Drs. 19/27635, S. 146.

⁷⁷ BT-Drs. 19/27635, S. 147.

⁷⁸ BT-Drs. 19/27635, S. 147.

a) Funktionsweise

Eine Konsequenz der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR war, dass eintretende Gesellschafter, bei Nachfolge sowohl unter Lebenden als auch im Todesfall, bis zum 31.12.2023 analog §§ 128 S. 1, 130 Abs. 1 HGB a.F. für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft hafteten,⁷⁹ was nun in den §§ 721 S. 1, 721a S. 1 BGB geregelt ist. Es besteht auch nach der Reform keine Möglichkeit der Haftungsbeschränkung, sodass der Erbe, um seine Haftung zu vermeiden, das Erbe insgesamt ausschlagen muss,⁸⁰ da eine Erbschaft gem. § 1950 BGB nicht teilweise ausgeschlagen werden kann. Aus genau diesem Grund existierte im Recht der Personenhandelsgesellschaften bereits vor Inkrafttreten des MoPeG § 139 HGB a.F., seit dem 1.1.2024 § 131 HGB.⁸¹ Nach dessen Absatz 1 kann ein Erbe, der aufgrund einer Nachfolgeklausel Vollhafter in einer OHG oder KG wird, seine Mitgliedschaft in der Gesellschaft davon abhängig machen, dass ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird. Stimmen die Mitgesellschafter dem Antrag zu, haftet der Erbe als Kommanditist zwar gem. §§ 171, 172, 173 HGB,⁸² jedoch grundsätzlich nicht unbeschränkt mit seinem Privatvermögen. Lehnen die Mitgesellschafter den Antrag ab, kann der Erbe gem. § 131 Abs. 2 HGB die Gesellschaft durch Kündigung verlassen. In beiden Fällen werden die bis dahin entstandenen Gesellschaftsschulden nach § 131 Abs. 4 HGB als Nachlassverbindlichkeiten behandelt, womit eine Haftungsbeschränkung gem. §§ 1975 ff. BGB möglich wird.⁸³

Das Fehlen dieser Möglichkeit zur Haftungsbeschränkung in den §§ 705 ff. BGB a.F. wurde bereits kurz nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR als unbillig empfunden.⁸⁴ Die herrschende Literatur wendete daher § 139 HGB a.F. bei der erbrechtlichen Nachfolge in die Position eines GbR-Gesellschafters analog an.⁸⁵ Dieser Ansicht hat sich der Gesetzgeber des MoPeG angeschlossen und § 724 BGB eingeführt,⁸⁶ der inhaltlich § 131 HGB größtenteils entspricht, jedoch mit einer, für die Gestaltungspraxis von Gesellschaftsverträgen bedeutenden Abweichung: Während das HGB-Wahlrecht gem. § 131 Abs. 5 S. 1 HGB zwingend ist, enthält das BGB-Wahlrecht keinen Absatz, der die Abdingbarkeit abspricht.

b) Abdingbarkeit des Erbenwahlrechts

Im Mauracher Entwurf, der die Grundlage für den Regierungsentwurf war, sah § 724 Abs. 5 Hs. 1 BGB-E noch Folgendes vor:

„Der Gesellschaftsvertrag kann die Anwendung der Vorschriften der Absätze 1 bis 4 nicht ausschließen [...]“

⁷⁹ BGHZ 154, 370 (372 f.); BGH NJW 2006, 765 (766); *Hillmann*, in: Ebenroth/Boujong, Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2020, § 130 a.F. Rn. 2; *Klimke*, in: BeckOK HGB, Stand: 1.7.2023, § 130 a.F. Rn. 3.

⁸⁰ *Bochmann*, ZGR Sonderheft 23 (2020), 221 (230).

⁸¹ *Mugdan*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 6, Materialien zum Handelsgesetzbuch, 1897, S. 271 (damals § 137 HGB); *Lange/Kretschmann*, NZG 2023, 351 (352).

⁸² *Lange/Kretschmann*, NZG 2023, 351 (355).

⁸³ *Lehmann-Richter*, in: BeckOK HGB, Stand: 1.1.2024, § 131 Rn. 38, 40.

⁸⁴ *Ulmer*, ZIP 2003, 1113 (1121).

⁸⁵ *Lorz*, in: Ebenroth/Boujong, Kommentar zum HGB, 5. Aufl. 2024, § 131 Rn. 97; *Schäfer*, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. 2020, § 727 a.F. Rn. 48; *Schöne*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 727 a.F. Rn. 13; a.A. *Habermeier*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2003, § 727 a.F. Rn. 16; offenlassend BGH NZG 2014, 696 (696 f.).

⁸⁶ Zur Möglichkeit, gem. Art. 229 § 61 EGBGB die Geltung der §§ 723–728 BGB a.F. bis zum 31.12.2024 zu verlängern v. *Proff*, NZG 2023, 147 (150 ff.).

Indem § 724 BGB diesen Passus nicht mehr enthält, hat sich der Gesetzgeber für die Abdingbarkeit der Norm ausgesprochen.⁸⁷ Sein Argument hierfür lautet, dass das Erbenwahlrecht nicht immer die interessensgerechteste Lösung darstellt, z.B. wenn das Haftungsrisiko wegen reiner Vermögensverwaltung ohnehin gering oder der buchhalterische Mehraufwand (u.a. Buchführungs- und Bilanzierungspflicht) in einer KG den Mitgesellschaftern unzumutbar ist.⁸⁸ Sofern das Wahlrecht des Erben erkennbar nicht interessengerecht ist, soll auch eine stillschweigende Abbedingung in Betracht kommen.⁸⁹

Allerdings gehen Teile der Literatur trotz des Gesagten von einem zwingenden Charakter des § 724 BGB aus.⁹⁰ Als Grund für die Ablehnung einer dispositiven Rechtsnatur wird angeführt, schon das abstrakte Haftungsrisiko des eintretenden Erben rechtfertige sein Wahlrecht.⁹¹ Zudem drohe eine unübersichtliche Rechtsprechung zur Frage, wann die Haftung nicht interessengerecht sei.⁹² Speziell für den Fall des ausbleibenden Haftungsrisikos schlägt Schäfer als Kompromiss eine teleologische Reduktion der Norm vor.⁹³ Dafür, dass die Norm im Gesellschaftsvertrag nicht ausgeschlossen werden kann, spricht für ihn bereits ihre Verortung im vierten Kapitel und damit außerhalb des zweiten Kapitels des GbR-Rechts, für welches nach § 708 BGB Gestaltungsfreiheit gilt.⁹⁴

Trotz dieser berechtigten Einwände sprechen die Gesetzgebungshistorik sowie der systematische Vergleich zu § 131 Abs. 5 Hs. 1 HGB, wonach im Gesellschaftsvertrag einer OHG und KG das Wahlrecht nicht ausgeschlossen werden kann, eindeutig für die Abdingbarkeit des Erbenwahlrechts nach § 724 BGB.⁹⁵ Der Norm einen zwingenden Charakter zuzuschreiben, würde außerdem nicht unternehmerisch tätigen und rein vermögensverwaltenden GbR unnötige Gesellschafterauseinandersetzungen bescheren.⁹⁶

Die Beratungspraxis muss daher künftig, wenn eine erbrechtliche Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag vereinbart wird, zusätzlich prüfen, ob das Erbenwahlrecht nach § 724 BGB abzubedingen ist. Dies wird sich insbesondere bei einer werbend tätigen Gesellschaft anbieten, die auf die Teilnahme aller Gesellschafter an der Unternehmensführung angewiesen ist.⁹⁷ Ferner bieten sich gesellschaftsvertragliche Regelungen an, die das Erbenwahlrecht formell modifizieren, indem sie z.B. bestimmen, wem genau der Antrag nach § 724 Abs. 1 BGB zugehen muss oder eine Frist festlegen, innerhalb derer die Restgesellschafter über den Antrag zu entscheiden haben.⁹⁸

c) Hürden der Umwandlung

Sofern dem Erben das Wahlrecht aus § 724 BGB zusteht, bedeutet dies aber nicht automatisch, dass er die Umwandlung in eine KG verlangen kann oder wird. Abgesehen davon, dass hierfür die Zustimmung

⁸⁷ BT-Drs. 19/27635, S. 171: „§ 724 BGB-E [ist] als dispositive Regelung konzipiert [...]“.

⁸⁸ BT-Drs. 19/27635, S. 171.

⁸⁹ BT-Drs. 19/27635, S. 171; kritisch: Bergmann, in: Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 7 Rn. 42.

⁹⁰ Schöne, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 724 Rn. 5 f.; Schäfer, in: ders., Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 6 Rn. 56.

⁹¹ Schöne, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 724 Rn. 6.

⁹² Schöne, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 724 Rn. 6.

⁹³ Schäfer, in: ders., Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 6 Rn. 56.

⁹⁴ Schäfer, in: ders., Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 6 Rn. 56.

⁹⁵ Gegen einen zwingenden Charakter auch Lange/Kretschmann, NZG 2023, 351 (353); Bergmann, in: Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 7 Rn. 43; Servatius, GbR, Kommentar, 2023, § 724 Rn. 29; ebenso noch zum Mauracher Entwurf Bochmann, ZGR Sonderheft 23 (2020), 221 (233).

⁹⁶ Bochmann, ZGR Sonderheft 23 (2020), 221 (231 f.).

⁹⁷ Servatius, GbR, Kommentar, 2023, § 724 Rn. 32.

⁹⁸ Servatius, GbR, Kommentar, 2023, § 724 Rn. 34 f.

mung der anderen Gesellschafter erforderlich ist, muss der Wechsel von der GbR zur KG auch rechtlich zulässig sein. Dies bestimmt sich nach den §§ 107 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB.

Da die GbR kein Handelsgewerbe betreiben kann (sonst wäre sie gem. § 1 Abs. 2 HGB eine OHG), muss sie nur eigenes Vermögen verwalten, kleingewerblich oder auf die gemeinsame Ausübung freier Berufe gerichtet sein, um zur KG werden zu können.⁹⁹ Letztere Variante steht jedoch nach §§ 161 Abs. 2, 107 Abs. 1 S. 2 a.E. HGB unter dem Vorbehalt berufsrechtlicher Zulässigkeit. Bei einer vermögensverwaltenden GbR sind Haftungsrisiken außerdem in der Regel überschaubar, weshalb der Gesellschaftererbe in diesen Konstellationen von der Haftungsbeschränkung des § 724 BGB selten Gebrauch machen wird.¹⁰⁰ Im Ergebnis ist das Recht zur Aufforderung zur Umwandlung daher nur für den Erben bei einer kleingewerblichen sowie, die berufsrechtliche Zulässigkeit unterstellt, freiberuflichen GbR interessant.

Zudem ist die Ausübung des Antragsrechts des Erben gem. § 724 Abs. 3 S. 1 BGB an eine Frist von drei Monaten gebunden, welche mit „dem Zeitpunkt [beginnt], zu dem er von dem Anfall der Erbschaft Kenntnis erlangt hat“. Der Erbe muss folglich innerhalb dieser drei Monate die Haftungsrisiken innerhalb der GbR evaluieren, was zwar ebenfalls auf einen Vollhafter-Erben bei OHG und KG zutrifft. Während Haftungsrisiken dort wegen deren Buchführungs- und Jahresabschlusspflichten nach den §§ 238 Abs. 1, 242 Abs. 1 HGB jedoch weniger schwer zu ermitteln sind, fehlen solche gesetzlichen Aufzeichnungspflichten bei der GbR.¹⁰¹ Der Gesellschaftererbe muss daher ohne entsprechende Informationen innerhalb eines vergleichsweise kurzen Zeitraums die finanzielle Lage der GbR einschätzen, was mit erheblichen Schwierigkeiten einhergehen kann.¹⁰²

d) Offengelassene Fragen

Wie gezeigt hat der Gesetzgeber, abgesehen vom zwingenden Charakter, das Wahlrecht des GbR-Erben inhaltlich dem § 131 HGB entsprechend konzipiert. Dabei hat er es verpasst, einige bereits in dessen Rahmen ungeklärte Fragen zu beantworten, von denen hier nur die drängendsten angerissen werden können.

So ist fraglich, ob der Gesellschaftererbe zwischen Erbfall, mithin Gesellschaftseintritt, und Ablauf der dreimonatigen Frist zur Antragsstellung bereits persönlich von den Gesellschaftsgläubigern in Anspruch genommen werden darf. Dagegen spricht, dass der Erbe während des Entscheidungszeitraums gegebenenfalls nur vorübergehend Gesellschafter war; andererseits ist er als Erbe sofort Gesellschafter.¹⁰³ Durchgesetzt hat sich daher die Anerkennung eines Leistungsverweigerungsrechts des Gesellschaftererben, bis feststeht, dass er endgültig unbeschränkt haftender Gesellschafter wird.¹⁰⁴

Mit der Haftungsfrage verknüpft ist die Problematik, dass dem Erben mit dem Erbfall sofort Geschäftsführungsbefugnisse und innergesellschaftliche Stimmrechte zustehen, obwohl sein dauerhafter Verbleib in der Gesellschaft noch unklar ist.¹⁰⁵ Wie hiermit zu verfahren ist, bleibt im Gesetzestext ebenso ungeklärt wie die Anwendbarkeit des § 176 Abs. 2 HGB auf den eintretenden Erben, also die Frage, ob der Erben-Kommanditist zwischen Gesellschaftseintritt und Eintragung der KG ins Han-

⁹⁹ Bergmann, in: Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 7 Rn. 40.

¹⁰⁰ Lange/Kretschmann, NZG 2023, 351 (353).

¹⁰¹ Bochmann, ZGR Sonderheft 23 (2020), 221 (230).

¹⁰² Pranzo, ZErB 2022, 425 (431); Lange/Kretschmann, ZEV 2021, 545 (549).

¹⁰³ Schmidt/Fleischer, in: MüKo-HGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2022, § 139 a.F. Rn. 106.

¹⁰⁴ Lange/Kretschmann, NZG 2023, 351 (355); Lorz, in: Ebenroth/Boujong, Kommentar zum HGB, 5. Aufl. 2024, § 131 Rn. 118; Klein/Lindemeier, in: Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2019, § 79 Rn. 48.

¹⁰⁵ Freitag, ZGR 2021, 534 (544).

delsregister wie ein persönlich haftender Gesellschafter haftet. Nach herrschender Auffassung in der Literatur, die sich nur auf ein höchstrichterliches Urteil stützen kann,¹⁰⁶ findet § 176 Abs. 2 HGB in diesem Fall keine Anwendung.¹⁰⁷ Folglich wäre ein Fingerzeig des Gesetzgebers wünschenswert gewesen und er hätte sich auch angeboten, da § 176 Abs. 2 HGB ohnehin neu gefasst wurde.¹⁰⁸

Obgleich die Regelung des Erbenwahlrechts für die GbR äußerst begrüßenswert ist, muss daher festgehalten werden, dass der Gesetzgeber mit der weitgehenden Kopie des § 131 HGB den leichtesten Weg eingeschlagen und bedauerlicherweise einige Fragen offengelassen hat.

3. Testamentsvollstreckung

Eine der wohl umstrittensten Problematiken an der Schnittstelle zwischen Erb- und Gesellschaftsrecht betrifft die Möglichkeit einer sog. Dauervollstreckung an einem vererbten Personengesellschaftsanteil.¹⁰⁹ Die Testamentsvollstreckung, welche vom Erblasser gem. § 1975 Abs. 1 BGB angeordnet werden kann, kommt ausschließlich dann in Betracht, wenn der Anteil in den Nachlass fällt,¹¹⁰ im Gesellschaftsvertrag also eine erbrechtliche Nachfolgeklausel vereinbart ist.¹¹¹ Der Erblasser muss folglich bei Anordnung einer Testamentsvollstreckung bereits gesellschaftsvertraglich vorhandene Nachfolgeregeln berücksichtigen. Sie wird im personengesellschaftsrechtlichen Kontext insbesondere dann vom Erblasser angeordnet, wenn er die Erben des jeweiligen Gesellschaftsanteils – mangels Qualifikation und/oder zu jungem Alter – für ungeeignet hält, den Anteil zu verwalten, mithin unternehmerische Entscheidungen zu treffen.¹¹²

Auslöser der Schwierigkeiten ist vor allem, dass dem Testamentsvollstrecker nach erbrechtlichen Prinzipien die Befugnisse kraft der Gesellschaftsmitgliedschaft uneingeschränkt zustünden, z.B. auch das Recht zur Geschäftsführung, sodass er Verbindlichkeiten zum Nachteil des gem. § 721 S. 1 BGB respektive § 126 S. 1 HGB persönlich haftenden Nachlasses eingehen könnte. Die Erben, die gem. § 1967 Abs. 1 BGB zwar mit ihrem eigenen Vermögen für die Nachlassverbindlichkeiten haften, sind indes, wie § 2206 Abs. 2 BGB zeigt, in der Lage, ihre Haftung auf den Nachlass zu beschränken. Der Testamentsvollstrecker haftet von vornherein nicht.¹¹³ Folglich würde die unbeschränkte Gesellschaftshaftung unterlaufen werden.¹¹⁴ Aufgrund des erheblichen praktischen Bedürfnisses nach der Dauervollstreckung an Personengesellschaftsanteilen kann hierauf jedoch nicht verzichtet werden, weshalb sich eine umfassende Rechtsprechung und Literatur zu dieser Thematik entwickelt hat.¹¹⁵

Durchgesetzt hat sich eine Begrenzung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers anhand der Innen- und der Außenseite der Gesellschafterstellung.¹¹⁶ Die Testamentsvollstreckung an Personen-

¹⁰⁶ BGHZ 108, 187 (192).

¹⁰⁷ Schmidt/Grüneberg, in: MüKo-HGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2022, § 176 a.F. Rn. 24; Lorz, in: Ebenroth/Boujong, Kommentar zum HGB, 5. Aufl. 2024, § 139 Rn. 125.

¹⁰⁸ Lange/Kretschmann, NZG 2023, 351 (355); Heckschen/Nolting, BB 2021, 2945 (2951).

¹⁰⁹ So zumindest Weidlich/Friedberger, notar 2021, 187 (187).

¹¹⁰ Ob der im Wege der Sondererbfolge übergehende Gesellschaftsanteil in den Nachlass fällt, war lebhaft umstritten; eine Übersicht hierzu m.w.N. bei Kämper, RNotZ 2016, 625 (628). Nach mittlerweile h.M. wird der Anteil dem Nachlass zugerechnet, BGHZ 98, 48 (49); 108, 187 (188); Zimmermann, in: MüKo-BGB, Bd. 11, 9. Aufl. 2022, § 2205 Rn. 30. A.A. BGH NJW 1981, 749 (750); Servatius, GbR, Kommentar, 2023, § 711 Rn. 33.

¹¹¹ Dutta, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2021, § 2205 Rn. 164.

¹¹² Kämper, RNotZ 2016, 625 (629).

¹¹³ Leipold, Erbrecht, 23. Aufl. 2022, Rn. 806.

¹¹⁴ Dutta, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2021, § 2205 Rn. 144.

¹¹⁵ Kämper, RNotZ 2016, 625 (629 ff.), m.w.N., auch mit einer Darstellung der Rechtsprechungsentwicklung.

¹¹⁶ BGHZ 98, 48 (56 f.); BGH NJW 1998, 1313 (1314); Weidlich/Friedberger, notar 2021, 187 (189); Heckschen, in: Burandt/Rojahn, Kommentar zum Erbrecht, 4. Aufl. 2022, BGB § 2205 Rn. 31; Leipold, in: MüKo-BGB, Bd. 11,

gesellschaftsanteilen ist demnach möglich, allerdings mit der Einschränkung, dass der Testamentsvollstrecker nur die der Außenseite zuzuordnenden Befugnisse ausüben kann.¹¹⁷ Dazu zählen vor allem das Recht auf Übertragung des Anteils sowie die Verfügungsbefugnis über künftige Auseinandersetzungsansprüche.¹¹⁸ Die Innenseite umfasst dagegen die innergesellschaftlichen Mitwirkungsrechte, mithin u.a. die Geschäftsführung, Stimmrechte innerhalb der Gesellschaft und die Prozessführungsbefugnis.¹¹⁹ Diesbezüglich ist grundsätzlich der Erbe handlungsberechtigt; die Innenseite unterliegt nicht der Dauertestamentsvollstreckung.¹²⁰ Über die Abgrenzung von Außen- und Innenseite im Einzelnen besteht indes Unsicherheit.¹²¹ Ungeklärt ist außerdem die Zulässigkeit möglicher Ersatzlösungen, mit denen eine umfassendere Dauervollstreckung erreicht werden könnte.¹²²

Folglich wäre es wünschenswert gewesen, eine Positionierung im MoPeG zur Thematik zu erhalten.¹²³ Der Gesetzgeber erklärt jedoch ausdrücklich, dass sich von dem MoPeG keine Änderungen für die Frage ergeben, „ob und unter welchen Voraussetzungen die Testamentsvollstreckung an einem Anteil des unbeschränkt haftenden Gesellschafters zulässig ist.“¹²⁴

VI. Fazit

Durch das MoPeG wurde jahrzehntelange Rechtsprechungs- und Beratungspraxis zumindest teilweise kodifiziert; von hoher Bedeutung für die Nachfolgethematik ist die Anerkennung der Praxis rund um die Nachfolgeklauseln implizit in § 711 Abs. 2 BGB und ausdrücklich in der Gesetzesbegründung.¹²⁵ Dies ist wegen der dadurch gesteigerten Rechtssicherheit äußerst begrüßenswert. Dabei ist positiv hervorzuheben, dass bezüglich der Klauselpraxis die bestehende Rechtslage lediglich kodifiziert wird, ohne einschränkende Elemente aufzunehmen. Erfreulicherweise kann dieser Teil des MoPeG daher als „minimalinvasiv“ bezeichnet werden. Ebenfalls begrüßenswert ist die Aufnahme eines Wahlrechts für Gesellschaftererben in einer GbR gem. § 724 BGB.¹²⁶ Dessen Einführung wurde bereits 2016 auf dem 71. Deutschen Juristentag mit einer großen Mehrheit empfohlen.¹²⁷

Inhaltlich allerdings hat sich zur Nachfolge von Todes wegen in GbR und OHG wenig geändert. Der Reformgesetzgeber hat zwar zu einigen Problemen Stellung bezogen; es verbleiben jedoch mehrere ungeklärte Fragen, zu denen eine Regelung wünschenswert gewesen wäre. Dementsprechend lösen die Änderungen hinsichtlich der Gesellschaftsnachfolge im Todesfall wenig Euphorie aus.¹²⁸ Zumindest hinsichtlich der Nachfolgeklauseln kann attestiert werden, dass aufgrund des hohen Gra-

9. Aufl. 2022, § 1922 Rn. 135.

¹¹⁷ Dutta, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2021, § 2205 Rn. 168.

¹¹⁸ Heckschen, in: Burandt/Rojahn, Kommentar zum Erbrecht, 4. Aufl. 2022, BGB § 2205 Rn. 32.

¹¹⁹ Kämper, RNotZ 2016, 625 (632).

¹²⁰ R. Kössinger/Zintl, in: Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 6. Aufl. 2020, § 15 Rn. 130.

¹²¹ Von einer „unübersichtliche[n] Situation“ sprechen Lange, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 2205 Rn. 57, und Weidlich/Friedberger, notar 2021, 187 (189).

¹²² Vgl. zu diesen R. Kössinger/Zintl, in: Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 6. Aufl. 2020, § 15 Rn. 132 ff.

¹²³ Lübke, DNotZ 2023, 896 (916); Servatius, GbR, Kommentar, 2023, § 711 Rn. 33; Weidlich/Friedberger, notar 2021, 187 (192); Bergmann, in: Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 7 Rn. 13; Heckschen/Nolting, BB 2021, 2945 (2951).

¹²⁴ BT-Drs. 19/27635, S. 145.

¹²⁵ BT-Drs. 19/27635, S. 145.

¹²⁶ Sich ebenfalls positiv äußernd v. Proff, NZG 2023, 147 (149); Schäfer, in: Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 6 Rn. 54; Servatius, GbR, Kommentar, 2023, § 712a Rn. 1.

¹²⁷ Beschluss 22 des 71. DJT, Bd. 2/1, 2016.

¹²⁸ Ebenso Lange/Kretschmann, ZEV 2021, 545 (550).

des an durch Rechtsprechung und Literatur geklärter Fragen ein umfassendes Eingreifen des Gesetzgebers nicht erforderlich war. Dass er über die Klauselthematik hinaus Streitigere Problem der Nachfolge in Personengesellschaften ungeklärt lässt, widerspricht allerdings dem selbst gesetzten Ziel, mehr Rechtssicherheit zu schaffen zu wollen.¹²⁹

¹²⁹ Zu diesem Ziel BT-Drs. 19/27635, S. 101.

Die Wiederzulassung von Mehrstimmrechtsaktien aus rechtsökonomischer Sicht

Stud. iur. Bennet Lasse Stau, Bonn**

I. Einleitung	655
II. Hauptteil	656
1. Anreize von Mehrstimmrechtsaktien	656
2. Risiken von Mehrstimmrechtsaktien	657
3. Umsetzung im Zukunftsfinanzierungsgesetz	658
III. Diskussion	659
1. Markt für Unternehmenskontrolle	660
a) Shareholder Engagement	660
b) Extraktion privater Vorteile	661
c) Gleichbehandlung der Aktionäre	661
2. Agenturkosten	662
3. Entwicklung des Unternehmenswertes	662
4. Minderheitenschutz	664
a) Zeitliche Verfallsklausel	664
aa) Hintergrund	664
bb) Zeitlicher Rahmen	664
b) Übertragungsklausel	666
c) Divestitionsklausel	667
d) Inhaltliche Beschränkung	667
e) Personelle Beschränkung	667
5. Einstimmigkeitserfordernis	668
6. Begrenzung der Mehrstimmrechtsaktie	668
IV. Beurteilung	669
V. Internationaler Vergleich	672
VI. Ergebnis	673

* Bennet Lasse Stau ist Student des LL.B. „Law and Economics“ sowie der Rechtswissenschaften an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Der Beitrag ist im Rahmen einer Seminararbeit entstanden. Besonderer Dank gilt Prof. Dr. Alexander Scheuch und Jun.-Prof. Dr. Svenja Hippel für die hervorragende Betreuung.

I. Einleitung

Das deutsche Kapitalmarktrecht folgt seit mehr als zwei Jahrzehnten dem Konzept „One share, one vote“.¹ Gemeint ist damit ein proportionales Stimmrecht,² wonach sich das Stimmrecht nach der Anzahl der gehaltenen Aktien bestimmt (vgl. §§ 12, 134 Abs. 1 S. 1 AktG). Eine solche Übereinstimmung von Stimmrecht und Anteilseigentum galt bisher weitverbreitet als Grundlage einer soliden Unternehmensführung.³ Im aktuellen rechtspolitischen Diskurs steht jedoch eine Abkehr des aktuellen Grundsatzes und die Wiederzulassung von Mehrstimmrechtsaktien.⁴ Das Verbot von Mehrstimmrechtsaktien, welches 1998 durch das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) in § 12 Abs. 2 AktG beschlossen wurde, soll neu bewertet werden.⁵ Ein überproportionales Stimmrecht soll nicht-börsennotierten Gesellschaften einen zusätzlichen Anreiz zum Börsengang verschaffen,⁶ Gründern und Visionären helfen langfristigen Unternehmenserfolg herbeizuführen⁷ und den nationalen Gesetzgeber im Wettbewerb der Rechtsordnungen halten und somit den Börsenstandort Deutschland attraktiv gestalten.⁸ Das überhaupt Handlungsbedarf bezüglich der verhaltenen Einstellung von Unternehmen gegenüber Börsengängen besteht, zeigt ein Vergleich zu anderen Staaten. Im Jahr 2021 konnte Deutschland lediglich zwölf Börsengänge verzeichnen.⁹ Im weltweiten Vergleich registriert Deutschland damit beispielsweise weniger Börsengänge wie die USA mit 416 Börsengängen, Hongkong mit 97 Börsengängen oder Kanada mit 68 Börsengängen.¹⁰ All diese Länder haben bereits in der Vergangenheit Mehrstimmrechtsaktien zugelassen. Die kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) werden gemeinhin als das Rückgrat der deutschen Wirtschaft angesehen.¹¹ Für diese KMU soll die Wiederzulassung eine attraktive Möglichkeit zur Eigenkapitalakquirierung über den Kapitalmarkt eröffnen.¹²

Die weitere Dringlichkeit der Debatte rund um die Wiederzulassung zeigt ein aktuelles Beispiel rund um den chinesischen Konzern Alibaba aus 2014. Das Unternehmen entschied sich bewusst für einen Börsengang an der New York Stock Exchange anstelle Hongkongs. Das entscheidende Kriterium war, dass der Börsenplatz NYSE Mehrstimmrechtsaktien erlaubte, Hongkong zu dem Zeit-

¹ Bundesverband Investment und Asset Management e.V., BVI-Stellungnahme zum Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zu Mehrstimmrechtsstrukturen bei Gesellschaften v. 21.2.2023, S. 1, abrufbar unter https://www.bvi.de/fileadmin/user_upload/230221_BVI-Position_Listing_act_Mehrstimmrechtsstrukturen.pdf (25.6.2024).

² Brändel, in: FS Karlheinz Quack, 1991, S. 175 (177).

³ Lee, Berkeley Business Law Journal 2018, 440 (441).

⁴ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (ZuFinG) 2023, S. 124, abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/20_Legislaturperiode/2023-04-12-ZuFinG/2-Regierungsentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (25.6.2024).

⁵ Gebhard/Herzog, ZIP 2023, 1161 (1162).

⁶ Kuthe, AG 2023, 28 (29).

⁷ Jordan/Kim/Liu, Journal of Corporate Finance 2016, 304 (305).

⁸ Casper, ZHR 2023, 5 (29).

⁹ Statistisches Bundesamt, Anzahl der Börsengänge in Deutschland von 1990 bis 2023, abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/152876/umfrage/boersengaenge-in-deutschland-seit-2000/> (22.6.2024).

¹⁰ Ernst & Young, EY Global IPO Trends 2022, 42.

¹¹ Schulz, European Journal of Economics and Economic Policies: Intervention 2004, 32 (33).

¹² Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (ZuFinG) 2023, S. 124, abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/20_Legislaturperiode/2023-04-12-ZuFinG/2-Regierungsentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (25.6.2024).

punkt jedoch noch nicht. Auch bei deutschen Unternehmen wie BioNTech und CureVac war die Relevanz der Mehrstimmrechtsaktie ausschlaggebend für einen Börsengang im Ausland.¹³ Längst wurde dementsprechend die Wichtigkeit erkannt, national ansässige Unternehmen mit ihrem Knowhow im eigenen Land zu behalten.¹⁴ Die Debatte rund um die Wiederzulassung ist jedoch nicht nur auf nationaler Ebene von Bedeutung, sondern auch auf EU-Ebene. Dem doppelten Reformwillen folgte im Herbst 2022 der EU Listing Act.¹⁵ Dieser enthält eine Vielzahl an Maßnahmen, um den europäischen Kapitalmarkt zu stärken, unter anderem auch eine Richtlinie bezüglich Mehrstimmrechten. Ziel des EU Listing Acts ist dabei eine Mindestharmonisierung von Mehrstimmrechtsaktien. Somit soll bewusst Gestaltungsspielraum für nationale Gesetzgeber geschaffen werden.¹⁶ Nach der Verabschiedung am 17.11.2023, ist das Zukunftsfinanzierungsgesetz hierzulande am 1.1.2024 in Kraft getreten.

II. Hauptteil

1. Anreize von Mehrstimmrechtsaktien

Mehrstimmrechtsaktien ermöglichen es Aktionären, die häufig Gründer oder Erfinder sind, überproportionale Stimmrechte zu halten, auch wenn ihre Kapitalbeteiligung unterhalb der benötigten Mehrheit liegt.¹⁷ Mark Zuckerberg gehören beispielsweise bei einem Kapitalanteil von ungefähr 14 % mehr als 50 % der Stimmrechte von Facebook.¹⁸ Ein Mehrstimmrecht ermöglicht eine einfachere Kontrolle über das Unternehmen¹⁹ und schafft die Option, sich teilweise vom Marktgeschehen zu isolieren²⁰ und sich vor short-termism, also kurzlebigen, unternehmerischen Handeln,²¹ in Form von aktivistischen Aktionären zu schützen.²² Es ist zu erwähnen, dass sich die Wirkung von Mehrstimmrechtsaktien nur bei solchen Entscheidungen zeigt, bei denen lediglich die Stimmmehrheit und nicht die Kapitalmehrheit ausschlaggebend ist.²³

Als Kernargument der Befürworter für die Einführung von Mehrstimmrechtsaktien wird die Umsetzung der idiosynkratischen Idee angeführt.²⁴ Die idiosynkratische Idee beschreibt die unternehmerische Idee selbst und ebenso den Glauben, diese umzusetzen und überdurchschnittliche Gewinne zu erzielen.²⁵ Die Verfolgung jener Idee kann auch für die restlichen Aktionäre von Vorteil sein, beispielgebend stieg der Wert der Aktie von Google nach Börsengang binnen drei Jahren von erwarteten \$ 85 pro Aktie auf \$ 600. Ähnliche Wertsteigerungen sind auch bei weiteren Unterneh-

¹³ Deutsches Aktieninstitut e.V./RITTERHAUS Rechtsanwälte Partnergesellschaft mbB, CureVac & Co. 2021, S. 8, abrufbar unter https://www.dai.de/fileadmin/user_upload/210714_Studie_Auslandslistings_von_BioNTech_CureVac_Co..pdf (25.6.2024).

¹⁴ Allaire, Le MÉDAC 2016, 1 (3).

¹⁵ Denninger/v. Bülow, AG 2023, 417 (418).

¹⁶ Harnos, AG 2023, 348 (348 f.).

¹⁷ Bebchuk/Kastiel, Georgetown Law Journal 2019, 1453 (1459).

¹⁸ Kuthe, BB 2023, 1603 (1605).

¹⁹ Bebchuk/Kastiel, Georgetown Law Journal 2019, 1453 (1457).

²⁰ Yan, Journal of Corporate Law Studies 2021, 1 (6).

²¹ Habersack, NZG 2023, 1103 (1103).

²² Winden, Columbia Business Law Review 2018, 852 (854).

²³ Hering/Olbrich, Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung 2001, 20 (20).

²⁴ Goshen/Hamdani, Yale Law Journal 2016, 560 (577).

²⁵ Goshen/Hamdani, Yale Law Journal 2016, 560 (577 f.).

men zu verzeichnen.²⁶ Diese Aussichten könnten einen Anreiz für Entrepreneurs und familiengeführte Unternehmen bieten, an die Börse zu gehen. So könnte vor allem der deutsche Kapitalmarkt von besonderem Interesse sein, da 64,62 % der Unternehmen hierzulande familiengeführt sind.²⁷ In solchen Unternehmen spielt die Persönlichkeit des Gründers eine dermaßen zentrale Rolle, dass diese auch nach Börsengang beibehalten werden soll. Mit der Einführung von Mehrstimmrechtsaktien könnte diese Vorrangstellung aufrechterhalten werden.²⁸

Mehrstimmrechtsaktien bieten zudem Schutz vor (feindlichen) Übernahmen.²⁹ Erst dieser Schutz setzt den kontrollierenden Aktionären Investitions- und Innovationsanreize³⁰ für langfristige Verbindlichkeiten, beispielsweise Humankapital.³¹ Die angesprochene Isolierung vom Markt würde dabei helfen, die defensive Haltung der Manager zur Vornahme langfristiger Investitionen zu überwinden.³² Demzufolge soll eine konzentrierte Stimmrechtsstruktur Stabilität bringen und das langfristige Potenzial des Unternehmens verbessern.³³ Mehrstimmrechtsaktien wurden, vor allem in älterer Literatur, oftmals mit dem Überfremdungsschutz in Verbindung gebracht.³⁴ Jedoch ist diese Notwendigkeit zum Schutz vor Überfremdung von ausländischen Investoren längst überholt – insbesondere im Hinblick auf die Kapitalverkehrsfreiheit.³⁵

2. Risiken von Mehrstimmrechtsaktien

Mehrstimmrechtsaktien standen allerdings auch immer schon in der Kritik und wurden teils als „unethisch“ und „aktionärsfeindlich“ betitelt.³⁶ Als einer der Hauptkritikpunkte werden Agenturkosten angesprochen. Ganz grundsätzlich versteht man darunter die Gesamtheit der Kosten, die dadurch anfallen, dass der Prinzipal seine Aufgaben nicht selbst ausführen kann und einen Agenten einschalten muss.³⁷ Die Möglichkeit zur Extraktion privater Vorteile stellt eine Unterkategorie dieser Kosten dar.³⁸ Diese treten auf, wenn für den Mehrstimmrechtsaktionär persönliche Anreize bestehen, sich einen wirtschaftlichen Vorteil zu verschaffen. Aufgrund ihrer verhältnismäßig geringen Kapitalbeteiligung sind sie eher dazu willens, die Ressourcen der Gesellschaft für ihre eigenen Zwecke einzusetzen.³⁹ Ein solches Verhalten kollidiert jedoch oft mit der optimalen Nutzung der Ressourcen und den Präferenzen der restlichen Anleger.⁴⁰ Die Entkopplung von Eigentum und Kontrolle lässt

²⁶ Gurrea-Martínez, European Business Organization Law Review 2021, 475 (480); Edmonston, The New York Times v. 19.8.2009, abrufbar unter <https://archive.nytimes.com/dealbook.nytimes.com/2009/08/19/google-s-ipo-5-years-later/> (25.6.2024).

²⁷ Faccio/Lang, Journal of Financial Economics 2002, 365, (379).

²⁸ Howell, Journal of Corporate Finance 2017, 440 (441).

²⁹ Casper, ZHR 2023, 5 (24).

³⁰ Centrum für Europäische Politik, Listing Act – Mehrstimmrechtsaktien cepAnalyse Nr. 7/2023, S. 7, abrufbar unter https://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/cep.eu/Analysen/COM_2022_761_Listing_Act_1/cepAnalyse_Listing_Act_Mehrstimmrechtsaktien_COM_2022_761_Langfassung.pdf (25.6.2024).

³¹ DeAngelo/DeAngelo, Journal of Financial Economics 1985, 33 (36).

³² Yan, Journal of Corporate Law Studies 2021, 1 (7).

³³ Lehn/Netter/Poulson, Journal of Financial Economics 1990, 557 (563 f.).

³⁴ Lutter/Schneider, ZGR 1975, 182 (189).

³⁵ Denninger, DB 2022, 2329 (2330).

³⁶ Howell, Journal of Corporate Finance 2017, 440 (441).

³⁷ Casper, ZHR 2023, 5 (26).

³⁸ Sharfman, Villanova Law Review 2018, 1 (18).

³⁹ Howell, Journal of Corporate Finance 2017, 440 (443).

⁴⁰ Bebchuk/Kastiel, Virginia Law Review 2017, 585 (602).

ebenso asymmetrische Informationen und daraus resultierende Überwachungskosten entstehen.⁴¹ Vielerlei wird daher vertreten, dass die Agenturkosten⁴² und asymmetrischen Informationen unter einer Mehrstimmrechtsstruktur höher ausfallen.⁴³ Die angesprochene Isolierung vom Markt wird teils auch kritisch betrachtet. Sie könnte einerseits dazu führen, dass wertsteigernde Unternehmensübernahmen verhindert werden⁴⁴ und andererseits dazu, dass Mehrstimmrechtsaktionäre nicht das gleiche Maß an Aufwand in die Geschäftsführung investieren.⁴⁵ Ebenso besteht die Gefahr der Verschönerung. Gemeint ist damit, dass sich die kontrollierenden Aktionäre gegen den objektiven Unternehmenswert steigernde Maßnahmen wehren.⁴⁶ Zudem haben (institutionelle) Anleger geringere Anreize, in Unternehmen mit Mehrstimmrechtsstrukturen zu investieren. Für neue Investoren besteht das Dilemma, dass diese zwar einerseits an dem Erfolg der Unternehmen teilhaben möchten, andererseits keine Mitwirkungsrechte verlieren wollen.⁴⁷ Dies gilt vor allem für Kapitalverwaltungsgesellschaften, welche selber Gläubiger zufriedenstellen müssen.⁴⁸ Demzufolge bewerten sie Mehrstimmrechtsstrukturen niedriger und ihre Investments fallen geringer aus.⁴⁹ Es müsste folglich ein gewisser Grad an Minderheitenschutz vorliegen, um jene Unternehmensstruktur attraktiver zu gestalten.⁵⁰

Die Verwendung von Mehrstimmrechtsaktien könnte außerdem ein moralisches Risiko erzeugen.⁵¹ Da Inhaber von Mehrstimmrechten lediglich einen geringen Prozentsatz des Aktienkapitals besitzen, tragen sie auch nur einen geringen Anteil der möglichen Verluste und Risiken.⁵² Daraus wird geschlussfolgert, dass nur diejenigen, die (aufgrund hohen Investments) ein großes Interesse am Erfolgsausgang haben, optimale Entscheidungen treffen.⁵³ Somit besteht die Gefahr, dass Mehrstimmrechtsaktionäre nicht die richtigen Anreize besitzen, um möglichst wertsteigernde, optimale Entscheidungen zu treffen.⁵⁴ Diesen Erkenntnissen folgend wird vertreten, dass die „One share, one vote“-Regelung die logische Konsequenz daraus sei.⁵⁵

3. Umsetzung im Zukunftsfinanzierungsgesetz

Das Zukunftsfinanzierungsgesetz ist die Ausarbeitung des deutschen Gesetzgebers, dem unions-

⁴¹ Daske, Vorzugsaktien in Deutschland, 2018, S. 308–310.

⁴² Amoako-Adu/Baulkaran/Smith, Journal of Corporate Finance 2011, 1580 (1587).

⁴³ Lim, Review of Quantitative Finance and Accounting 2016, 763 (764).

⁴⁴ Holmen/Nivorozhkin, Applied Financial Economics 2007, 785 (787).

⁴⁵ Gurrea-Martínez, European Business Organization Law Review 2021, 475 (482).

⁴⁶ Centrum für Europäische Politik, Listing Act – Mehrstimmrechtsaktien cepAnalyse Nr. 7/2023, S. 7, abrufbar unter https://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/cep.eu/Analysen/COM_2022_761_Listing_Act_1/cepAnalyse_Listing_Act_Mehrstimmrechtsaktien_COM_2022_761_Langfassung.pdf (25.6.2024).

⁴⁷ Yan, Legal Studies 2022, 335 (347).

⁴⁸ Bundesverband Investment und Asset Management e.V., BVI-Stellungnahme zum Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zu Mehrstimmrechtsstrukturen bei Gesellschaften v. 21.2.2023, S. 2, abrufbar unter https://www.bvi.de/fileadmin/user_upload/230221_BVI-Position_Listing_act_Mehrstimmrechtsstrukturen.pdf (25.6.2024).

⁴⁹ Kim/Matos/Xu, Multi-Class Shares Around the World: The Role of Institutional Investors, S. 5, abrufbar unter http://web.nbs.ntu.edu.sg/general/NTUFinanceConference2019/downloadpapers/paperfolder/FC2019D1_MultiClassShares.pdf; 2018 (25.6.2024).

⁵⁰ Yalden, Queen's Law University 2022, 1 (10).

⁵¹ Casper, ZHR 2023, 5 (25 f.).

⁵² Gurrea-Martínez, European Business Organization Law Review 2021, 475 (483).

⁵³ Hayden, Michigan Law Review 2003, 213 (247).

⁵⁴ Gurrea-Martínez, European Business Organization Law Review 2021, 475 (483).

⁵⁵ Lee, Berkeley Business Law Journal 2018, 440 (442).

rechtlichen Listing Act nachzukommen. Um zu verstehen, wie sich der deutsche Gesetzgeber dies vorstellt, sollte eine Unterscheidung zwischen nicht-börsennotierten und börsennotierten Gesellschaften vorgenommen werden.⁵⁶ Jedoch gibt es Regelungen, welche für alle Aktiengesellschaften gelten sollen, unabhängig davon, ob sie die Ressourcen des Kapitalmarktes in Anspruch nehmen oder nicht.⁵⁷ In § 135a Abs. 1 AktG-E lassen sich allgemein festgelegte Grundsätze wiederfinden. § 135a Abs. 1 S. 1 AktG-E sagt, dass lediglich Namensaktien mit Mehrstimmrechtsaktien ausgestattet werden können. Zudem soll gem. § 135a Abs. 1 S. 2 AktG-E eine Mehrstimmrechtsaktie höchstens das Zehnfache des Stimmrechts einer Stammaktie nach § 134 Abs. 1 S. 1 AktG betragen. Damit soll kein starres festgeschriebenes Stimmverhältnis gemeint sein, sondern eine obere Grenze. Es soll bewusst die Möglichkeit bestehen, mehrere Gattungen mit unterschiedlichen Stimmverhältnissen einzuführen.⁵⁸ Letztlich bedarf der Beschluss zur Vergabe von Mehrstimmrechtsaktien gem. § 135a Abs. 1 S. 3 AktG-E der Zustimmung aller Aktionäre. Der Regierungsentwurf gibt neben der Stimmrechtsbeschränkung keine weiteren Schutzmechanismen für nicht-börsennotierte Gesellschaften an. Somit lässt sich schlussfolgern, dass es sich bei nicht-börsennotierten Gesellschaften um ein aktienbezogenes Mehrstimmrecht handelt.⁵⁹

Für börsennotierte Gesellschaften gibt der Entwurf einen genaueren rechtlichen Rahmen vor. In § 135a Abs. 2 S. 2 AktG-E findet sich eine zeitbasierte Verfallsklausel wieder. Gemäß dieser sollen Mehrstimmrechtsaktien automatisch nach Ablauf von zehn Jahren nach Börsengang erlöschen. Die Bestandsdauer könnte, gegeben einer 75 % Kapitalmehrheit, um weitere zehn Jahre verlängert werden (§ 135a Abs. 2 S. 3 AktG-E). Wichtig zu erwähnen ist allerdings, dass diese Verlängerung erst ein Jahr vor Ablauf der aktuellen 10-Jahres Periode durchgeführt werden kann. In § 135a Abs. 2 S. 1 AktG-E findet sich eine übertragungsbezogene Klausel wieder. Demnach sollen Mehrstimmrechtsaktien im Falle der Übertragung erlöschen. Der Begriff der Übertragung wird hierbei weit ausgelegt. Es werden sowohl die rechtsgeschäftlichen Verfügungen, als auch die Fälle der Rechtsnachfolge (beispielsweise Generalsukzession nach § 1922 BGB) miteinbezogen.⁶⁰ Somit kann man bei börsennotierten Gesellschaften von einem aktionärsbezogenen Mehrstimmrecht sprechen.⁶¹ Schlussendlich soll über § 135a Abs. 3 AktG-E weiterer Gestaltungsraum geschaffen werden. Über die Satzung können weitere Regelungen eingebaut werden.⁶²

III. Diskussion

Die grundsätzliche Debatte und die Ausarbeitung des deutschen Gesetzgebers laden zu einer breit

⁵⁶ Herzog/Gebhard, ZIP 2022, 1893 (1898).

⁵⁷ Hammen, Working Paper No. 170/2023, 1 (12).

⁵⁸ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (ZuFinG) 2023, S. 128, abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/20_Legislaturperiode/2023-04-12-ZuFinG/2-Regierungsentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (25.6.2024).

⁵⁹ Gebhard/Herzog, ZIP 2023, 1161 (1164).

⁶⁰ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (ZuFinG) 2023, S. 130 f., abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/20_Legislaturperiode/2023-04-12-ZuFinG/2-Regierungsentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (25.6.2024).

⁶¹ Gebhard/Herzog, ZIP 2023, 1161 (1166).

⁶² Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (ZuFinG) 2023, S. 132, abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/20_Legislaturperiode/2023-04-12-ZuFinG/2-Regierungsentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (25.6.2024).

gefächerten Diskussion ein. Besonders im Fokus stehen hier der Markt für Unternehmenskontrolle und die Auswirkung von Mehrstimmrechten auf den Unternehmenswert sowie die Kosten einer solchen Stimmstruktur.

1. Markt für Unternehmenskontrolle

Der Markt für Unternehmenskontrolle zeigt den fundamentalen Interessenskonflikt von Mehrstimmrechtsaktien. Eine solche Stimmrechtsstruktur entkoppelt ökonomisches Interesse von der Stimmkraft.⁶³ Dies führt unter anderem zu einer geschwächten Position der Anleger und schwächt die disziplinierende Funktion des Marktes für Unternehmenskontrolle.⁶⁴ Mehrstimmrechte erschweren die Erlangung des kontrollierenden Einflusses für außenstehende Aktionäre.⁶⁵ Die Daseinsberechtigung der Verschanzung wird zwar oft damit begründet, ein geeignetes Mittel zur Kontrollerhaltung und Verfolgung der idiosynkratischen Idee darzustellen. Dieser Rechtfertigung wird jedoch entgegengehalten, dass sie lediglich einen Versuch, den Anlegern eine unrealistische Vorstellung vorzutäuschen, um so der Rechenschaftspflicht zu entgehen, darstellt.⁶⁶ Dass Mehrstimmrechte zu einer stärkeren Verschanzung führen, kann auch am Beispiel der längeren Amtsdauer der CEOs gezeigt werden.⁶⁷ Der Verschanzungseffekt wird in der Literatur jedoch punktuell auch positiv bewertet. Die Machtposition der kontrollierenden Aktionäre könnte tatsächlich zu höheren Übernahmen führen. Dies ist damit zu erklären, dass es für Aktionäre in einem durch Streubesitz verwalteten Unternehmen schwierig sei, als Einheit zu fungieren. Eine solche Kooperationsunfähigkeit würde Verhandlungsschwierigkeiten und schließlich eine geringere Übernahme (bezogen auf den Wert) verursachen. Bei einer konzentrierten Stimmstruktur könnten die kontrollierenden Aktionäre dank höheren Einflusses bessere Übernahmen vereinbaren.⁶⁸

a) Shareholder Engagement

Die Verschanzung hat auch negative Auswirkungen auf das Aktionärsengagement.⁶⁹ Im Grundsatz sollte kein Aktionär von der Mitbestimmung ausgeschlossen sein.⁷⁰ Kritiker verweisen bei der Diskussion rund um die Eigentümerkontrolle auf die Existenz von Vorzugsaktien und dem KGaA Konstrukt und wollen damit klarstellen, dass eine Schwächung der Eigentümerkontrolle im deutschen Recht ohnehin gegeben sei.⁷¹ Ein solcher Verweis stellt allerdings lediglich ein Scheinargument dar.⁷² Die Entkopplung von Kapitalbeteiligung und Stimmrecht sorgt darüber hinaus für eine Abgliederung von der Fähigkeit und dem Anreiz zur Überwachung. Aktionäre, welche Mehrstimmrechtsaktien halten, sind zwar fähig, zu überwachen, haben allerdings keine finanziellen Anreize, da sie schließlich ein geringeres Risiko tragen. Gegenteilig haben Aktionäre, welche reguläre Stimmrechtsaktien halten, zwar möglicherweise die richtigen Anreize, aufgrund ihrer proportional schwächeren Stimm-

⁶³ Yan, Legal Studies 2022, 335 (345).

⁶⁴ Taylor/Whittred, Journal of Corporate Finance 1998, 107 (108).

⁶⁵ Denninger, DB 2022, 2329 (2332).

⁶⁶ Echambadi, New York University Journal of Law and Business 2017, 503 (516).

⁶⁷ Daske, Vorzugsaktien in Deutschland, 2018, S. 310.

⁶⁸ Howell, Journal of Corporate Finance 2017, 440 (443).

⁶⁹ Yan, Legal Studies 2022, 335 (350).

⁷⁰ Terbrack/Wermeckes, DZWIR 1998, 186 (186).

⁷¹ Mock, in: Hirte/Mülbert/Roth, Großkommentar AktG, Bd. 1, 5. Aufl. 2016, § 12 Rn. 41.

⁷² Denninger, DB 2022, 2329 (2333).

kraft allerdings nicht die Möglichkeit, dementsprechende Veränderung herbeizuführen.⁷³

b) Extraktion privater Vorteile

Die geschwächte Position der restlichen Anleger offenbart ein anderes Problem für den Markt für Unternehmenskontrolle. Durch die Entkopplung steigt die Gefahr, dass der kontrollierende Anleger nicht im besten Interesse des Unternehmens handelt, sondern zunehmend an der Steigerung seiner eigenen Vorteile interessiert ist.⁷⁴ Darüber hinaus wurde festgestellt, dass je kleiner die Kapitalbeteiligung ist, desto verzerrter die Anreize für sorgfältige Kontrolle⁷⁵ und höher der Anreiz zur Vornahme von opportunistischen Handlungen seitens der Mehrstimmrechtsaktionäre.⁷⁶ Dieser Zusammenhang lässt sich zudem empirisch in beispielhaften Modellierungen nachvollziehen.⁷⁷

Da Mehrstimmrechtsaktien eine Möglichkeit darstellen, die Kontrolle bei einer konzentrierten Aktionärsgruppe zu halten,⁷⁸ würde dies nicht nur den Charakter einer Aktiengesellschaft schwächen – da die Einflussnahme eben genau an das investierte Kapital gebunden sein soll –, sondern auch das Konzept der Aktionärsdemokratie beeinträchtigen.⁷⁹

c) Gleichbehandlung der Aktionäre

Ein oftmals angesprochener Punkt, welche Befürworter der „One share, one vote“-Regelung ansprechen, ist jene Aktionärsdemokratie. Mit Mehrstimmrechtsaktien könne diese Demokratie nicht gewahrt werden.⁸⁰ Häufig wird auf den Demokratiegedanken in der Politik verwiesen. Jedoch ist es problematisch, die Unternehmensorganisation mit der politischen Demokratie gleichzusetzen.⁸¹ Innerhalb der „One share, one vote“-Regelung sind gerade nicht alle Aktionäre gleichzusetzen. Entscheidend ist der investierte Kapitalanteil des Aktionärs.⁸² Neben der Aktionärsdemokratie spielt auch die Aktionärshomogenität eine Rolle. Darunter zu verstehen ist eine kontrollierende Mehrheit mit homogenen Interessen, welche ihre Entscheidungen auf eigene Rechnung trifft.⁸³ In der Praxis stößt diese Theorie jedoch auf viel Kritik, da oftmals Aktionäre unterschiedliche Ziele haben und dementsprechend einige sogar mit den Interessen anderer Aktionäre konkurrieren.⁸⁴

Im Kern soll der Markt für Unternehmenskontrolle das Management eines jeweiligen Unternehmens überwachen und disziplinierend wirken, falls ein Unternehmen hinter den (wirtschaftlichen) Erwartungen zurückbleibt.⁸⁵ Mit der Einführung von Mehrstimmrechtsaktien kann dem nicht im erforderlichen Maß nachgegangen werden.⁸⁶

⁷³ Yan, Legal Studies 2022, 335 (345).

⁷⁴ Gilson, The Harvard Law Review Association 2006, 1641 (1651).

⁷⁵ Beckmann, Das aktienrechtliche Mehrstimmrecht, 2023, S. 184.

⁷⁶ Gilson, The Harvard Law Review Association 2006, 1641 (1651).

⁷⁷ Bebchuk/Kastiel, Georgetown Law Journal 2019, 1453 (1467).

⁷⁸ Denninger, DB 2022, 2329 (2333).

⁷⁹ Denninger, DB 2022, 2329 (2332).

⁸⁰ Khachaturyan, European Business Organization Law Review 2007, 335 (337).

⁸¹ Strine, The Business Lawyer 2010, 1 (3 f.).

⁸² Noack, in: Fleischer u.a., 50 Jahre Aktiengesetz, 2016, S. 163 (165).

⁸³ Casper, ZHR 2023, 5 (25).

⁸⁴ Hayden/Bodie, Cardozo Law Review 2008, 445 (477).

⁸⁵ Howell, Journal of Corporate Finance 2017, 440 (443).

⁸⁶ Wen, University of Pennsylvania Law Review 2014, 1495 (1497).

2. Agenturkosten

Die bereits angesprochenen Agenturkosten stellen einen der größten Kritikpunkte von Mehrstimmrechtsaktien dar. Besonders zu beachten sind die Monitoring Kosten.⁸⁷ Darunter fallen alle Überwachungskosten zwischen Agent und Prinzipal.⁸⁸ Sie entstehen durch die Separation von Stimmrecht und Kapitalbeteiligung und führen zu einer Prinzipal-Agenten Problematik. Der Konflikt besteht darin, dass der Agent eigenmaximierend handelt und nicht zum besten Nutzen des Prinzipals.⁸⁹ Eine Untersuchung der Beratungsfirma Oxera in Zusammenarbeit mit der EU-Kommission ergab, dass Mehrstimmrechte einer kostentreibenden Fragmentierung der Anteile entgegenwirken würden. Agenturkosten seien somit überschaubarer.⁹⁰ Dieser Beobachtung steht jedoch augenscheinliche Kritik gegenüber. Es gilt festzuhalten, dass eine Mehrstimmrechtsstruktur nicht zu einer Defragmentierung der Kapitalbeteiligung, sondern zu einer Konzentration führt. Auch die These, dass Mehrstimmrechtsaktien Agenturkosten verringern würden, wird beanstandet. Der mangelnde Gleichlauf der Interessen von Eigentümern und restlichen Aktionären begründet ja überhaupt erst den Konflikt. Eine Zuweisung von überproportionalen Stimmrechten an Aktionäre würde den Konflikt nur noch verstärken, die Kontrolle erschweren und folglich Agenturkosten steigen lassen.⁹¹ Dass Mehrstimmrechte die Agenturkosten steigen lassen, wird so weitestgehend auch in der Literatur vertreten.⁹² Es erscheint daneben wichtig, zwischen jungen und ausgereiften Unternehmen zu unterscheiden.⁹³ Für junge Unternehmen ist anzunehmen, dass die Kosten geringer ausfallen, da die Mehrstimmrechtsaktionäre zu dieser Zeit noch ein stärkeres Interesse an der Maximierung des Unternehmenswertes haben – auch weil ihre Auszahlung davon abhängt.

Die gesamte Debatte rund um Agenturkosten lässt sich nochmals aus einer anderen Perspektive beleuchten, indem man auf die Existenz der uninformierten und schwach motivierten Investoren hinweist. Diese Gruppe zeige rationale Apathie, welche zu einer Free-rider-Problematik führt, indem sie sich am liebsten nicht selbst einbringen und aktiv tätig werden wollen, sondern eher auf die Entscheidungen der motivierten Aktionäre berufen. Ferner erscheine es unwahrscheinlich, dass sich die von der Gruppe getroffenen Entscheidungen wertsteigernd auf die Unternehmensentwicklung auswirken werden.⁹⁴ In einem solchen Falle könnte eine Wiederzulassung von Mehrstimmrechtsaktien Agenturkosten und Interessenskonflikte reduzieren, indem die Aktionäre gegenüber den informierten Anlegern, welche ihr Stimmrecht wertschätzen und nicht free-riden, rechenschaftspflichtiger werden.⁹⁵

3. Entwicklung des Unternehmenswertes

Die empirischen Ergebnisse bezüglich der Entwicklung des Unternehmenswertes unter eine Mehrstimmrechtsstruktur sind uneindeutig.⁹⁶

⁸⁷ Jensen/Meckling, *Journal of Financial Economics* 1976, 305 (308).

⁸⁸ Inci, *Shareholder Engagement*, 2018, S. 28.

⁸⁹ Howell, *Journal of Corporate Finance* 2017, 440 (443).

⁹⁰ Oxera Consulting LLP, *Primary and secondary equity markets in the EU 2020*, 1 (119 f.).

⁹¹ Denninger, *DB* 2022, 2329 (2333).

⁹² Bebchuk/Kastiel, *Virginia Law Review* 2017, 585 (608).

⁹³ Kim/Michaely, *ECGI Finance Working Paper No. 590/2019*, 1 (1).

⁹⁴ Lund, *Stanford Law Review* 2019, 687 (696).

⁹⁵ Lund, *Stanford Law Review* 2019, 687 (697 f.).

⁹⁶ Daske, *Vorzugsaktien in Deutschland*, 2018, S. 312.

Teils stellen Untersuchungen fest, dass eine Mehrstimmrechtsstruktur einen negativen Einfluss auf den Unternehmenswert hat.⁹⁷ Eine Gleichstellung von Kapitalanteil mit Stimmrechten würde den Unternehmenswert hingegen positiv beeinflussen.⁹⁸ Es lässt sich beobachten, dass mit zunehmender Divergenz von Kapitalbeteiligung und Stimmrechten, der Unternehmenswert geringer ausfällt.⁹⁹

Jedoch zeigen einige Studien das entgegengesetzte Ergebnis. Eine Untersuchung vom Zeitraum 1980–2017 zeigt, dass Gesellschaften mit Mehrstimmrechten höher bewertet werden und so auch das entsprechende Tobins Q, ein marktbasierter Indikator zur Unternehmensbewertung,¹⁰⁰ vergleichsweise 13 % höher ist.¹⁰¹ Eine vom Finanzdienstleister MSCI durchgeführte Untersuchung des Marktes über einen Zeitraum von zehn Jahren (2007–2017) hat ergeben, dass Unternehmen mit Mehrstimmrechten den Markt übertreffen.¹⁰²

Demgemäß gibt es eine Vielzahl von Studien, die erforschen, über welchen Zeitraum diese Überbewertung im Vergleich zu proportionalen Stimmrechten andauert. Eine maßgebende Studie stellt fest, dass Gesellschaften mit Mehrstimmrechtsstruktur bei Börsengang einen vergleichsweise höheren Wert aufweisen, welcher die nächsten sechs bis neun Jahre beibehalten wird.¹⁰³ Dieser Wertzuwachs verschwindet jedoch nach dem gegebenen Zeitraum und in der Folgezeit werden die Aktien mit einem Wertabschlag gegenüber Single-Class-Unternehmen gehandelt.¹⁰⁴ Somit sinkt die Attraktivität im Laufe der Zeit, sodass von einem Lebenszyklus der Mehrstimmrechtsaktie gesprochen wird.¹⁰⁵

Fraglich ist, wie der abnehmende Effekt erklärt werden kann. Es besteht die Möglichkeit, dass nach einigen Jahren die unternehmerische Idee, die das Unternehmen und dessen Erfolg ausmacht, vollendet und das Wissen und Knowhow des Visionärs oder Gründers nicht mehr notwendig ist. Die Informationsasymmetrie und der Wissensvorsprung verschwinden.¹⁰⁶ Den Beobachtungen folgend ist es schwierig, eine abschließende Beurteilung über den Einfluss von Mehrstimmrechtsaktien auf den Unternehmenswert zu tätigen. Die negative Sicht auf Mehrstimmrechtsaktien ist auf Erfahrungen aus den 1920er Jahren zurückzuführen, in welchen das Konzept der Mehrstimmrechtsaktie missbraucht wurde¹⁰⁷ und es teilweise zu absurd hohen Stimmrechtsverhältnissen kam, sodass von einem „Verwaltungsabsolutismus“ gesprochen wurde.¹⁰⁸ In Verbindung mit der angesprochenen rechtsökonomischen Kritik spricht dies gegen eine weitgehende Gestaltungsfreiheit für Mehrstimmrechte.¹⁰⁹ Es bedarf engeren Regelungen zum Schutz der Minderheit.

⁹⁷ Gompers/Ishii/Metrick, The Review of Financial Studies 2010, 1051 (1084).

⁹⁸ Seibt, ZGR 39/2010, 795 (817).

⁹⁹ Gompers/Ishii/Metrick, The Review of Financial Studies 2010, 1051 (1084).

¹⁰⁰ Bozec/Bozec/Dia, International Journal of Managerial Finance 2010, 305 (311).

¹⁰¹ Cremers/Lauterbach/Pajuste, ECGI Working Paper Series in Finance No. 550/2018, 1 (3).

¹⁰² Melas, MSCI v. 3.4.2018, abrufbar unter <https://www.msci.com/www/blog-posts/putting-the-spotlight-on/0898078592; 2018> (25.6.2024).

¹⁰³ Cremers/Lauterbach/Pajuste, ECGI Working Paper Series in Finance No. 550/2018, 1 (31 f.).

¹⁰⁴ Cremers/Lauterbach/Pajuste, ECGI Working Paper Series in Finance No. 550/2018, 1 (2).

¹⁰⁵ Cremers/Lauterbach/Pajuste, ECGI Working Paper Series in Finance No. 550/2018, 1 (4).

¹⁰⁶ Cremers/Lauterbach/Pajuste, ECGI Working Paper Series in Finance No. 550/2018, 1 (2).

¹⁰⁷ Casper, ZHR 2023, 5 (20).

¹⁰⁸ Planitz, Die Stimmrechtsaktie ein Beitrag zur Reform des Aktienrechts, 1922, S. 28.

¹⁰⁹ Casper, ZHR 2023, 5 (27).

4. Minderheitenschutz

Die Notwendigkeit für Minderheitenschutz hat auch der deutsche Gesetzgeber erkannt und folglich konkrete Schranken eingebaut, um den Minderheitsaktionären einen solchen Schutz zu bieten.¹¹⁰

a) Zeitliche Verfallsklausel

Zunächst einmal soll es eine zeitliche Verfallsklausel geben. Dies bedeutet, dass eine Mehrstimmrechtsaktie nach einer gewissen Anzahl an Jahren automatisch erlischt und in eine normale Stammaktie umgewandelt wird.¹¹¹

aa) Hintergrund

Die Notwendigkeit für eine zeitliche Beschränkung kann mit dem abnehmenden Effekt von Mehrstimmrechtsaktien erklärt werden.¹¹² Folglich sollen Mehrstimmrechtsaktien nicht unbegrenzt lange gelten, auch um Verhältnismäßigkeit zu wahren. Es erscheint zudem elementar, eine zeitliche Begrenzung zu schaffen, da festgestellt wurde, dass ohne eine zeitliche Befristung der Mehrstimmrechtsaktionär eine solche Struktur auch dann beibehalten würde, wenn sie gesamtwirtschaftlich ineffizient geworden ist, da er weiterhin persönliches Interesse zur Vornahme opportunistischer Handlungen hat.¹¹³

bb) Zeitlicher Rahmen

Es gibt eine Vielzahl an Vorschlägen zur Bestimmung eines angemessenen zeitlichen Rahmens.¹¹⁴ Ein oftmals angeführter Zeitraum sind maximal fünf Jahre.¹¹⁵ Dieser Zeitrahmen stelle ausreichend Zeit dar, um die Geschäftsstrategie zu implementieren¹¹⁶ und sich am Kapitalmarkt zu etablieren.¹¹⁷ Aus einer anderen Studie geht hervor, dass mindestens die ersten sechs Jahre lang eine Höherbewertung verzeichnet wird, sodass eine Klausel erst ab diesem Zeitpunkt Sinn ergäbe.¹¹⁸ Zusätzlich wird teilweise ein hard stop gefordert. Gemeint ist damit, dass es keine Möglichkeit der Verlängerung geben soll.¹¹⁹ Eben genau diese ist allerdings im aktuellen Regierungsentwurf enthalten (§ 135a Abs. 2 S. 3 AktG-E). Eine Analyse von 29 Unternehmen mit bereits implementierten zeitlichen Ver-

¹¹⁰ Harnos, AG 2023, 348 (351).

¹¹¹ Winden, Columbia Business Law Review 2018, 852 (869 ff.).

¹¹² Kim/Michaely, ECGI Finance Working Paper No. 590/2019, 1 (17).

¹¹³ Bebchuk/Kastiel, Virginia Law Review 2017, 585 (618).

¹¹⁴ Beckmann, Das aktienrechtliche Mehrstimmrecht, 2023, S. 185.

¹¹⁵ CFA Institute, Dual-Class Shares: The Good, The Bad, And the Ugly 2018, S. 56, abrufbar unter <https://rpc.cfainstitute.org/-/media/documents/survey/apac-dual-class-shares-survey-report.pdf> (25.6.2024).

¹¹⁶ CFA Institute, Dual-Class Shares: The Good, The Bad, And the Ugly 2018, 1 S. 5, abrufbar unter <https://rpc.cfainstitute.org/-/media/documents/survey/apac-dual-class-shares-survey-report.pdf> (25.6.2024).

¹¹⁷ Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e.V., DSW-Stellungnahme zu dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssicheren Investitionen (ZuFinG) v. 10.5.2023, S. 7, abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilung/gen/Abteilung_VII/20_Legislaturperiode/2023-04-12-ZuFinG/Stellungnahme-dsw.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (25.6.2024).

¹¹⁸ Cremers/Lauterbach/Pajuste, ECGI Working Paper Series in Finance No. 550/2018, 1 (32).

¹¹⁹ CFA Institute, Dual-Class Shares: The Good, The Bad, And the Ugly 2018, S. 56, abrufbar unter <https://rpc.cfainstitute.org/-/media/documents/survey/apac-dual-class-shares-survey-report.pdf> (25.6.2024).

fallsklauseln zeigt eine Vielfalt an unterschiedlicher Dauer von Verfallsklauseln. 17,24 % haben fünf Jahre oder weniger, 27,59 % haben sieben Jahre, 37,93 % haben zehn Jahre und 17,24 % haben mehr als zehn Jahre.¹²⁰ An anderer Stelle wird passend dazu festgestellt, dass die Vergabe von überproportionalen Stimmrechten einen bis zu zehn Jahren nach Börsengang andauernden, positiven Einfluss auf Innovation hat, sodass erst nach Ablauf dieser Zeit ein angemessenes Datum für die Auflösung der Mehrstimmrechte erreicht wäre.¹²¹ Diesen unterschiedlichen Beobachtungen folgend zeigt sich ein fundamentales Problem: Es erscheint willkürlich und problematisch, eine verpflichtende zeitliche Befristung zu bestimmen.¹²² Das Konzept „One size fits all“, also die Umsetzung einer Einheitslösung, wird von vielen Verbänden als nicht zielführend beurteilt.¹²³ Jedes Unternehmen sollte eine eigene Zeitperiode festlegen können, da dem Gesetzgeber nicht genügend Informationen zur Verfügung stehen, um eine optimale Ausgestaltung für alle Unternehmen gewährleisten zu können.¹²⁴ Somit ist fraglich, ob es überhaupt einer verpflichtenden zeitlichen Bindung der Mehrstimmrechte bedarf. Beispielgebend positioniert sich das Deutsche Aktieninstitut gegen die Festsetzung eines fixen Zeitraumes.¹²⁵ Zudem kann es auch bei zeitlichen Verfallsklauseln aufgrund eines zu abrupten Endes zu Problemen des moralischen Risikos kommen. Gemeint ist damit, dass der Mehrheitsaktionär seine vorteilhafte ökonomische Position solange ausnutzt, wie er dazu in der Lage ist.¹²⁶ Dies hat ebenso zur Folge, dass der Anreiz zum Ausnutzen dieser Position immer größer wird, je näher das Verfallsdatum kommt.¹²⁷ Zu beachten sind darüber hinaus Auswirkungen auf das Übernahmerecht. Der Verfall von Mehrstimmrechtsaktien könnte signifikante Stimmrechtsbewegungen auslösen, sodass dies zu einem passiven Kontrollwerb gem. § 35 S. 5 WpÜG führen würde.¹²⁸ Das passive Überschreiten der Kontrollschwelle nach § 29 Abs. 2 S. 1 WpÜG könnte somit die Abgabe eines Pflichtangebotes (§ 35 WpÜG) begründen.¹²⁹ Teilweise wurde in solchen Fällen auch über eine Befreiung von der Angebotspflicht nachgedacht.¹³⁰ Denkbar wäre eine Ausnahmeregelung, wie sie Österreich in § 22b Übernahmegesetz verankert hat.¹³¹ Der Regierungsentwurf enthält keine Ausnahmeregelung. Zur Veranschaulichung dieser Gefahr lässt sich folgende Situation modellieren: Ein Mehrstimmrechtsaktionär hat eine Kapitalbeteiligung von etwas über 8 %. Ein anderer Aktionär

¹²⁰ Council of Institutional Investors, CII review of SEC filings v. 15.8.2019, abrufbar unter <https://www.cii.org/files/8-15-19%20Time-based%20Sunsets.docx.pdf> (25.6.2024).

¹²¹ Baran/Forst/Tony Via, Journal of Financial Research 2023, 169 (192).

¹²² Beckmann, Das aktienrechtliche Mehrstimmrecht, 2023, S. 186.

¹²³ Fisch/Solomon, University Law Review 2019, 1057 (1082).

¹²⁴ Centrum für Europäische Politik, Listing Act – Mehrstimmrechtsaktien cepAnalyse Nr. 7/2023, S. 8, abrufbar unter https://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/cep.eu/Analysen/COM_2022_761_Listing_Act_1/cepAnalyse_Listing_Act_Mehrstimmrechtsaktien_COM_2022_761_Langfassung.pdf (25.6.2024).

¹²⁵ Deutsches Aktieninstitut, Stellungnahme des Deutschen Aktieninstituts zum Referentenentwurf des Zukunftsfinanzierungsgesetz v. 28.9.2023, S. 16, abrufbar unter https://www.dai.de/fileadmin/user_upload/230928_Postitionspapier_Stellungnahme_ZuFinG_RegE_Deutsches_Aktieninstitut.pdf (25.6.2024).

¹²⁶ Coffee, The CLS Blue Sky Blog v. 19.11.2018, abrufbar unter <https://clsbluesky.law.columbia.edu/2018/11/19/dual-class-stock-the-shades-of-sunset/> (25.6.2024).

¹²⁷ Fisch/Solomon, Boston University Law Review 2019, 1057 (1083).

¹²⁸ Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Handelsrecht [...] zum [...] ZuFinG v. 5.2023, S. 19, abrufbar unter <https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-29-23-zukunftsfinanzierungsgesetz-zufing?file=files/anwaltverein.de/downloads/newsroom/stellungnahmen/2023/dav-sn-29-2023-zufing.pdf> (25.6.2024).

¹²⁹ Gebhard/Herzog, ZIP 2023, 1161 (1166).

¹³⁰ Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Handelsrecht [...] zum [...] ZuFinG v. 5.2023, S. 28 f., abrufbar unter <https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-29-23-zukunftsfinanzierungsgesetz-zufing?file=files/anwaltverein.de/downloads/newsroom/stellungnahmen/2023/dav-sn-29-2023-zufing.pdf> (25.6.2024).

¹³¹ Casper, ZHR 2023, 5 (34).

hält etwas über 29 % der Stimmrechte. Sofern die Mehrstimmrechtsaktien erlöschen, verfügt der Mitaktionär automatisch über eine absolute Stimmrechtsmehrheit, ohne ein Angebot abgegeben zu haben.¹³² Mithin würde die Einführung einer Ausnahmeregelung den Schutzzweck des § 35 WpÜG konsequent verfehlen. Die Reduzierung der Anzahl an Stimmrechten gem. § 37 WpÜG i.V.m. § 9 S. 1 Nr. 5 WpÜG-Angebots-VO würde eine ausreichende Alternative darstellen.¹³³ Diese Lösung sieht auch der Regierungsentwurf.¹³⁴

b) Übertragungsklausel

Fraglich ist, ob eine Übertragungsklausel eine bessere Ausarbeitung für den Minderheitenschutz ist. Der Entwurf sieht ein Erlöschen von Mehrstimmrechten bei Übertragung vor. Die weite Auslegung des Übertragungsbegriffs beinhaltet die rechtsgeschäftliche Übertragung und die Vererbung.¹³⁵ Teilweise kann man die Unvollständigkeit dieser Klausel kritisieren. So ist die Problematik rund um eine alters- oder krankheitsbedingte Einschränkung der Ausführung des Amts nicht weiter geklärt. Dies lässt sich besonders gut an dem Fall rund um US-Unternehmer Sumner Redstone veranschaulichen. Redstone war Inhaber von Mehrstimmrechtsaktien und führte zwei Unternehmen. Redstone war erfolgreich in der Vergangenheit, inzwischen allerdings so alt, dass er nicht mehr im Besitz der mentalen Fähigkeiten war, seinen Aufgaben sorgfältig nachzugehen.¹³⁶ Fraglich ist, wie der Status der Mehrstimmrechtsaktien in dieser Situation zu bewerten ist. Die Eigenschaft des aktionärsbezogenen Mehrstimmrechts dient in der Theorie dem Zweck der Rechtssicherheit und des Minderheitenschutzes. Jedoch könnte eine solche Situation dazu führen, dass der Mehrstimmrechtsaktionär seinen Aufgaben nicht mehr sorgfältig nachkommen kann und in der Folge einen negativen Einfluss auf den Unternehmenswert hat.¹³⁷ Auch die Vererbung der Mehrstimmrechtsaktie stößt auf eine Vielzahl an Ideen. Einerseits wird argumentiert es sei sinnvoll, die Aktie im Todesfall erlöschen zu lassen, da eben erst das Knowhow des ursprünglichen Inhabers der Aktie die Investoren zur Beteiligung veranlasst¹³⁸ und den Fortschritt begründet hat.¹³⁹ Andererseits lässt sich auf die Zielsetzung des Entwurfes verweisen. Mit der Wiederzulassung will man vor allem KMUs und Start-Ups dazu ermutigen, einen Börsengang zu wagen. Solche Unternehmen sind oftmals familiengeführt. Das Erlöschen der Aktie bei Übergang auf Erben könnte unattraktiv auf Familienunternehmen wirken.¹⁴⁰

¹³² Gebhard/Herzog, ZIP 2023, 1161 (1166).

¹³³ Gebhard/Herzog, ZIP 2023, 1161 (1166).

¹³⁴ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (ZuFinG) 2023, S. 132, abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/20_Legislaturperiode/2023-04-12-ZuFinG/2-Regierungsentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (25.6.2024).

¹³⁵ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (ZuFinG) 2023, S. 130 f., abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/20_Legislaturperiode/2023-04-12-ZuFinG/2-Regierungsentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (25.6.2024).

¹³⁶ Li, Business and Management 2022, 91 (92).

¹³⁷ Li, Business and Management 2022, 91 (92).

¹³⁸ CFA Institute, Dual-Class Shares: The Good, The Bad, And the Ugly 2018, S. 60, abrufbar unter <https://rpc.cfainstitute.org/-/media/documents/survey/apac-dual-class-shares-survey-report.pdf> (25.6.2024).

¹³⁹ Centrum für Europäische Politik, Listing Act – Mehrstimmrechtsaktien cepAnalyse Nr. 7/2023, S. 9, abrufbar unter https://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/cep.eu/Analysen/COM_2022_761_Listing_Act_1/cepAnalyse_Listing_Act_Mehrstimmrechtsaktien_COM_2022_761_Langfassung.pdf (25.6.2024).

¹⁴⁰ Association for Financial Markets in Europe, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Zukunftsfinanzierungsgesetzes (ZuFinG) v. 10.5.2023, S. 12, abrufbar unter <https://www.bundesfinanzministerium.de/Conte>

Es besteht keine Garantie, dass der Vorteil des (ursprünglichen) Inhabers für immer beibehalten wird. Somit sei eine Vererbbarkeit auf den ersten Blick durchaus nachvollziehbar, allerdings ist der Nachfolger oft nicht gleichermaßen engagiert. Dies hätte zur Folge, dass Mehrstimmrechtsstrukturen eben nicht den langfristigen Unternehmenserfolg schützen.¹⁴¹

c) Divestitionsklausel

Über § 135a Abs. 3 AktG-E könnte ebenso eine Divestitionsklausel eingefügt werden. Mit einer solchen sollen Mehrstimmrechtsaktien beim Unterschreiten einer bestimmten Kapitalbeteiligungsschwelle automatisch erlöschen.¹⁴² Als Schwelle werden hier 10 % genannt.¹⁴³ Eine solche Ausarbeitung soll „skin in the game“, also ein Mindestmaß an persönlichem Interesse am Erfolgsausgang, bewahren.¹⁴⁴ In der praktischen Umsetzung könnten die Aktionäre mithilfe eines einfachen Stimmrechts im Rahmen der Hauptversammlung bei Eintreten eines solchen Ereignisses die Möglichkeit haben, über die Abschaffung der Mehrstimmrechte abzustimmen.¹⁴⁵

d) Inhaltliche Beschränkung

Zusätzlich ist eine inhaltliche Beschränkung der Mehrstimmrechte denkbar. Die genauere Ausgestaltung könnte sich beispielsweise darauf limitieren, dass es einen Ausschluss der Mehrstimmrechtswirkung für vorgegebene Abstimmungen mit besonderer Bedeutung für die Corporate Governance gibt.¹⁴⁶ Denkbar wäre eine Beschränkung sowohl bei der Wahl zum Aufsichtsrat (§ 101 Abs. 1 AktG), dem Vergütungsvotum (§ 120a AktG) und für Entlastungsbeschlüsse nach § 120 AktG,¹⁴⁷ als auch für Fälle, in denen nur eine Stimmmehrheit und keine Kapitalmehrheit erforderlich ist.¹⁴⁸ Beispielhaft anzuführen sind die vorzeitige Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern nach § 103 Abs. 1 Satz 2 AktG und die Entscheidung über Geschäftsführungsmaßnahmen nach Vorlage durch den Vorstand nach § 111 Abs. 4 S. 3 AktG.¹⁴⁹ Punktuell gesehen sieht der Regierungsentwurf bereits eine inhaltliche Beschränkung vor. In § 135a Abs. 4 AktG-E sollen Mehrstimmrechte, mit Bezug auf § 33b Abs. 2 S. 1 WpÜG, nur einfaches Stimmgewicht enthalten. Diese Ausnahme soll für die Bestellung des Abschlussprüfers durch die Hauptversammlung nach § 119 Abs. 1 Nr. 5 AktG und die Bestellung von Sonderprüfern gem. § 142 Abs. 1 AktG gelten. Solche Sonderfälle erachtet der Gesetzgeber als nachvollziehbar, da Rechnungslegung ein sensibles Thema sei, welches zentraler Teil des Minderheitenschutzes ist.

e) Personelle Beschränkung

Als weitere Beschränkung könnte man es nur einem bestimmten Personenkreis erlauben, Inhaber

[nt/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/20_Legislaturperiode/2023-04-12-ZuFinG/Stellungnahme-afme.pdf? blob=publicationFile&v=2](https://www.dai.de/fileadmin/user_upload/230928_Postitionspapier_Stellungnahme_ZuFinG_RegE_Deutsches_Aktieninstitut.pdf) (25.6.2024).

¹⁴¹ Chemmanur/Jiao, Journal of Banking & Finance 2012, 305 (306).

¹⁴² Bebchuk/Kastiel, Virginia Law Review 2017, 585 (621).

¹⁴³ Gebhard/Herzog, ZIP 2023, 1161 (1167).

¹⁴⁴ Reddy, Cambridge Law Journal 2021, 515 (538).

¹⁴⁵ Deutsches Aktieninstitut, Stellungnahme des Deutschen Aktieninstituts zum Referentenentwurf des Zukunftsfinanzierungsgesetz v. 28.9.2023, S. 17, abrufbar unter https://www.dai.de/fileadmin/user_upload/230928_Postitionspapier_Stellungnahme_ZuFinG_RegE_Deutsches_Aktieninstitut.pdf (25.6.2024).

¹⁴⁶ Gebhard/Herzog, ZIP 2023, 1161 (1168).

¹⁴⁷ Denninger, DB 2022, 2329 (2336).

¹⁴⁸ Gebhard/Herzog, ZIP 2023, 1161 (1168).

¹⁴⁹ Arnold, in: MüKo-AktG, Bd. 3, 5. Aufl. 2022, § 133 Rn. 47.

von Mehrstimmrechtsaktien zu sein. Allerdings gestaltet sich dies im Hinblick auf größere Investoren schwierig, da sich diese ebenfalls signifikant an dem Unternehmen beteiligt haben und an dem Erwerb von Mehrstimmrechtsaktien interessiert sein könnten.¹⁵⁰ Gegen eine solche personenbezogene Beschränkung spricht sich auch der Regierungsentwurf klar aus und möchte eine möglichst flexible Ausgestaltung bieten.¹⁵¹

5. Einstimmigkeitserfordernis

Bezogen auf die Einführung von Mehrstimmrechtsaktien bedarf es eines Einstimmigkeitserfordernisses aller betroffenen Aktionäre.¹⁵² Begründet wird das Erfordernis damit, dass ein proportionales Stimmrecht für nichtbegünstigte Aktionäre von derartiger Wichtigkeit ist, dass eine Einführung von Mehrstimmrechtsaktien nur mit universellem Einverständnis zu begründen sei.¹⁵³ Dieser Schutzmechanismus macht eine Einführung von Mehrstimmrechtsaktien nach Börsengang jedoch praktisch unmöglich. Teilweise wird deshalb vorgeschlagen, dass sich der deutsche Gesetzgeber an dem Vorschlag der EU-Kommission orientieren sollte. Nach der unionsrechtlichen Ausarbeitung des Listing Acts bedarf es nur der qualifizierten Mehrheit.¹⁵⁴ Für überstimmte Aktionäre wäre in solchen Fällen die Möglichkeit eines Abfindungsangebotes denkbar.¹⁵⁵ Dem Regierungsentwurfes nach zu urteilen, ist sich der deutsche Gesetzgeber dieser faktischen Unmöglichkeit der Einführung von Mehrstimmrechtsaktien nach Börsengang jedoch bewusst. Der Schwerpunkt bezüglich der Wiederzulassung wird also mehr im Vorfeld zum Börsengang gesehen.¹⁵⁶

6. Begrenzung der Mehrstimmrechtsaktie

Ein weiterer Diskussionspunkt ist die volumenmäßige Begrenzung der Mehrstimmrechtsaktie wie sie in § 135a Abs. 1 S. 2 AktG-E niedergeschrieben ist. Als mögliche Ausgestaltung wird in der Literatur teils eine analoge Regelung zu § 139 Abs. 2 AktG vorgeschlagen.¹⁵⁷ Dementsprechend wäre der Anteil der Mehrstimmrechtsaktien auf 50 % des Stammkapitals beschränkt. Der Regierungsentwurf

¹⁵⁰ Casper, ZHR 2023, 5 (33).

¹⁵¹ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (ZuFinG) 2023, S. 128, abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/20_Legislaturperiode/2023-04-12-ZuFinG/2-Regierungsentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (25.6.2024).

¹⁵² Kuthe, BB 2023, 1603 (1605).

¹⁵³ Association for Financial Markets in Europe, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Zukunftsfinanzierungsgesetzes (ZuFinG) v. 10.5.2023, S. 12, abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/20_Legislaturperiode/2023-04-12-ZuFinG/Stellungnahme-afme.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (25.6.2024).

¹⁵⁴ Deutsches Aktieninstitut, Stellungnahme des Deutschen Aktieninstituts zum Referentenentwurf des Zukunftsfinanzierungsgesetz v. 28.9.2023, S. 16, abrufbar unter https://www.dai.de/fileadmin/user_upload/230928_Postitionspapier_Stellungnahme_ZuFinG_RegE_Deutsches_Aktieninstitut.pdf (25.6.2024).

¹⁵⁵ Association for Financial Markets in Europe, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Zukunftsfinanzierungsgesetzes (ZuFinG) v. 10.5.2023, S. 12, abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/20_Legislaturperiode/2023-04-12-ZuFinG/Stellungnahme-afme.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (25.6.2024).

¹⁵⁶ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (ZuFinG) 2023, S. 129, abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/20_Legislaturperiode/2023-04-12-ZuFinG/2-Regierungsentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (25.6.2024).

¹⁵⁷ Casper, ZHR 2023, 5 (31).

selbst gibt allerdings keine Obergrenze für den prozentualen Anteil an herausgegebenen Mehrstimmrechtsaktien an.¹⁵⁸ Das Fehlen einer Obergrenze legt den Fokus umso mehr auf die Notwendigkeit einer Begrenzung des Stimmrechts pro Aktie.¹⁵⁹ Der Regierungsentwurf selbst urteilt, dass eine gesetzlich verankerte Obergrenze (bezogen auf das Stimmverhältnis) ein wichtiges Instrument für die Rechtsklarheit darstellt.¹⁶⁰ Fraglich erscheint, ob die angegebene zehnfache Wertigkeit als Obergrenze angemessen ist. In vielen anderen Finanzstandorten, wie beispielsweise den USA, haben die meisten Unternehmen ebenfalls ein Stimmverhältnis von 1:10.¹⁶¹ Andere Rechtsordnungen, beispielsweise Italien, weisen eine geringere Ausgestaltung von 1:3 auf.¹⁶² An dieser Stelle wird passenderweise kritisiert, dass eine derartig niedrige Begrenzung nicht die gewünschten Effekte einer Mehrstimmrechtsaktie herbeiführen könnte.¹⁶³ Eine konkrete Ausarbeitung des Stimmrechtsverhältnisses hat auch große Relevanz für das Übernahmerecht und das Kapitalmarktrecht als solches. Bei dem im Regierungsentwurf vorgeschlagenen Verhältnis von 1:10 wäre eine absolute Kontrolle mit etwa 9 % des Kapitalanteils möglich. Ein Pflichtangebot muss nach der in § 29 Abs. 2 S. 1 WpÜG i.V.m. § 35 WpÜG thematisierten Kontrollschwelle schon bei dem Erreichen von 30 % erfolgen. Mit dem Verhältnis von 1:10 wäre dies bereits bei einer Kapitalbeteiligung von ungefähr 4 % der Fall.¹⁶⁴ Teile der Literatur schlagen deshalb vor, man solle eine Begrenzung von 1:4 schaffen, um die Abweichung zwischen Kapitalbeteiligung und Stimmrecht nicht zu sehr zu reizen. Jedenfalls sei jegliche Begrenzung jenseits der 1:10 untragbar.¹⁶⁵

IV. Beurteilung

Fraglich ist, wie die aktuelle Debatte rund um die Wiederzulassung von Mehrstimmrechtsaktien insgesamt beurteilt werden kann. Mit Blick auf den vorgestellten Referentenentwurf für das Zukunftsfinanzierungsgesetz bat das Bundesjustizministerium sämtliche Verbände und Fachkreise zur Stellungnahme.¹⁶⁶ Auch hier besteht Uneinigkeit. Teilweise wird der Vorschlag begrüßt,¹⁶⁷ vereinzelt

¹⁵⁸ Hammen, Working Paper No. 170/2023, 1 (13).

¹⁵⁹ Casper, ZHR 2023, 5 (31).

¹⁶⁰ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (ZuFinG) 2023, S. 129, abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/20_Legislaturperiode/2023-04-12-ZuFinG/2-Regierungsentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (25.6.2024).

¹⁶¹ Council of Institutional Investors, Dual Class Stock, abrufbar unter https://www.cii.org/dualclass_stock (25.6.2024).

¹⁶² Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (ZuFinG) 2023, S. 129, abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/20_Legislaturperiode/2023-04-12-ZuFinG/2-Regierungsentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (25.6.2024).

¹⁶³ Casper, ZHR 2023, 5 (32).

¹⁶⁴ Gebhard/Herzog, ZIP 2023, 1161 (1164).

¹⁶⁵ Allaire, IGOP Policy Paper No 11 2019, 1 (20).

¹⁶⁶ Bundesministerium der Finanzen, Anschreiben zur Stellungnahme, abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/20_Legislaturperiode/2023-04-12-ZuFinG/Stellungnahme-00-anschreiben.pdf?__blob=publicationFile&v=2;2023 (1.9.2023).

¹⁶⁷ Bundesverband Deutsche Startups e.V., Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (Zukunftsfinanzierungsgesetzes – ZuFinG), S. 1, abrufbar unter https://startupverband.de/fileadmin/startupverband/mediaarchiv/Politik/St20230510Stellungnahme_Startup-Verbandes_StN_zum_Reg.Entw._ZuFinG_Oktober.pdf (25.6.2024).

allerdings auch stark in Frage gestellt, ob es einer Wiedereinführung überhaupt bedarf.¹⁶⁸ Es wird konstatiert, dass sich die Praxis in der Zwischenzeit mit dem Verbot von Mehrstimmrechtsaktien arrangiert und alternative Wege gefunden hat.¹⁶⁹ Dank Vorzugsaktien und der KGaA gebe es genug Möglichkeiten, um den Kapitalmarkt zu stärken und überproportionale Stimmrechte zu implementieren.¹⁷⁰ Zudem sei die Wiederzulassung kaum mit dem Verhaltensstandard aus §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 S. 1 AktG vereinbar.¹⁷¹ Diese Vorschrift soll dem Schutz der restlichen Aktionäre dienen,¹⁷² indem die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewendet werden soll. Manch andere nehmen in ihrer Stellungnahme eine konkretere Abgrenzung vor. So sprechen sich Teile lediglich für die Wiederzulassung bei nicht-börsennotierten Unternehmen aus.¹⁷³ Eine Einführung für börsennotierte Gesellschaften sei nicht eingehend gefordert und sogar der EU Listing Act macht dazu keine genauere Forderung.¹⁷⁴

Die Befürworter einer Wiederzulassung sprechen dem Aspekt der Transparenz eine elementare Rolle zu. Mit ausreichender Transparenz könnten die potenziellen neuen Anleger selber entscheiden, ob sie sich beteiligen wollen oder nicht.¹⁷⁵ Um hier den Anlegern entgegenzukommen, wird darauf verwiesen, dass Mehrstimmrechtsaktien eine eigene Aktiengattung bilden sollen, welche über die Vorschriften in § 23 Abs. 3 S. 4 AktG mit den notwendigen Vorschriften in die Satzung einzufügen sind und damit bei Bedürfnis Einsicht beantragt werden kann.¹⁷⁶ Zudem muss die Bilanz nach § 152 Abs. 1 S. 4 AktG einen Vermerk über die gesamte Stimmanzahl an Mehrstimmrechtsaktien enthalten. Im Zentrum des Minderheitenschutzes steht die zeitliche Verfallsklausel, welche auch international sehr an Popularität gewonnen hat.¹⁷⁷ Die geplanten zehn Jahre werden als ein großzügiger, allerdings sinnvoller Kompromiss empfunden¹⁷⁸ – ebenso wird die Begrenzung des Stimmrechts auf 1:10 als maßvoll beurteilt.¹⁷⁹ Konsequenterweise würde jedes Verhältnis, welches über 1:10 hinausgeht, die Probleme für das Übernahmerecht nur stärker betonen. Bei einem Verhältnis von 1:70 würden beispielsweise schon 1,4 % des Kapitals für den absoluten Kontrollerwerb ausreichen.¹⁸⁰ Mithin schafft es eine Obergrenze, die Verschanzung der Mehrstimmrechtsaktionäre

¹⁶⁸ Bundesverband Investment und Asset Management e.V., BVI-Stellungnahme zum Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zu Mehrstimmrechtsstrukturen bei Gesellschaften v. 21.2.2023, S. 5 ff., abrufbar unter https://www.bvi.de/fileadmin/user_upload/230221_BVI-Position_Listing_act_Mehrstimmrechtsstrukturen.pdf (25.6.2024).

¹⁶⁹ Deutscher Notarverein e.V., Stellungnahme des Deutschen Notarvereins v. 21.2.2023, S. 5, abrufbar unter <https://www.dnotv.de/stellungnahmen/kapitalgesellschaftsrecht-mehrstimmrechtsaktien-vorschlag-der-europaeischen-kommission-fuer-eine-richtlinie-zu-mehrstimmrechtsstrukturen-bei-gesellschaften-die-eine-zulassung-zum-handel-ih/> (25.6.2024).

¹⁷⁰ Denninger, DB 2022, 2329 (2336).

¹⁷¹ Denninger, DB 2022, 2329 (2329).

¹⁷² Spindler, in: MüKo-AktG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 93 Rn. 1.

¹⁷³ Herzog/Gebhard, ZIP 2022, 1893 (1900).

¹⁷⁴ Casper, ZHR 2023, 5 (29).

¹⁷⁵ Centrum für Europäische Politik, Listing Act – Mehrstimmrechtsaktien cepAnalyse Nr. 7/2023, S. 9, abrufbar unter https://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/cep.eu/Analysen/COM_2022_761_Listing_Act_1/cepAnalyse_Listing_Act_Mehrstimmrechtsaktien_COM_2022_761_Langfassung.pdf (25.6.2024).

¹⁷⁶ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (ZuFinG) 2023, S. 129, abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/20_Legislaturperiode/2023-04-12-ZuFinG/2-Regierungsentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (25.6.2024).

¹⁷⁷ Fisch/Solomon, Boston University Law Review 2019, 1057 (1079).

¹⁷⁸ Casper, ZHR 2023, 5 (32).

¹⁷⁹ Casper, ZHR 2023, 5 (29).

¹⁸⁰ CFA Institute, Dual-Class Shares: The Good, The Bad, And the Ugly 2018, S. 63, abrufbar unter

teilweise zu minimieren.¹⁸¹ Bei der genauen Ausarbeitung des Minderheitenschutzes ist allerdings Vorsicht geboten, da ein zu enger rechtlicher Rahmen den Grundanreiz und die Zielsetzung der Mehrstimmrechtsaktien konterkarieren¹⁸² und eine Abwanderung von Unternehmen in ein liberaler ausgestaltetes Kapitalmarktsystem zur Folge haben könnte.¹⁸³

Dass jedoch möglicherweise noch Nachholbedarf bei der Ausarbeitung des Entwurfes besteht, zeigen verschiedene Institute und Verbände. Zwar wird im vorgestellten Regierungsentwurf von einer Vinkulierung, also dem Zustimmungsbedürfnis der Gesellschaft für eine Übertragung,¹⁸⁴ bei Namensaktien ausgegangen. Allerdings wird empfohlen, eine Vinkulierung der Aktien erneut der Prüfung zu unterziehen und dies zu einer konkreten gesetzlichen Voraussetzung umzuändern.¹⁸⁵ Ebenso wird dazu angeregt, Regelungen zum Umgang mit Mehrstimmrechtsaktien in Übernahme-situationen zu ergänzen, da nach aktueller Rechtslage die Beseitigung solcher Aktien lediglich mit-hilfe eines Sonderbeschlusses über § 179 Abs. 3 AktG möglich ist.¹⁸⁶ Weiterhin besteht Bedarf zur Konkretisierung der Vorgaben zur Abgabe eines Pflichtangebots (§ 35 WpÜG) und einer möglichen Befreiung nach § 37 WpÜG im Falle des passiven Kontrollerwerbs.¹⁸⁷ Eine Überlegung ist ebenso die Ergänzung des § 135a Abs. 1 S. 2 AktG-E um eine Obergrenze an ausgegebenen Mehrstimmrechts-aktien.¹⁸⁸ Beachtlicher Weise haben sich sogar inzwischen, ansonsten sehr kritische Institutionen wie der Council of Institutional Investors, dafür ausgesprochen, Verfallsklauseln zu implementieren und Mehrstimmrechtsaktien nicht grundsätzlich a priori zu verbieten.¹⁸⁹ Bei der gesamten Beurteilung gilt es, einen wichtigen Aspekt hervorzuheben. Die Unstimmigkeit der Ergebnisse über die ökonomische Wertigkeit von Mehrstimmrechtsaktien, beispielsweise bezüglich des Unternehmenswertes, zeigt nicht die Inkorrektheit einzelner Studien, sondern eher ökonomische Grenzen auf. Unter Heran-ziehung des Begriff des Selektionseffekts kann erklärt werden, dass sich durch fundamental struk-

<https://rpc.cfainstitute.org/-/media/documents/survey/apac-dual-class-shares-survey-report.pdf> (25.6.2024).

¹⁸¹ CFA Institute, Dual-Class Shares: The Good, The Bad, And the Ugly 2018, S. 64, abrufbar unter <https://rpc.cfainstitute.org/-/media/documents/survey/apac-dual-class-shares-survey-report.pdf> (25.6.2024).

¹⁸² Bundesverband Deutsche Startups e.V., Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (Zukunftsförderungsgesetz – ZuFinG), S. 1, abrufbar unter https://startupverband.de/fileadmin/startupverband/mediaarchiv/Politik/St20230510Stellungnahme_Startup-Verbandes_StN_zum_Reg.Entw._ZuFinG_Oktober.pdf (25.6.2024).

¹⁸³ Gruppe Deutsche Börse, Stellungnahme der Gruppe Deutsche Börse 2023, S. 4, abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilung/Abteilung_VII/20_Legislaturperiode/2023-04-12-ZuFinG/Stellungnahme-gruppe-deutsche-boerse.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (25.6.2024).

¹⁸⁴ Grigoleit/Rachlitz, in: Grigoleit, Aktiengesetz, 2. Auf. 2020, § 68 Rn. 14.

¹⁸⁵ Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V., Referentenentwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (ZuFinG) v. 11.9.2023, S. 3, abrufbar unter <https://www.idw.de/IDW/Medien/IDW-Schreiben/2023/IDW-Zukunftsförderungsgesetz-RegE-Schreiben-230911.pdf> (25.6.2024).

¹⁸⁶ Gruppe Deutsche Börse, Stellungnahme der Gruppe Deutsche Börse 2023, S. 5, abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilung/Abteilung_VII/20_Legislaturperiode/2023-04-12-ZuFinG/Stellungnahme-gruppe-deutsche-boerse.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (25.6.2024).

¹⁸⁷ Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Handelsrecht [...] zum [...] ZuFinG v. 5.2023, S. 19, abrufbar unter <https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-29-23-zukunftsförderungsgesetz-zufing?file=files/anwaltverein.de/downloads/newsroom/stellungnahmen/2023/dav-sn-29-2023-zufing.pdf> (25.6.2024).

¹⁸⁸ Hammen, Working Paper No. 170/2023, 1 (13).

¹⁸⁹ Council of Institutional Investors, Dual Class Stock, abrufbar unter https://www.cii.org/dualclass_stock (25.6.2024).

turelle Unterschiede zwischen Unternehmen, vor allem aber auch im Verhältnis zu Single-Class-Unternehmen, eine genaue ökonomische Beurteilung schwierig gestalten lässt.¹⁹⁰

V. Internationaler Vergleich

Weltweit gesehen genießen Mehrstimmrechtsaktien gleichwohl eine immer größer werdende Beliebtheit.¹⁹¹ Deutschlands Kapitalmarkt ist im internationalen Vergleich hingegen unterentwickelt.¹⁹² Bei der internationalen Betrachtung muss zwischen dem Grad an Gestaltungsfreiheit unterschieden werden. So verfolgt Schweden ein sehr liberales Modell ohne viele gesetzlich verankerte Restriktionen.¹⁹³ Der Anlass zur Implementierung eines solchen liberalen Systems kann ganz unterschiedlich ausfallen. Schwedens Wirtschaft als Beispiel ist geprägt von Familienunternehmen und dementsprechend könnten Mehrstimmrechtsaktien ein geeignetes Instrument zur Förderung von Börsengängen darstellen.¹⁹⁴ Andere Jurisdiktionen, wie Hongkong oder Singapur wollen zwar auch im Wettbewerb der Rechtsordnungen mithalten, verwenden dafür aber einen restriktiveren Ansatz.¹⁹⁵ Entsprechend wird ein engerer rechtlicher Rahmen geschaffen, welcher den Minderheitenschutz stärker in den Fokus stellt. Dessen genaue Umsetzung ist stark länderspezifisch. Im Vereinigten Königreich wird auf eine Vorschrift, dass Minderheitsaktionäre die Möglichkeit zur Wahl eines unabhängigen Direktoren haben müssen, abgestellt.¹⁹⁶ Der restriktive Ansatz des Vereinigten Königreiches spiegelt sich in weiteren Schutzmaßnahmen wider. Neben dem zeitlichen Erlöschen der Mehrstimmrechtsaktie nach fünf Jahren und bei Übertragung, dürfen nur Direktoren solche überproportionalen Aktien halten. Darüber hinaus ist die Stimmmacht auf ein Verhältnis von 1:20 und inhaltlich auf bestimmte Beschlussgegenstände begrenzt.¹⁹⁷ Auch vom kanadischen Kapitalmarkt lassen sich Schlüsse ziehen. Dort findet sich eine Vielfalt an Stimmrechtsverhältnissen von 1:4 bis hin zu 1:100 wieder. Der Modus liegt allerdings bei 1:10.¹⁹⁸ Dies würde die Überlegungen des deutschen Gesetzgebers bestätigen. Auch mit Blick nach Singapur, Hongkong und Shanghai ergibt sich ein ähnliches Bild. Um potentiell auftretenden Missbrauch vorzubeugen, gibt es eine Begrenzung von 1:10.¹⁹⁹ Zu beachten sind ebenso weitere Maßnahmen, welche die interne Unternehmensführung und Verantwortlichkeit der Mehrstimmrechtsaktionäre gewährleisten und stärken sollen. Die Hongkonger-Börse schreibt ein sog. Corporate Governance Committee vor.²⁰⁰ Ein solcher Ausschuss, bestehend aus unabhängigen Mitgliedern, soll prüfen, ob die Mehrstimmrechtsaktionäre zum Nutzen aller Aktionäre handeln und nicht bloß eigennützig.²⁰¹ Die Wiederzulassung zeigt dort bisher jedoch wenig Andrang an der Börse. Im Kontrast dazu steht der US-amerikanische Markt, welcher

¹⁹⁰ Fisch/Solomon, ECGI Law Working Paper No. 715/2023, 1 (11).

¹⁹¹ Technical Expert Stakeholder Group (TESG), Empowering EU Capital Markets for SMEs 2021, 1 (33).

¹⁹² Der Mittelstand BVMW e.V. Bundesverband, Stellungnahme Entwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (ZuFinG) v. 5.2023, S. 2, abrufbar unter https://www.bvmw.de/uploads/to_pics/Steuern-und-Finzen/Downloads/BVMW-Stellungnahme-Zukunftsfinanzierungsgesetz.pdf (25.6.2024).

¹⁹³ Gurrea-Martínez, European Business Organization Law Review 2021, 475 (491).

¹⁹⁴ Bjuggren/Johansson/Sjörger, Family Business Review 2011, 362 (365).

¹⁹⁵ Gurrea-Martínez, European Business Organization Law Review 2021, 475 (493).

¹⁹⁶ Gurrea-Martínez, Australian Journal of Corporate Law 2020, 31 (46).

¹⁹⁷ Reddy, Cambridge Law Journal 2021, 515 (538).

¹⁹⁸ Allaire, IGOPP Policy Paper No 11 2019, 1 (26).

¹⁹⁹ Yan, Journal of Corporate Law Studies 2021, 1 (16).

²⁰⁰ Hong Kong Exchanges and Clearing, Main Board Listing Rules, Chapter 8A, 1 (10 f.).

²⁰¹ Yan, Journal of Corporate Law Studies 2021, 1 (17).

einen deutlich liberaleren Ansatz verfolgt²⁰² und in der Folge deutlich mehr Börsengänge von Unternehmen mit Mehrstimmrechtsaktien verzeichnet.²⁰³ Ähnlich verhält es sich in Schweden, wo dank der Gestaltungsfreiheit bei 80 % der Unternehmen eine Mehrstimmrechtsstruktur vorzufinden ist.²⁰⁴ Diese Ergebnisse unterstützen die Erkenntnis, dass man keinen zu engen rechtlichen Rahmen ausarbeiten dürfe, da sonst die Zielsetzung des Zukunftsfinanzierungsgesetzes verfehlt werden würde.²⁰⁵ Dem internationalen Vergleich folgend, scheinen Mehrstimmrechtsaktien somit den Kapitalmarkt zu stärken. Allerdings weist jedes Land unterschiedliche lokale Faktoren auf, sodass der Erfolg von Mehrstimmrechten in einem Land keine zwingende Bedeutung für die generelle Effektivität von Mehrstimmrechtsaktien in anderen Ländern hat. Um eine bessere Vergleichbarkeit zwischen den Ländern zu schaffen, gilt es jene Faktoren stärker in den Fokus zu rücken. Durch die Untersuchung mehrerer Kategorien, unter anderem dem Entwicklungsstand des Kapitalmarktes und lokalen Rechnungslegungsvorschriften lassen sich Länder in drei Gruppen einteilen. Länder der ersten Gruppe verfügen beispielsweise über einen starken Kapitalmarkt und einem hohem Grad an Minderheitenschutz, sowie effektiver Revision, sodass eine weitgehend freie Gestaltung von Mehrstimmrechtsaktien stattfinden kann. Die zweite Gruppe, zumeist Schwellenländer, weist hingegen genau gegensätzliche Charakteristika auf. Durch schwache Revision und einen kaum entwickelten Kapitalmarkt ist die Gefahr für die Extraktion privater Vorteile wesentlich höher, weshalb ein Verbot von Mehrstimmrechtsaktien nachvollziehbar erscheinen würde. Deutschland wird der dritten Gruppe zugeordnet, welche sich in der Mitte der ersten zwei Gruppen einordnet. Eine Einführung von Mehrstimmrechtsaktien in Ländern dieser Gruppe verlangt einer restriktiveren Umsetzung mit verstärktem Minderheitenschutz, um die disziplinierende Funktion des Marktes beizubehalten und sonstigen Nachteilen entgegenzuwirken.²⁰⁶ Insofern bestätigen sich die obigen Ergebnisse, vor allem aber die Ausarbeitung des deutschen Gesetzgebers, welcher eine restriktivere Umsetzung anvisiert. Auch der EU Listing Act knüpft an diesen Punkt an. Mit dem Anstreben einer Mindestharmonisierung wird die Relevanz erkannt, dem nationalen Gesetzgeber die Verantwortung über eine genauere länderspezifische Ausgestaltung zu übertragen.

VI. Ergebnis

Die vorgestellte Wiederzulassung der Mehrstimmrechtsaktien soll Deutschland nicht noch weiter in das Hintertreffen im Wettbewerb der Rechtsordnungen bringen. Es herrscht eine internationale Tendenz zur (erneuten) Zulassung von Mehrstimmrechtsaktien.²⁰⁷ Auch im historisch sehr geprägten One share, one vote Kontinentaleuropa gab es viel Entwicklung (beispielsweise geplante Wiedereinführung in Österreich²⁰⁸). Trotz der dargestellten rechtsökonomischen Risiken von Mehrstimmrechtsaktien, wie der Verstärkung des Prinzipal-Agenten Konflikts und den daraus resultierenden Interessenskonflikten, genießen sie eine immer größer werdende Popularität – vor allem im Tech-

²⁰² Reddy, Cambridge Law Journal 2021, 515 (517).

²⁰³ Yan, Journal of Corporate Law Studies 2021, 1 (19).

²⁰⁴ Gurrea-Martínez, European Business Organization Law Review 2021, 475 (500).

²⁰⁵ Bundesverband Deutsche Startups e.V., Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (Zukunftsfinanzierungsgesetzes – ZuFinG), S. 1, abrufbar unter https://startupverband.de/fileadmin/startupverband/mediaarchiv/Politik/St20230510Stellungnahme_Startup-Verbandes_StN_zum_Reg.Entw._ZuFinG_Oktober.pdf (25.6.2024).

²⁰⁶ Gurrea-Martínez, European Business Organization Law Review 2021, 475 (504–506).

²⁰⁷ Casper, ZHR 2023, 5 (23).

²⁰⁸ Nicolussi, AG 2022, 753 (759).

nologiesektor.²⁰⁹ Dieser Erfolg spricht quasi für sich selbst und bestätigt die Daseinsberechtigung von Mehrstimmrechtsaktien.²¹⁰ Dank zusätzlichem Minderheitenschutz kann den Kritikern entgegengekommen werden. Hier hat der deutsche Gesetzgeber bewusst viel Spielraum für persönliche Gestaltung gelassen. Über die Satzung lassen sich weitere Maßnahmen einbauen. Denkbar sind die Implementierung einer Performance-Klausel²¹¹ oder auch Sunset-Klauseln für nicht-börsennotierte Unternehmen.²¹² Mit den neuen Erkenntnissen aktuellster Untersuchungen ergibt sich die Konsequenz, dass es keine „One size fits all“-Lösung gibt, da sich die Unternehmen in zu vielen Variablen voneinander unterscheiden.²¹³ Im Ergebnis ist es dem Regierungsentwurf jedoch überwiegend geglückt, einen guten Kompromiss auszuarbeiten.²¹⁴ Dementsprechend muss der deutsche Gesetzgeber hinsichtlich der Wiederzulassung von Mehrstimmrechtsaktien trotz aller Skepsis keinen Paternalismus walten lassen.²¹⁵

²⁰⁹ Kim/Michaely, ECGI Finance Working Paper No. 590/2019, 1 (1).

²¹⁰ CFA Institute, Dual-Class Shares: The Good, The Bad, And the Ugly 2018, S. 1, abrufbar unter <https://rpc.cfainstitute.org/-/media/documents/survey/apac-dual-class-shares-survey-report.pdf> (25.6.2024).

²¹¹ Winden, Columbia Business Law Review 2018, 852 (928).

²¹² Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (ZuFinG) 2023, S. 132, abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/20_Legislaturperiode/2023-04-12-ZuFinG/2-Regierungsentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (25.6.2024).

²¹³ Beckmann, Das aktienrechtliche Mehrstimmrecht, 2018, S. 183.

²¹⁴ Gebhard/Herzog, ZIP 2023, 1161 (1161).

²¹⁵ Sharfman, Villanova Law Review 2018, 1 (34).

Grundzüge des Prüfungsrechts unter besonderer Berücksichtigung juristischer Staatsexamensprüfungen

Universitätsassistent Dr. Elias Wirth, LL.M., Wien*

I. Einleitung	675
II. Fehlerarten	676
1. Administrativer Beurteilungsspielraum und Überdenkensverfahren	676
2. Justiziable Fehler	679
a) Verfahrensfehler	679
aa) Rügeobliegenheit	679
bb) Fehler	680
cc) Rechtsfolgen und prozessuale Erwägungen	682
dd) Exkurs: Krankheit und Prüfungsrücktritt	683
b) Bewertungsfehler	685
III. Akteneinsicht	687
IV. Fazit	688

I. Einleitung

In der juristischen Ausbildung sind Prüfungsnoten von hoher Bedeutung. Gleichwohl besteht tendenziell wenig Bereitschaft, sich gegen rechtsfehlerhaft zustande gekommene Staatsexamensnoten zu wehren.¹ Dies könnte u.a. an der mangelnden Kenntnis des Prüfungsrechts liegen, welches nicht zum Pflichtfachstoff in den Staatsexamina zählt und zu dem Universitäten kaum Lehrveranstaltungen anbieten. Ferner ist das Prüfungsrecht rechtsprechungsgeprägt und weniger positiviert als andere Rechtsgebiete.² Vorgaben entstammen insbesondere aus dem „verfassungsrechtlichen Fundament“ des Prüfungsrechts, nämlich der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), der Chancengleichheit (Art. 3 GG) und der Rechtsschutzgewähr gegen staatliches Handeln (Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG), welche in ihrer Gesamtschau den Grundsatz der Prüfungsgerechtigkeit konstituieren.³ Die prüfungsrechtlich relevan-

* Der Autor ist Habilitand und Universitätsassistent am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht (Univ.-Prof. Dr. Diana zu Hohenlohe, LL.M.) der Sigmund Freud Privatuniversität Wien.

¹ Die juristischen Fakultäten der Universitäten erheben, soweit ersichtlich, keine Daten zu geführten Widerspruchs- und Klageverfahren mit prüfungsrechtlichem Bezug. Auch die meisten Prüfungsämter der Länder veröffentlichen keine Statistik. Einen Anhaltspunkt bietet LJPA Sachsen-Anhalt, Jahresbericht 2022, S. 7 f., abrufbar unter https://ljp.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Bibliothek/Politik_und_Verwaltung/MJ/MJ/ljpa/jahresberichte/ber-2022.pdf (19.7.2024). Danach erhoben 2,3 % der Kandidaten gegen das Ergebnis des staatlichen Teils der Ersten Juristischen Prüfung Widerspruch und 5,83 % gegen das Ergebnis der Zweiten Juristische Staatsprüfung. Der Großteil der Widersprüche richtete sich gegen das Nichtbestehen der jeweiligen Prüfung.

² *Pein*, WissR 48 (2015), 362 (369 f.).

³ Siehe dazu statt vieler BVerfGE 84, 34; *Rozek*, Leipzig Law Journal 2023, 143 (144 ff.); *Unger*, OdW 2017, 273 (273 f.); *Pein*, WissR 48 (2015), 362 (363 ff.); *Lindner*, RdJB 2008, 218 (221 f.).

ten Normen sind außerdem in unterschiedlichen Rechtsquellen kodifiziert, insbesondere in den jeweiligen Prüfungsordnungen, den Landeshochschul- und Juristenausbildungsgesetzen sowie den Juristenausbildungsverordnungen. Kommentarliteratur existiert kaum.

Grundkenntnisse im Prüfungsrecht sollten schon aus Eigeninteresse zur juristischen Allgemeinbildung zählen. Dies nicht zuletzt, weil das Prüfungsrechtsverhältnis auch Mitwirkungsobliegenheiten des Prüflings begründet⁴ und das Rügen von Verfahrensfehlern erforderlich sein kann, um nicht präkludiert zu sein.⁵ Vor diesem Hintergrund sollen durch die Lektüre dieses Beitrags Grundlagen des Prüfungsrechts vermittelt werden. Der Fokus liegt auf den Juristischen Staatsprüfungen. Zunächst werden die einzelnen Fehlerarten und deren prozessuale Geltendmachung dargestellt (II.). Sodann wird auf die Akteneinsicht als Grundvoraussetzung etwaiger Prüfungsanfechtungen eingegangen (III.). Schließlich werden Überlegungen angestellt, wann eine Prüfungsanfechtung lohnenswert ist, und ungerechtfertigte Bedenken ausgeräumt (IV.).

II. Fehlerarten

Im Prüfungsrecht ist zwischen drei Sphären zu unterscheiden. Von dieser Einordnung hängen insbesondere der gerichtliche Prüfumfang, die Rechtsfolge bei einer erfolgreichen Anfechtung und die prozessuale Geltendmachung ab. Zunächst kann der Prüfer Fehler in dem der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle entzogenen administrativen Beurteilungsspielraum machen, der auch als Bewertungsspielraum bezeichnet wird (1.). Ferner können, was gerichtlich vollumfänglich überprüfbar ist, die Bewertung oder das Verfahren der Prüfung rechtsfehlerhaft sein (2.). Nachfolgend wird bei den jeweiligen Fehlerarten zuerst auf materiellrechtliche Aspekte eingegangen. Anschließend werden prozessuale Erwägungen angestellt.

1. Administrativer Beurteilungsspielraum und Überdenkungsverfahren

Im Grundsatz sind unbestimmte Rechtsbegriffe von der Widerspruchsbehörde und dem Verwaltungsgericht vollumfänglich überprüfbar.⁶ Eine sektorale Ausnahme besteht anerkanntermaßen⁷ bei prüfungsspezifischen Bewertungen. Der Prüfer bewertet eine Leistung nämlich nicht isoliert. Vielmehr setzt er sie in Bezug zu anderen von ihm in der Vergangenheit korrigierten Prüfungsleistungen und kann auf dieser Grundlage eigenständig und von der Prüfbehörde unabhängig Wertungskriterien einfließen lassen,⁸ etwa Fehler gewichten oder die Schwierigkeit der Aufgabenstellung bewerten.⁹ Ein maßgebliches Bewertungskriterium bei juristischen Falllösungsarbeiten ist das Beherrschen des „juristischen Handwerkszeugs“, wie überzeugend und kreativ Prüflinge also etwa Auslegungsmethoden auf unbekannte Rechtsprobleme anwenden. Die Prüfer können überdies eine Bestehensgrenze aufstellen, also Mindestvoraussetzungen definieren, die erfüllt sein müssen, damit sie die Prüfung als bestanden werten können. Bei der Benotung greifen Prüfer insbesondere auf ihren Erfahrungsschatz zurück, bewerten die Prüfungen anhand des aufgestellten Maßstabs und ordnen sie innerhalb

⁴ Vgl. *Pein*, WissR 48 (2015), 362 (370).

⁵ Siehe dazu II. 2. a) aa).

⁶ Vgl. *Schumacher*, ZJS 2024, 533 (536 f.) m.w.N.

⁷ Andere Ansicht *Unger*, OdW 2017, 273 (281 f.).

⁸ BVerfGE 84, 34 (51 f.); *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 634 ff.; *Rozek*, Leipzig Law Journal 2023, 143 (145 f.).

⁹ BVerfGE 84, 59 (79 f.); BVerwG, Urt. v. 10.4.2019 – 6 C 19.18, Rn. 15; BVerwG, Beschl. v. 5.3.2018 – 6 B 71.17, Rn. 10. Siehe auch *Haase/Achelpöhler*, in: *Johlen/Oerder*, Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2023, § 16 Rn. 253.

der gesetzlich vorgegebenen Skala ein. Diese prüferabhängigen Eigenarten des Bewertungsvorgangs sind gerichtlicherseits nicht nachvollziehbar. Das Gericht kann den Bewertungsmaßstab des Prüfers nämlich nicht anwenden, sondern müsste die angegriffene Bewertung durch eine eigene ersetzen. Dafür müsste das Gericht einen eigenen Maßstab schaffen. Dies wiederum konfliktiert mit dem Grundsatz der Chancengleichheit, da nachträglich allein für die beanstandete Leistung ein anderer Bewertungsmaßstab geschaffen würde.¹⁰

Um dies zu kompensieren,¹¹ lässt sich aus dem verfassungsrechtlich in Art. 12 Abs. 1 GG verwurzelten Anspruch auf eine rechtmäßige Prüfungsbewertung ableiten, dass Prüfer ihre Bewertung unter Berücksichtigung des Vortrags des Prüflings auf dessen Antrag hin erneut überdenken müssen.¹² Aus dem in Art. 3 Abs. 1 GG verankerten Gleichheitsgebot ergibt sich, dass der Prüfer nicht befangen ist,¹³ sondern alleine den bewertungsrelevanten Maßstab kennt.¹⁴ Überprüft werden müsste also beispielsweise, ob die Überzeugungskraft eines Arguments wirklich gering ist.¹⁵ Soweit die Einwände berechtigt sind, entscheidet der Prüfer erneut über die Benotung.¹⁶ Ändert der Prüfer die Note, so ist der ursprüngliche Prüfungsbescheid gem. §§ 48 f. VwVfG aufzuheben.¹⁷

Das Überdenkungsverfahren ist im Juristenausbildungsrecht nur teilweise kodifiziert.¹⁸ Die Prüfungsbehörden können dieses in ein Widerspruchsverfahren inkorporieren, indem sie es als einen Teil der Zweckmäßigkeitprüfung¹⁹ behandeln.²⁰ Sie können aber auch ein isoliertes Nachprüfungsverfahren mit eigenen Fristen etablieren. Sofern justiziable Fehler gerügt werden, wirkt das Einleiten eines vom Widerspruchsverfahren losgelösten Überdenkungsverfahrens nicht fristwahrend. Der Prüfungsbescheid kann dann bestandskräftig werden.²¹ Gegebenenfalls ist also parallel zu dem Überdenkungsverfahren ein Widerspruch zu erheben oder, sofern abgeschafft, zu klagen. Ist das Überdenkungsverfahren in das Widerspruchsverfahren integriert, so können justiziable Fehler zusätzlich gerügt werden. Der Verwaltungsakt wird dann nicht bestandskräftig.²²

¹⁰ BVerfGE 84, 34 (52); BVerwG, Beschl. v. 5.3.2018 – 6 B 71.17, Rn. 8 f. = NJW 2018, 2142 (2143).

¹¹ *Morgenroth*, OdW 2017, 13 (16 f.); *Pein*, WissR 48 (2015), 362 (364 f.).

¹² Dazu grundlegend BVerfGE 84, 34 (46 ff.) = NJW 1991, 2005 (2006 ff.); BVerwG, Urt. v. 10.4.2019 – 6 C 19.18; BVerwG, Urt. v. 30.6.1994 – 6 C 4.93; *Rozek*, Leipzig Law Journal 2023, 143 (151 ff.); *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 786 f.; *Morgenroth*, OdW 2017, 13 (15 ff.).

¹³ Aus diesem Grunde hält *Barton*, NVwZ 2013, 555 (559), eine Neubewertung durch einen anderen, „neutralen“ Prüfer für angebracht. Aufgrund damit einhergehender neuer Bewertungskriterien zu Recht kritisch dazu *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 687 Fn. 433.

¹⁴ BVerwG, Urt. v. 24.2.1993 – 6 C 38.92 = NVwZ 1993, 686 (688); *Morgenroth*, OdW 2017, 13 (19). Anderer Ansicht ist *Barton*, NVwZ 2013, 555 (560). Ist der Prüfer aus anderen Gründen befangen, so überdenkt jedoch eine andere Person die Prüfung bzw. bewertet sie streng genommen neu, siehe *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 792.

¹⁵ Vgl. *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 783.

¹⁶ BVerwGE 92, 132 (137).

¹⁷ BVerwG, Beschl. v. 18.1.2022 – 6 B 21.21, Rn. 13.

¹⁸ Regelungen finden sich etwa in §§ 27a, 60 S. 1 JAG NRW; § 14 JAPO Bayern. Vgl. *Morgenroth*, OdW 2017, 13 (13, 26), der dies mit Blick auf den Wesentlichkeitsgrundsatz allgemein kritisiert. Siehe auch *Pein*, WissR 48 (2015), 362 (389).

¹⁹ Zweckmäßigkeitserwägungen im Widerspruchsverfahren lassen sich dadurch negativ definieren, dass es sich um Aspekte außerhalb der Rechtmäßigkeitprüfung handelt, siehe § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO.

²⁰ BVerwG, Urt. v. 24.2.1993 – 6 C 35.92, Rn. 31 ff.; BVerwG, Beschl. v. 18.1.2022 – 6 B 21.21, Rn. 13; *Pein*, WissR 48 (2015), 362 (388); *Unger*, OdW 2017, 273 (276).

²¹ Siehe etwa § 14 Abs. 5 BayJAPO.

²² Vgl. BVerwGE 92, 132 (138); *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 800.

Im Überdenkensverfahren ist hinreichend präzise zu umschreiben, was überdacht werden soll.²³ Ferner ist konkret zu begründen, worin die Fehleinschätzung des Prüfers liegt.²⁴ Der Substantiierungsumfang ist einzelfallabhängig und bestimmt sich etwa nach den Prüfungsmodalitäten (schriftliche oder mündliche Prüfung), dem seit der Prüfung vergangenen Zeitraum, da bei einem zeitnahen Überdenken die Erinnerung der Prüfer noch frischer ist,²⁵ oder dem Umfang der Prüfung. Die Einwände sind insbesondere nachvollziehbar zu begründen. Unzulässig wäre bspw. die pauschale Aussage, dass die Antworten nicht falsch seien.²⁶ Ein Schriftformerfordernis besteht nicht, sofern dieses nicht normiert ist. So könnte ein Überdenkungsverfahren auch durch den Besuch einer Sprechstunde des Prüfers initiiert werden. Das Überdenkensverfahren kann sich bei schriftlichen Prüfungen isoliert gegen die Bewertung eines Prüfers oder gegen mehrere Bewertungen richten. In ersterem Falle hat nur dieser seine Bewertung zu überdenken.²⁷

Der Prüfer muss zu den Einwänden Stellung nehmen, wobei der Umfang mit den Einwänden korrespondiert.²⁸ Er allein entscheidet, ob er an dem Prüfungsergebnis festhält oder dieses abändert. Dies ist zu begründen.²⁹ Je zeitnäher das Überdenkensverfahren stattfindet, desto effektiver ist es,³⁰ da dem Prüfer dann die Prüfungssituation und der Vergleichsmaßstab noch präsenter sind.

Unterlaufen dem Prüfer bei dem Überdenken der Bewertung innerhalb des Beurteilungsspielraums erneut Korrekturfehler, so kann der Prüfling dies im Grundsatz nicht gerichtlich angreifen.³¹ Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Prüfungsbehörde kein Überdenkensverfahren durchführt, dieses in einer Weise durchführt, die den Zweck des Verfahrens nicht erreicht, etwa ohne Grund ein anderer als der ursprüngliche Prüfer die Leistung überdenkt, oder andere grundlegende Verfahrensanforderungen missachtet.³² Dies wäre jeweils ein Bewertungsverfahrensfehler.³³ Führt die Behörde kein oder ein fehlerhaftes Überdenkungsverfahren durch und kann dieses, insbesondere aus Zeitgründen, nicht mehr nachgeholt werden, so hebt das Gericht die Prüfungsentscheidung auf.³⁴

Die Angst davor, sich im Überdenkensverfahren zu verschlechtern (sogenannte „reformatio in peius“), dürfte bei bestandenen Prüfungen häufig der Grund dafür sein, das Ergebnis widerspruchslös hinzunehmen. Eine Verschlechterung ist allerdings kaum denkbar.³⁵ Der Prüfer darf das Bewertungssystem nachträglich aus Gründen der Chancengleichheit nämlich nicht ändern.³⁶ Er kann zwar Gründe nachschieben. Wenn diese den Bewertungsmaßstab nicht verändern, so kann dies allerdings

²³ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.4.1991 – 1 BvR 419/81; *Haase/Achelpöhler*, in: *Johlen/Oerder, Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht*, 5. Aufl. 2023, § 16 Rn. 281 f.; *Fischer/Jeremias/Dieterich*, *Prüfungsrecht*, 8. Aufl. 2022, Rn. 789; *Rozek*, *Leipzig Law Journal* 2023, 143 (151 f.).

²⁴ *Fischer/Jeremias/Dieterich*, *Prüfungsrecht*, 8. Aufl. 2022, Rn. 789.

²⁵ *Morgenroth*, *OdW* 2017, 13 (19, 21).

²⁶ BVerwGE 92, 132 (138 f.); *Fischer/Jeremias/Dieterich*, *Prüfungsrecht*, 8. Aufl. 2022, Rn. 789; *Linke*, *NVwZ* 2006, 1382.

²⁷ OVG Bremen, Urt. v. 24.11.1999 – 1 A 254/99 = *NVwZ* 2000, 944; *Fischer/Jeremias/Dieterich*, *Prüfungsrecht*, 8. Aufl. 2022, Rn. 791.

²⁸ BVerwGE 92, 132; vgl. *Haase/Achelpöhler*, in: *Johlen/Oerder, Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht*, 5. Aufl. 2023, § 16 Rn. 283 ff.

²⁹ *Haase/Achelpöhler*, in: *Johlen/Oerder, Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht*, 5. Aufl. 2023, § 16 Rn. 290.

³⁰ *Morgenroth*, *OdW* 2017, 13 (20).

³¹ BVerwG *NVwZ* 2022, 551.

³² BVerwG, Beschl. v. 18.1.2022 – 6 B 21.21, Rn. 15.

³³ *Fischer/Jeremias/Dieterich*, *Prüfungsrecht*, 8. Aufl. 2022, Rn. 789.

³⁴ BVerwG, Urt. v. 10.4.2019 – 6 C 19.18 = *NJW* 2019, 2871 (2873); *Fischer/Jeremias/Dieterich*, *Prüfungsrecht*, 8. Aufl. 2022, Rn. 785, 799.

³⁵ Vgl. *Fischer/Jeremias/Dieterich*, *Prüfungsrecht*, 8. Aufl. 2022, Rn. 693.

³⁶ BVerwG, Urt. v. 14.7.1999 – 6 C 20.98; BVerwG, Urt. v. 24.2.1993 – 6 C 38.92.

kaum zu einer schlechteren Benotung führen.³⁷ Möglich ist, dass der Prüfer (mitgerügte) fachspezifische Wertungen nachträglich als vertretbar anerkennt und diese in der Folge darauf untersucht, ob die Lösung sachgerecht ist. Wenn sich daraus neue Kritikpunkte ergeben, so berührt dies nicht das Verschlechterungsverbot.³⁸ Allerdings dürfte das Anerkennen der Lösung als vertretbar mit Fehlern in der Folge kaum dazu führen, dass eine schlechtere Bewertung erfolgt als zuvor.

2. Justiziable Fehler

Die Unterscheidung zwischen Verfahrens- (a)) und Bewertungsfehlern (b)) erfolgt holzschnittartig danach, ob der Prüfling bereits beeinträchtigt ist, bevor der Prüfer seine Leistung beurteilt. Im Falle einer vorherigen Beeinträchtigung ist das Verfahren fehlerhaft.³⁹ Freilich kann auch das Verfahren der Bewertung fehlerhaft sein. Dies ist ebenfalls ein Verfahrensfehler. Fehler im Prüfungsverfahren sind rechtzeitig zu rügen, um nicht präkludiert zu sein. Liegt ein Verfahrensfehler vor, so kann die Prüfung ggf. wiederholt werden. Bewertungsfehler heilt der Prüfer durch eine Neubewertung.

Der beanstandete Fehler muss kausal für das Prüfungsergebnis sein. Der Prüfling müsste also bei Hinwegdenken des Fehlers ein besseres Ergebnis erzielt haben.⁴⁰ Dies folgt für Verfahrensfehler aus § 46 VwVfG,⁴¹ ist aber in der Rechtsprechung auch für Bewertungsfehler anerkannt.⁴² Bei schriftlichen Staatsexamensklausuren ist die Kausalität beim Unterschreiten der Bestehensgrenze bedeutsam.⁴³ Besteht der Kandidat die Prüfung nicht, da beispielsweise fünf schriftliche Prüfungen negativ bewertet wurden, moniert aber Mängel nur bei einer Klausur, obwohl er, um zur mündlichen Prüfung zugelassen werden zu können, mindestens drei der fünf nicht bestandenen Prüfungen bestehen müsste,⁴⁴ so sind diese Mängel nicht kausal.

a) Verfahrensfehler

aa) Rügeobliegenheit

Verfahrensfehler sind meist unverzüglich zu rügen, d.h. ohne schuldhaftes Zögern i.S.v. § 121 Abs. 1 S. 1 BGB.⁴⁵ Bei schriftlichen Prüfungen hat dies in der Regel gegenüber der Aufsicht noch während des Prüfungsgeschehens zu erfolgen. Erfährt der Prüfling nachträglich von dem Verfahrensfehler, so ist der Zeitpunkt des Bekanntwerdens maßgeblich.⁴⁶ Bei mündlichen Prüfungen sind die Gerichte aufgrund der dort gegenüber schriftlichen Prüfungen noch angespannteren Situation großzügiger. Das nachträgliche Rügen eines während der Prüfung auftretenden Verfahrensfehlers ist im Grund-

³⁷ BVerwG, Urt. v. 24.2.1993 – 6 C 38.92 = NVwZ 1993, 686 (687 f.); *Pein*, WissR 48 (2015), 362 (380 f.).

³⁸ BVerwG, Urt. v. 14.7.1999 – 6 C 20.98, Rn. 25 f.; *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 694.

³⁹ VGH Kassel, Urt. v. 29.4.2010 – 8 A 3247.09, Rn. 25 f.

⁴⁰ BVerwG, Beschl. v. 8.10.2013 – 6 PKH 7.13 = BeckRS 2013, 57724 Rn. 6; BVerwG, Urt. v. 12.11.1997 – 6 C 11.96; *Haase/Achelpöhlner*, in: *Johlen/Oerder*, Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2023, § 16 Rn. 270; *Pein*, WissR 48 (2015), 362 (385); kritisch *Barton*, NVwZ 2013, 555 (559 f.).

⁴¹ Siehe etwa BVerwG, Beschl. v. 8.10.2013 – 6 PKH 7.13 = BeckRS 2013, 57724 Rn. 6; BVerwG, Beschl. v. 3.4.1997 – 6 B 4.97; *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 488.

⁴² BVerfGE 84, 34 (55 f.); *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 679 ff.

⁴³ Vgl. *Beaucamp/Seifert*, NVwZ 2008, 261 (265).

⁴⁴ So § 31 Abs. 2 S. 1 BayJAPo; vgl. § 18 HessJAG für die staatliche Pflichtfachprüfung und § 20 Abs. 1 Nr. 1 JAG NRW.

⁴⁵ Vgl. VGH Bayern, Beschl. v. 22.5.2017 – 7 CE 17.112; *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 218, 349, 482.

⁴⁶ VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 30.1.2008 – 9 S 1784/07; *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 219.

satz zulässig.⁴⁷ Dies gilt indes nicht, wenn der Prüfling den Verfahrensfehler schon vor der mündlichen Prüfung kennt, also etwa von der Befangenheit eines Prüfers weiß.⁴⁸

Ist der Prüfbescheid aufgrund besonders schwerwiegender Verfahrensfehler gem. § 44 VwVfG nichtig, so besteht keine Rügeobliegenheit.⁴⁹ Eine Rüge ist ferner nicht erforderlich, wenn sie dem Prüfling nicht zumutbar oder der Fehler offensichtlich und zweifelsfrei für die Prüfungsbehörde zu erkennen ist. Dies ergibt sich aus den Umständen des Einzelfalls.⁵⁰ Offensichtlich ist ein Fehler etwa bei lautem Baulärm.

Rügt der Prüfling einen Verfahrensfehler nicht unverzüglich und wäre dies erforderlich, so ist er präkludiert, kann den Fehler also nicht mehr geltend machen. Dies ergibt sich insbesondere⁵¹ aus dem Gebot der Chancengleichheit der Prüflinge oder dem Grundsatz von Treu und Glauben.⁵² Denn ein Prüfling könnte ansonsten in Kenntnis des Mangels weiter an der (schriftlichen) Prüfung teilnehmen und diesen erst monieren, wenn er mit dem Ergebnis unzufrieden ist. Dadurch hätte er eine weitere Prüfungschance. Überdies muss die Prüfbehörde auf den Mangel zeitnah reagieren können, um diesen noch zu korrigieren oder zu kompensieren.⁵³

bb) Fehler

Das Verfahren kann in vielerlei Hinsicht rechtsfehlerhaft sein. Nachfolgend soll nur auf einige häufig auftretende Fehler eingegangen werden. Zunächst finden §§ 28, 39 VwVfG, welche für das Verwaltungsverfahren Anhörungs- und Begründungserfordernisse normieren, im Prüfungsrecht keine Anwendung.⁵⁴ Von außen auf das (schriftliche) Prüfverfahren wirken etwa die Konzentrationsfähigkeit beeinflussender Lärm,⁵⁵ Kälte,⁵⁶ unzumutbare Hitze⁵⁷ oder fehlende Seiten im Aufgabentext ein.⁵⁸ Die Störungen müssen eine Erheblichkeitsschwelle überschreiten. Diese bestimmt sich aus der Warte eines „normal empfindsamen Prüflings“. ⁵⁹ Das Verfahren ist nicht fehlerhaft, wenn die Prüfbehörde die Störung adäquat ausgleicht, insbesondere durch eine (angemessene) Schreibzeitverlängerung.⁶⁰

Kritisch zu bewerten ist in diesem Zusammenhang die Tendenz, dass Justizprüfungsämter die schriftlichen Staatsexamensprüfungen für unterschiedliche Standorte aufgrund des „E-Examens“

⁴⁷ BVerwG, NJW 1985, 447 (448); *Haase/Achelpöhler*, in: *Johlen/Oerder*, Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2023, § 16 Rn. 167.

⁴⁸ *Birnbaum*, NVwZ 2006, 286 (289).

⁴⁹ *Birnbaum*, NVwZ 2006, 286 (293); *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 483.

⁵⁰ BVerwG, Beschl. v. 18.8.2010 – 6 B 24.10, Rn. 3; *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 484 f.; vgl. *Redder*, JuS 2023, 542 (543 f.).

⁵¹ Zur dogmatischen Begründung siehe auch *Birnbaum*, NVwZ 2006, 286 (287 ff.).

⁵² VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 4.10.2017 – 9 S 1956/16; *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 216, 485; *Unger*, OdW 2017, 273 (277).

⁵³ BVerwG, Urt. v. 22.6.1994 – 6 C 37.92, Rn. 18; BayVG, Beschl. v. 7.1.2009 – 7 ZB 08.1478.

⁵⁴ Auf Bundesebene normiert dies § 2 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG. Zu dem grundrechtlich verbürgten Begründungsanspruch einer Prüfungsleistung siehe BVerwG NJW 1996, 2670 (2671); *Beaump/Seifert*, NVwZ 2008, 261 (262).

⁵⁵ BVerwG, Urt. v. 29.8.1990 – 7 C 9.90 = NJW 1991, 442; *Birnbaum*, NVwZ 2006, 286 (292).

⁵⁶ BVerwGE 99, 172.

⁵⁷ Vgl. dazu VG Augsburg, Urt. v. 22.6.2016 – Au 3 K 15.1763 = BeckRS 2016, 48447.

⁵⁸ OVG NRW, Beschl. v. 20.6.2007 – 14 E 485/07.

⁵⁹ VerfGH Berlin, Beschl. v. 28.5.2004 – VerfGH 188/03 = NVwZ 2004, 1351; *Haase/Achelpöhler*, in: *Johlen/Oerder*, Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2023, § 16 Rn. 159 f.; *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 469.

⁶⁰ BVerwG, Urt. v. 11.8.1993 – 6 C 2.93; *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 405 f., 476. Vgl. *Haase/Achelpöhler*, in: *Johlen/Oerder*, Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2023, § 16 Rn. 172 ff.

zusammenziehen.⁶¹ Zwar liegt die Wahl des Prüfungsorts grundsätzlich im Ermessen der Prüfungsbehörde, die keine absolute Gerechtigkeit herstellen kann.⁶² Jedoch behindert eine weite Anreise mit damit verbundenem frühzeitigem Aufstehen oder das Nächtigen, ggf. sogar auf eigene Kosten, in einer fremden Umgebung die Konzentration während der Leistungserbringung. Somit konfliktiert diese Praxis mit dem Grundsatz der Chancengleichheit.⁶³ Mithin haben die Justizprüfungsämter ihr Ermessen dahingehend auszuüben, dass Prüfungsorte für den schriftlichen Teil der Staatsprüfungen in der Nähe der Universität oder des Ausbildungsgerichts auszuwählen sind. Rechtsprechung dazu existiert bislang noch nicht.

Justiziabel sind ferner Verstöße gegen die in den einschlägigen Normen kodifizierten Verfahrensvorgaben,⁶⁴ etwa das Zwei-Prüfer-Prinzip bei schriftlichen juristischen Staatsexamensprüfungen⁶⁵ oder ein mehr als nur geringfügiges Über- oder Unterschreiten der für eine mündliche Prüfung vorgesehenen Zeit.⁶⁶ Unzulässig ist ferner, wenn der Prüfer schriftliche Arbeiten von anderen bewerten lässt⁶⁷ oder bei einer mündlichen Prüfung einschläft.⁶⁸ Ein insbesondere bei mündlichen Prüfungen in Betracht kommender Verfahrensfehler ist die Befangenheit von Mitgliedern der Prüfungskommission. Dabei finden die §§ 20 f. VwVfG Anwendung,⁶⁹ sofern keine spezielleren Regelungen existieren.

Ferner liegt ein Fehler vor, wenn die Prüfungsbehörde den Stoff der Aufgabe fehlerhaft auswählt. Die Qualifizierung eines solchen Fehlers als Verfahrens- oder Bewertungsfehler ist umstritten.⁷⁰ Ebenfalls umstritten ist deswegen, ob eine Rügeobliegenheit des Prüflings besteht,⁷¹ wobei die besseren Gründe dagegen sprechen.⁷² Die Prüfungsstoffauswahl ist insbesondere fehlerhaft, wenn sich der Prüfungsstoff nicht innerhalb des gesetzlich determinierten Rahmens befindet.⁷³ Das Juristenausbildungsrecht enthält Öffnungsklauseln, wonach die Prüfbehörde neben den enumerativ benannten Rechtsgebieten auch andere zum Gegenstand der Prüfung machen kann, wenn dies lediglich Ver-

⁶¹ In Bayern wurde davon Abstand genommen, siehe <https://www.pnp.de/lokales/landkreis-passau/pruefungsstandorte-passau-und-bayreuth-bleiben-fuer-die-zweite-juristische-staatspruefung-erhalten-12322110> (4.7.2024). In anderen Bundesländern ist dies bereits Praxis, etwa in Sachsen-Anhalt für die zweite juristische Staatsprüfung.

⁶² VG Berlin, Beschl. v. 4.6.2010 – 15 L 180.10; *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 403, 424.

⁶³ Vgl. *Putzke*, LTO v. 28.5.2023, abrufbar unter <https://www.lto.de/karriere/jura-referendariat/stories/detail/bayern-pruefungsorte-streichung-laptop-landstrasse-ungleichheit-kommentar-juristenausbildung> (4.7.2024).

⁶⁴ Vgl. *Beaucamp/Seifert*, NVwZ 2008, 261 (262).

⁶⁵ §§ 30 Abs. 1, 64 Abs. 1 S. 1 BayJAPO; §§ 14 Abs. 1, 54 JAG NRW. Vgl. ausführlich *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 547 ff.

⁶⁶ Vgl. VGH Mannheim, NVwZ 1992, 83; *Haase/Achelpöhler*, in: *Johlen/Oerder*, Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2023, § 16 Rn. 147 ff.; *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 407 ff.

⁶⁷ Vgl. VG Mainz, Urt. v. 7.7.2021 – 3 K 578/20; *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 321, 528.

⁶⁸ Vgl. FG Niedersachsen, Urt. v. 15.12.2011 – 6 K 59/11; *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 529.

⁶⁹ BVerwG, Urt. v. 11.11.1998 – 6 C 8.97; *Haase/Achelpöhler*, in: *Johlen/Oerder*, Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2023, § 16 Rn. 88 ff.; *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 336 ff.; *Zimmerling/Brehm*, DVBl. 2012, 265 (268 ff.); *Beaucamp/Seifert*, NVwZ 2008, 261 (262); *Birnbaum*, NVwZ 2006, 286 (293).

⁷⁰ *Unger*, OdW 2017, 273 (277).

⁷¹ Befürwortend OVG NRW, Beschl. v. 10.9.2009 – 14 B 1009/09.

⁷² VG Gelsenkirchen, Urt. v. 3.9.2014 – 7 K 1599/11; *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 401; vgl. *Zimmerling/Brehm*, DVBl. 2012, 265 (270 f.).

⁷³ *Haase/Achelpöhler*, in: *Johlen/Oerder*, Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2023, § 16 Rn. 127 ff.; *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 379.

ständnis und Arbeitsmethode abprüft.⁷⁴ Deswegen verkennt die Prüfungsbehörde bei der Auswahl der schriftlichen Aufgaben für juristische Staatsexamina nur in absoluten Ausnahmefällen das anzuwendende Recht. Denn das Verständnis kann die Prüfungsbehörde in der juristischen Fallbearbeitung in beinahe allen Rechtsgebieten abfragen. Freilich dürfen keine zu detaillierten Kenntnisse in dem außerhalb des Pflichtstoffs liegenden Rechtsgebiet verlangt werden; insgesamt dürfen die Leistungsanforderungen nicht unverhältnismäßig sein.⁷⁵ Durch entsprechende Hinweise in der Aufgabenstellung kann der Schwierigkeitsgrad abgemildert werden.⁷⁶

cc) Rechtsfolgen und prozessuale Erwägungen

Auf Rechtsfolgenseite ist zu berücksichtigen, dass Verfahrensfehler grundsätzlich nicht nachträglich behebbar sind. Deswegen ist die verfahrensfehlerhafte Prüfung regelmäßig zu wiederholen.⁷⁷ Eine Ausnahme kann bei Verfahrensfehlern in der Bewertung gelten. Diese können den materiellen Bewertungsfehlern zuzuordnen sein, sodass die Prüfungsleistung neu zu bewerten ist. Beispielhaft genannt sei die Verletzung des Zwei-Prüfer-Prinzips.⁷⁸ Liegen auf Verfahrensmängeln beruhende Bewertungsfehler vor und ist eine Trennung nicht möglich, so besteht ein Anspruch auf Wiederholung der Leistung, nicht aber auf eine Neubewertung. Dies ist etwa der Fall, wenn die Prüfungsbehörde den Prüfungsstoff falsch auswählt und deswegen der Prüfer die Leistung falsch bewertet. Das ergibt sich aus dem Grundsatz der Chancengleichheit, da ansonsten das Gericht oder der Prüfer den Bewertungsmaßstab nachträglich ändern oder fiktive Leistungen zugrunde legen müsste.⁷⁹ Bei der Wiederholung der Prüfung ist zu berücksichtigen, dass diese schlechter ausfallen kann als die bereits absolvierte.⁸⁰

In manchen Prüfungsordnungen und im Juristenausbildungsrecht sind Ausschlussfristen zu berücksichtigen, nach deren Ablauf der Prüfling keinen Antrag mehr auf eine Nachfertigung stellen kann.⁸¹ Die Fristen betragen meist einen Monat. Die Ergebnisse der schriftlichen Staatsexamensprüfungen sind zu diesem Zeitpunkt noch nicht veröffentlicht. Umstritten ist, ob der Prüfling vor Bekanntgabe der Noten zurücktreten muss, wenn die einschlägige Prüfungsordnung keine Vorgaben dazu macht. Dafür spricht nach wohl herrschender Ansicht der Grundsatz der Chancengleichheit. Denn ansonsten könnte der Prüfling wählen, ob er das Ergebnis gegen sich gelten lassen will.⁸² Gleichwohl soll dem Prüfling eine „angemessene Überlegungszeit“ zustehen.⁸³

Prozessual ist, sofern landesrechtlich vorgesehen, ein Anfechtungswiderspruch zu erheben. Hilft die Behörde nicht ab, so lässt eine begründete Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO) den Prüfungsanspruch des Klägers wieder aufleben. Eine Verpflichtungsklage ist somit nicht erforderlich.⁸⁴ Der Widerspruchsführer oder Kläger ist hinsichtlich der Verfahrensfehler darlegungs- und beweis-

⁷⁴ §§ 18 Abs. 1 S. 2, 58 Abs. 1 S. 3 BayJAPO; §§ 11 Abs. 4, 52 Abs. 2 JAG NRW; § 7 S. 2 HessJAG. Vgl. auch *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 393.

⁷⁵ OVG Niedersachsen, Beschl. v. 7.5.2007 – 2 LA 410/05; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 16.4.1997 – 6 C 9.95.

⁷⁶ OVG Niedersachsen, Beschl. v. 4.7.2019 – 2 LA 1667/17.

⁷⁷ Vgl. VGH Kassel, Urt. v. 29.4.2010 – 8 A 3247/09, Rn. 22 f.; *Pein*, WissR 48 (2015), 362 (382); vgl. *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 498.

⁷⁸ *Pein*, WissR 48 (2015), 362 (384).

⁷⁹ *Pein*, WissR 48 (2015), 362 (384) mit Verweis auf Schleswig-Holsteinisches VG, Urt. v. 3.5.2011 – 9 A 68/10.

⁸⁰ *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 697.

⁸¹ Etwa § 12 Abs. 2 JAPO Bayern; § 13 Abs. 5 S. 3 JAG NRW.

⁸² BVerwG, Urt. v. 6.9.1995 – 6 C 16.93; *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 485, vgl. auch *Haase/Achelpöhl*, in: *Johlen/Oerder, Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht*, 5. Aufl. 2023, § 16 Rn. 175. Noch anderer Ansicht BVerwG, Beschl. v. 11.11.1975 – 7 B 72.74.

⁸³ BVerwG, Beschl. v. 10.8.1994 – 6 B 60.93.

⁸⁴ *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 825.

belastet. Die Beweislast kann sich aber umkehren, etwa wenn die Prüfer einer mündlichen Prüfung einen Vorgang trotz Rüge nicht aufklären.⁸⁵

dd) Exkurs: Krankheit und Prüfungsrücktritt

Grundsätzlich ist bei krankheitsbedingter Prüfungsunfähigkeit ein Rücktritt möglich, da der Prüfling seine Leistung nicht erbringen kann. Letzteres konfliktiert mit dem Grundsatz der Chancengleichheit.⁸⁶ Umgekehrt birgt der Rücktritt Missbrauchspotential, denn dadurch erhält der Prüfling entgegen dem Grundsatz der Chancengleichheit eine weitere Prüfungschance. In diesem Spannungsfeld bestimmt die Prüfungsbehörde die Wirksamkeit des Rücktritts nach Maßgabe der für die Prüfung anzuwendenden Bestimmungen.⁸⁷

Krankheitsbedingt prüfungsunfähig ist, wer aufgrund von erheblichen körperlichen oder psychischen Leiden nicht in der Lage ist, den mit der Prüfung verfolgten Nachweis zu erbringen.⁸⁸ Das Leiden muss temporär sein; für Dauerleiden gelten Besonderheiten.⁸⁹ Der Prüfling kann bei einem temporären Leiden von der Prüfung zurücktreten, wobei für juristische Staatsprüfungen das Juristenausbildungsrecht die Einzelheiten regelt.

Erforderlich ist eine unverzüglich zu übermittelnde⁹⁰ schriftliche Rücktrittserklärung. Darin kommt der die Rügeobliegenheit begründende Rechtsgedanke erneut zum Ausdruck⁹¹ und ist, anders als bei sonstigen Verfahrensfehlern, kodifiziert.⁹² Der Rücktrittsgrund ist in geeigneter Form nachzuweisen. Bei juristischen Staatsprüfungen erfolgt dies durch ein amtsärztliches Zeugnis, das Zeugnis des gerichtsärztlichen Dienstes oder eines Gesundheitsamts.⁹³ In diesem ist die gesundheitliche Beeinträchtigung zu beschreiben und wie sie die Prüfungsfähigkeit beeinflusst. Ob daraus eine Prüfungsunfähigkeit folgt oder ein Nachteilsausgleich zu gewähren ist, ist eine Rechtsfrage. Diese beantwortet das Justizprüfungsamt auf der Grundlage der Befundtatsachen.⁹⁴ Erachtet dieses den Prüfling für prüfungsfähig, so ist die Prüfung bei Nichtantritt als nicht bestanden zu bewerten. Tritt der Prüfling an, so wird diese korrigiert.⁹⁵ Der Prüfling kann auch nachträglich zurücktreten, wenn er unter einer von ihm unerkannten Krankheit leidet.⁹⁶ Das kommt allerdings selten vor.⁹⁷

Häufig ist der Teilrücktritt von schriftlichen juristischen Staatsexamensprüfungen, wenn der

⁸⁵ OVG NRW, Urt. v. 27.2.1997 – 22 A 7462/95; *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 869.

⁸⁶ BVerwG, Urt. v. 24.2.2021 – 6 C 1.20; *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 249.

⁸⁷ Vgl. zum Vorrang der Prüfungsordnung *Birnbaum*, NVwZ 2006, 286 (289 f.).

⁸⁸ BVerwG, Urt. v. 24.2.2021 – 6 C 1.20; siehe detailliert *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 249 ff.; *Haase/Achelpöhler*, in: *Johlen/Oerder*, Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2023, § 16 Rn. 317 ff.

⁸⁹ Dazu *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 301a ff.; *Jeremias*, NVwZ 2019, 839 ff.; vgl. *Haase/Achelpöhler*, in: *Johlen/Oerder*, Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2023, § 16 Rn. 319.

⁹⁰ Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 15.10.2021 – 5 B 5/20 = BeckRS 2021, 48549 Rn. 41 f.; *Haase/Achelpöhler*, in: *Johlen/Oerder*, Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2023, § 16 Rn. 328 ff.

⁹¹ Vgl. *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 282.

⁹² Vgl. *Unger*, OdW 2017, 273 (277).

⁹³ § 10 Abs. 2 BayJAPO; § 16 Abs. 7 HessJAG; vgl. auch *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 267 ff.

⁹⁴ VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 8.7.2021 – 1 S 2111/21; *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 277 f. Anders geregelt etwa in § 63 Abs. 7 S. 1 HG NRW.

⁹⁵ *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 296.

⁹⁶ *Pein*, WissR 48 (2015), 362 (372, 383 f.); *Birnbaum*, NVwZ 2006, 286 (294 f.).

⁹⁷ *Haase/Achelpöhler*, in: *Johlen/Oerder*, Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2023, § 16 Rn. 333 f.

Prüfling also während der zu absolvierenden Klausuren krankheitsbedingt prüfungsunfähig wird. Hinsichtlich der Rechtsfolge ist danach zu differenzieren, wie viele Aufsichtsarbeiten bereits angefertigt wurden. Sofern ein Großteil der Aufsichtsarbeiten vor dem Teilrücktritt angefertigt wurden, ist nach dem Juristenausbildungsrecht mancher Bundesländer zu den ausstehenden Prüfungsteilen nach Gesundung anzutreten.⁹⁸ In anderen Bundesländern sind alle Prüfungsleistungen erneut zu erbringen.⁹⁹ Ersteres ist mit dem Grundsatz der Chancengleichheit nur vereinbar, wenn die nachzuholenden Prüfungsteile zeitnah erbracht werden. Denn ansonsten kann sich der erkrankte Prüfling, anders als andere Prüflinge, gezielt auf nur einen Teil der Prüfung vorbereiten.¹⁰⁰

Ist die Fähigkeit zur Leistungserbringung nur eingeschränkt, etwa aufgrund einer Sehnenscheidenentzündung,¹⁰¹ ist dieser Nachteil durch geeignete Maßnahmen auszugleichen. Seine Einschränkung muss der Prüfling vorab kommunizieren, wobei das jeweils einschlägige Recht Fristen vorsehen kann, die freilich beim Auftreten des Nachteils nach Ablauf der Frist nicht anzuwenden sind.¹⁰² Wegen des verfassungsrechtlich verbürgten Grundsatzes der Chancengleichheit muss die Prüfungsbehörde darauf achten, den Nachteil genau auszugleichen. Denn ansonsten erlangen entweder die Mitprüflinge oder erlangt der Prüfling mit Nachteilsausgleich aufgrund einer Überkompensation einen ungerechtfertigten Vorteil. Mithin läge ein Verfahrensfehler vor. Einen mit dem Grundsatz der Chancengleichheit konfligierenden Nachteilsausgleich muss der Prüfling unverzüglich rügen, um nicht präkludiert zu sein.¹⁰³ Hinsichtlich des Umfangs des Nachteilsausgleichs existieren keine starren gesetzlichen Regelungen, sodass die Prüfbehörde einzelfallabhängig darüber entscheidet.¹⁰⁴ Der wohl häufigste Nachteilsausgleich bei schriftlichen Prüfungen dürfte die Schreibzeitverlängerung sein.¹⁰⁵ Daneben lassen die Prüfungsämter insbesondere Hilfsmittel zu, erlauben also beispielsweise, einen nicht internetfähigen Laptop bei einer handschriftlich zu verfassenden Prüfung zu verwenden. Meist hat der Prüfling die dem Nachteilsausgleich dienenden Mittel, beispielsweise eine Schreibkraft, eigenständig zu organisieren, da dies in seinen Verantwortungsbereich fällt.¹⁰⁶

Prozessual ist das Verhalten der Prüfbehörde relevant. Bei einem nicht gewährten Rücktritt aufgrund von Prüfungsunfähigkeit ist grundsätzlich ein Verpflichtungswiderspruch oder eine Verpflichtungsklage statthaft, sofern der Prüfling die Wiederholung der Prüfung oder eines Prüfungsteils begehrt. Falls die Prüfbehörde indes einen Nichtbestehensbescheid erlassen hat, ist dieser mit einem Anfechtungswiderspruch oder einer Anfechtungsklage anzugreifen. Ist diese oder dieser erfolgreich, ist das Prüfverfahren von Amts wegen fortzusetzen.¹⁰⁷ Im Falle eines nichtgewährten Nachteilsausgleichs vor der Prüfung ist eine Verpflichtungsklage zu erheben, nach der Prüfung ist dies ein Verfahrensfehler mit obig beschriebener Folge.

⁹⁸ Siehe etwa §§ 29, 63 JAPO Bayern.

⁹⁹ §§ 16 Abs. 6, 47 Abs. 2 HessJAG; §§ 21 Abs. 2, 56 Abs. 1 JAG NRW.

¹⁰⁰ Vgl. Haase/Achelpöhl, in: Johlen/Oerder, Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2023, § 16 Rn. 314; Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 300.

¹⁰¹ Vgl. dazu etwa VGH München, Urt. v. 2.6.2022 – 7 B 21.349.

¹⁰² § 13 BayJAPO.

¹⁰³ Vgl. VGH München, Beschl. v. 21.7.2021 – 7 ZB 20.922, Rn. 14. Anderer Ansicht ist Unger, OdW 2017, 273 (278).

¹⁰⁴ Vgl. Haase/Achelpöhl, in: Johlen/Oerder, Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2023, § 16 Rn. 57 f.

¹⁰⁵ BVerfG, Beschl. v. 21.12.1992 – 1 BvR 1295/90; VGH München, Beschl. v. 21.7.2021 – 7 ZB 20.922, Rn. 14.

¹⁰⁶ Vgl. VG Ansbach, Beschl. v. 6.6.2018 – AN 2 E 18.00968, Rn. 22.

¹⁰⁷ Fischer/Dieterich, in: Johlen, Münchener Prozessformularbuch Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2023, G. II. 7., Anm. 1.

b) Bewertungsfehler

Ein justizabler Bewertungsfehler liegt vor, wenn der Prüfer das anzuwendende Recht verkennt, den Sachverhalt fehlerhaft ermittelt, sachfremde Erwägungen anstellt oder allgemein gültige Bewertungsgrundsätze missachtet,¹⁰⁸ wobei letzteres als Auffangtatbestand fungiert. Daneben gerichtlich überprüfbar sind auch prüfungsspezifische Wertungen, wobei deren Beachtung ebenfalls ein allgemeiner Bewertungsgrundsatz ist.

Das anzuwendende Recht verkennt etwa ein Prüfer, der die normativ vorgegebene Notendefinition falsch anwendet.¹⁰⁹ Bei juristischen Prüfungen ist dies bspw. der Fall, wenn der Prüfer einer schriftlichen Staatsexamensprüfung die Leistung insgesamt als überdurchschnittlich charakterisiert, aber eine ausreichende statt der dafür vorgesehenen vollbefriedigenden Note¹¹⁰ vergibt. Ob eine Leistung überdurchschnittlich ist, fällt demgegenüber in den Bewertungsspielraum.¹¹¹

Den Sachverhalt ermitteln Prüfer falsch, wenn sie bewertungsrelevante Ausführungen des Prüflings missverstehen, nicht oder nicht vollständig zur Kenntnis nehmen,¹¹² z.B. eine beschriebene Rückseite nicht beachten oder die Aufgabenstellung falsch interpretieren. Bei einer juristischen Prüfung liegt ein Sachverhaltsermittlungsfehler etwa vor,¹¹³ wenn der Prüfer moniert, dass gewisse Ansprüche oder die Strafbarkeit einer Person nicht geprüft werden, obwohl der Bearbeitungsvermerk deren Prüfung ausschließt.

Gerichtlich nachprüfbar ist ferner, wenn der Prüfer sachfremde Erwägungen anstellt, in die Bewertung der Prüfungsleistung also dafür nicht relevante Aspekte einfließen.¹¹⁴ Da die Bewertung dann willkürlich ist, wird die entsprechende Fehlerkategorie teils auch als „Willkürverbot“ bezeichnet. Willkür kommt insbesondere bei nicht anonymen Prüfungen in Betracht. So darf bei einer mündlichen Schwerpunktprüfung der Umstand, wie oft sich der Prüfling während der Bearbeitungszeit der Schwerpunktseminararbeit an den Betreuer mit Fragen wandte, nicht berücksichtigt werden.¹¹⁵ Bei anonymen juristischen Prüfungen in Schriftform darf der Prüfer den Sprachstil und etwaige Sprachfehler nicht überproportional gewichten. Gleichwohl kann er diese berücksichtigen, denn Rechtsauskünfte müssen grammatikalisch korrekt und verständlich erteilt werden.¹¹⁶ Ferner ist ein (nachträglicher) Wechsel des Bewertungssystems willkürlich, wenn der Prüfer also etwa den identischen Fehler bei zwei Arbeiten unterschiedlich stark gewichtet.¹¹⁷

Schließlich dürfen Prüfer keine allgemein gültigen Bewertungsgrundsätze verletzen, was aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG ableitbar ist.¹¹⁸ Insbesondere dürfen sie nach dem Stand der Fachwissenschaft

¹⁰⁸ BVerfGE 84, 34 (53 f.); BVerwGE 91, 262 (266).

¹⁰⁹ Vgl. *Beaucamp/Seifert*, NVwZ 2008, 261 (264).

¹¹⁰ § 1 Verordnung über eine Noten- und Punkteskala für die Erste und Zweite Juristische Prüfung. Kritisch zu der Diskrepanz zwischen „durchschnittlichen“ Anforderungen und Notenrealität *Zimmerling/Brehm*, DVBl. 2012, 265 (266).

¹¹¹ Vgl. *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 881.

¹¹² BVerwGE 105, 328 (332); *Haase/Achelpöhlner*, in: *Johlen/Oerder*, Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2023, § 16 Rn. 227; *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 620 ff.; *Zimmerling/Brehm*, DVBl. 2012, 265 (271 f.); *Beaucamp/Seifert*, NVwZ 2008, 261 (264).

¹¹³ Zu einem weiteren Beispiel siehe *Staufer/Steinebach*, Jura 2010, 454 (458 f.).

¹¹⁴ *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 642 ff.

¹¹⁵ Vgl. VGH Kassel, Urt. v. 14.12.2006 – 8 UE 1188/06.

¹¹⁶ BVerwG, Beschl. v. 3.4.1997 – 6 B 4.97; *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 645; *Zimmerling/Brehm*, DVBl. 2012, 265 (271).

¹¹⁷ Vgl. dazu BVerwG, Urt. v. 9.8.1996 – 6 C 3.95.

¹¹⁸ *Unger*, OdW 2017, 273 (274).

vertretbare Antworten nicht als falsch bewerten.¹¹⁹ Mit dem weiten prüferseitigen Bewertungsspielraum korrespondiert mithin ein gerichtlich vollüberprüfbarer Antwortspielraum des Prüflings.¹²⁰ Dieser muss eine etwaige Mindermeinung jedoch problemorientiert und mit gewichtigen Argumenten sowie folgerichtig entwickelt haben,¹²¹ um einen „Zufallstreffer“ auszuschließen.¹²² Für den Nachweis der Vertretbarkeit reicht eine entsprechende Diskussion im wissenschaftlichen Schrifttum oder in der Rechtsprechung aus.¹²³ Den Beweis kann auch ein Sachverständiger erbringen.¹²⁴ Das Verwaltungsgericht überprüft indes nicht von Amts wegen die gesamte Lösung auf ihre Vertretbarkeit.¹²⁵ Das gilt auch für juristische Prüfungen, obwohl das Gericht bei diesen selbst ermitteln könnte.¹²⁶

Ferner können Prüfer das Gebot der Sachlichkeit und Fairness verletzen.¹²⁷ Häufig die Gerichte beschäftigen dabei schriftliche Bewertungen mit als beleidigend empfundenen Kommentaren. Diese können nach der Rechtsprechung Bewertungsfehler sein. Eine schriftliche Anmerkung verletzt das Gebot der Sachlichkeit, wenn der Prüfer dadurch offenbart, dass er sich nicht von fachlichen Kriterien hat leiten lassen, sondern vielmehr die emotionale Distanz zu der Prüfungsleistung vermissen lässt, die für eine objektive und gerechte Beurteilung vonnöten ist.¹²⁸ Grundsätzlich ist bei Bewertungen von schriftlichen Prüfungen ein rauer Ton zulässig. Ein milderer Maßstab ist an eine mündliche Prüfung anzulegen. Dort geäußerte Kommentare können nämlich den Prüfling einschüchtern und seine Leistungen mindern.¹²⁹ Dies verstößt gegen das Fairnessgebot.

In prozessualer Hinsicht ist ein Widerspruch oder eine Bescheidungsklage gem. § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO auf Neubewertung zu erheben.¹³⁰ Spruchreif ist die Sache nicht, denn der Prüfer hat innerhalb seines Beurteilungsspielraums die Folgen des Bewertungsfehlers zu gewichten.¹³¹ Ausnahmsweise ist eine Verpflichtungsklage statthaft, die sich auf eine konkrete Notenverbesserung richtet. Dies ist etwa bei Multiple-Choice-Klausuren oder Rechenfehlern¹³² denkbar, da dem Prüfer dort kein Bewertungsspielraum verbleibt. Bei juristischen Falllösungsarbeiten muss die Prüfung neu bewertet werden.¹³³ Dies kann unmöglich sein, wenn die Leistung vor langer Zeit erbracht wurde und die bewert-

¹¹⁹ Vgl. Redder, JuS 2023, 542 (545 f.).

¹²⁰ Dazu grundlegend BVerfG, Beschl. v. 17.4.1991 – 1 BvR 1529/84; siehe auch BVerwG BeckRS 2020, 42615.

¹²¹ Vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 6.6.1997 – 2 A 12866/96; Haase/Achelpöhler, in: Johlen/Oerder, Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2023, § 16 Rn. 261 f.

¹²² BVerwG NJW 2000, 1055 (1066).

¹²³ BVerwGE 92, 132 (139).

¹²⁴ BVerwG BeckRS 2018, 16171.

¹²⁵ BVerwGE 92, 132 (138 f.); Pein, WissR 48 (2015), 362 (384 f.); Birnbaum, NVwZ 2006, 286 (295).

¹²⁶ Vgl. VGH München BeckRS 2015, 48873.

¹²⁷ Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 656 ff. Zu Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Fairnessgebot vgl. Haase/Achelpöhler, in: Johlen/Oerder, Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2023, § 16 Rn. 124.

¹²⁸ BVerwG, Urt. v. 20.9.1984 – 7 C 57.83.

¹²⁹ BVerwG, Urt. v. 20.9.1984 – 7 C 57.83; BVerwG, Urt. v. 11.11.1998 – 6 C 8.97; Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 644; vgl. Haase/Achelpöhler, in: Johlen/Oerder, Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2023, § 16 Rn. 100 ff.

¹³⁰ Zu einer Ausnahme bei einem Verstoß gegen das Fairnessgebot siehe Haase/Achelpöhler, in: Johlen/Oerder, Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2023, § 16 Rn. 124.

¹³¹ BVerwG, Beschl. v. 20.7.1996 – 6 B 13.96; Redder, Jus 2023, 542 (546); Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 509, 827 ff.; vgl. Haase/Achelpöhler, in: Johlen/Oerder, Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2023, § 16 Rn. 274.

¹³² OVG NRW, Beschl. v. 27.8.2014 – 19 B 964/14; Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 827, 829.

¹³³ Vgl. Pein, WissR 48 (2015), 362 (383).

tungsrelevanten Details den Prüfern nicht mehr präsent sind,¹³⁴ was insbesondere bei mündlichen Prüfungen vorkommt.

Erneut sind die Einwände von dem Prüfling hinreichend substantiiert vorzutragen. Die Fehler sind konkret zu benennen.¹³⁵ Die allgemeine Leistungsklage in Form einer Bescheidungsklage ist statthaft, wenn der Prüfbescheid kein Verwaltungsakt ist. Dafür fehlt aber meist das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis. Denn der Prüfling ist regelmäßig erst durch den Verwaltungsakt beschwert.¹³⁶

Wird der Prüfer zur Neubewertung verurteilt, will aber von der vergebenen Note nicht abweichen, so ist diese Neubewertung gerichtlich kaum angreifbar. Der Prüfer muss sich zwar erneut mit bewertungsrelevanten Aspekten der Prüfung auseinandersetzen. Ob sich die Berücksichtigung des Vertretbaren als richtig auf die Note auswirkt, fällt indes in den prüferischen Bewertungsspielraum und ist mithin gerichtlich kaum überprüfbar.¹³⁷ Unzulässig ist aber das Nachschieben von Gründen, d.h. das Anführen von bei der ursprünglichen Korrektur unerwähnten, mit den monierten Bewertungsfehlern nicht zusammenhängenden weiteren Fehlern, um an dem ursprünglichen Ergebnis festzuhalten.¹³⁸ Eine reformatio in peius kommt also kaum in Betracht. Zwar muss der Prüfer Folgefehler eines ursprünglich fälschlicherweise als unzulässig bewerteten Lösungsweges monieren.¹³⁹ Dies dürfte aber kaum einmal zu einer Verschlechterung führen. Sofern der Prüfling beantragt, dass die Behörde nur zur Neubescheidung verpflichtet werden soll, wenn er eine bessere Note erreichen kann, wäre eine Verschlechterung aufgrund des allein auf eine Notenverbesserung gerichteten Rechtsschutzziels nicht möglich.¹⁴⁰

III. Akteneinsicht

Die Prüfungsbehörde legt Akten an. Diese einzusehen ist notwendig, um den Widerspruch oder die Klage hinreichend zu substantiieren. Anspruchsgrundlagen finden sich zuvorderst in den Prüfungsordnungen oder im Juristenausbildungsrecht.¹⁴¹ Alternativ richtet sich die Akteneinsicht nach § 29 Abs. 1 VwVfG. Die Anspruchsvoraussetzung des Geltendmachens rechtlicher Interessen liegt regelmäßig vor. Denn die Akteneinsicht ist erforderlich, damit der Prüfling ein Überdenkungsverfahren anregen oder einen Widerspruch erheben kann.¹⁴² Der Akteneinsichtsanspruch umfasst zunächst die Prüfungsarbeit und das dazugehörige Gutachten des Prüfers. Uneinheitlich handhaben die Prüfungsbehörden, ob die Angabe, bei juristischen Falllösungsarbeiten also der Sachverhalt, ebenfalls zu einem Teil der Prüfungsakte oder nach Abgabe vernichtet wird. Für ersteres spricht, dass sich dort für die Bewertung der Arbeit relevante Aspekte befinden könnten. Ist die Angabe Teil der Prüfungsakte, so besteht ein entsprechendes Einsichtsrecht, das im Fall von Markierungen im Sachverhalt auf

¹³⁴ *Pein*, WissR 48 (2015), 362 (383); vgl. OVG NRW, Beschl. v. 17.2.2000 – 19 A 3459/99.

¹³⁵ BVerwG, Ur. v. 24.2.1993 – 6 C 35.92; *Pein*, WissR 48 (2015), 362 (385).

¹³⁶ Vgl. BVerwG, Beschl. v. 25.3.2003 – 6 B 8.03, wo der Kläger sich gegen eine Teilnote einer Diplom-Vorprüfung wandte, die Diplomvorprüfung insgesamt aber anschließend bestand.

¹³⁷ Vgl. *Barton*, NVwZ 2013, 555 (559); *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 344, 681.

¹³⁸ *Haase/Achelpöhler*, in: *Johlen/Oerder*, Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2023, § 16 Rn. 307.

¹³⁹ *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 694 f.

¹⁴⁰ Vgl. OVG NRW, Ur. v. 16.7.1992 – 22 A 2549/91; *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 696.

¹⁴¹ §§ 23 Abs. 2 S. 1, 56 Abs. 1 JAG NRW; § 9 JAO Hessen.

¹⁴² *Haase/Achelpöhler*, in: *Johlen/Oerder*, Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2023, § 16 Rn. 412; vgl. *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 191.

die DSGVO,¹⁴³ sonst auf § 29 Abs. 1 VwVfG gestützt werden kann. Befindet sich der Sachverhalt nicht in der Prüfungsakte, so kann sich der Prüfling unter Umständen auf das jeweilige Informationsfreiheitsgesetz berufen.

Grundsätzlich kein Einsichtsrecht besteht in Bezug auf Musterlösungen, welche die Landesjustizprüfungsämter bei juristischen Staatsexamensprüfungen an die Korrektoren ausgeben. Denn diese sind lediglich als allgemeine Hilfestellung konzipierte und unverbindliche Lösungshinweise,¹⁴⁴ welche Prüflinge ggf. nach den einschlägigen Informationsfreiheitsgesetzen einsehen können.¹⁴⁵ Dies gilt indes nicht, sofern der Prüfer sich in seiner Bewertung auf die Lösungshinweise in solchem Umfang bezieht, dass dem Prüfling ein Vorgehen gegen die Bewertung ohne Kenntnis der Musterlösung nicht möglich ist.¹⁴⁶

Art. 15 Abs. 3 DSGVO normiert einen Anspruch auf unentgeltliche Kopien der von der Prüfbehörde gespeicherten personenbezogenen Daten. Bei schriftlichen Prüfungen im juristischen Staatsexamen sind dies die Arbeiten und das dazugehörige Prüfergutachten.¹⁴⁷ Nach Art. 12 Abs. 3 DSGVO sind die (digitalen) Kopien grundsätzlich unverzüglich zu übermitteln, jedenfalls aber binnen eines Monats nach Eingang des Antrags, sofern die Frist nicht aufgrund der Komplexität und Anzahl der Anträge verlängert wird. Akteneinsichtsregeln, wonach Prüflinge nur Aufzeichnungen über den Akteninhalt fertigen können,¹⁴⁸ sind somit europarechtswidrig.

IV. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen offenbaren, dass durchaus Möglichkeiten bestehen, sich gegen eine Prüfungsbewertung zu wenden. Die Angst vor einer schlechteren Bewertung ist regelmäßig unbegründet. Gewisse finanzielle Risiken bestehen freilich, sind aber überschaubar. Für das Erheben eines Widerspruchs besteht indes ebenso wenig wie bei verwaltungsgerichtlichen Verfahren (§ 67 Abs. 1 VwGO) Anwaltszwang.

Zwar kann für Prüfungsentscheidungen ein langer Atem erforderlich sein.¹⁴⁹ Allerdings sind auch die Prüfungsämter an einer rechtmäßigen und schnellen Lösung interessiert und häufig vergleichsbereit.¹⁵⁰ Des Weiteren kann die Klage in eine Fortsetzungsfeststellungsklage umgestellt werden, da ggf. ein Amtshaftungsanspruch besteht.¹⁵¹ Die Argumente gegen eine Prüfungsanfechtung mögen schwer wiegen. Vor dem Hintergrund des Aufwandes und Gelds, das angehende Juristen in die Vorbereitung auf ihre Prüfungen stecken, sowie der Bedeutung von Examensnoten für die berufliche Laufbahn, verwundert dennoch, dass Prüflinge die mit einer Prüfungsanfechtung verbundenen Strapazen so selten auf sich nehmen.

¹⁴³ Siehe sogleich.

¹⁴⁴ BVerwG, Beschl. v. 11.6.1996 – 6 B 88.95; Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 198.

¹⁴⁵ Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 178.

¹⁴⁶ BVerwG, Beschl. v. 3.4.1997 – 6 B 4.97.

¹⁴⁷ BVerwG, Urt. v. 30.11.2022 – 6 C 10.21.

¹⁴⁸ Etwa § 32 JAPrVO LSA.

¹⁴⁹ Barton, NVwZ 2013, 555 (556), der ein im Jahr 2012 verkündetes Urteil bespricht, in dem der Kläger sich gegen einen Prüfungsbescheid aus dem Jahr 2007 wendet.

¹⁵⁰ Zum Vergleich siehe auch Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 915 ff.

¹⁵¹ OVG NRW, Urt. v. 18.4.2012 – 14 A 2687/09, vgl. Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 511 ff.

Zivilrecht in Mittelerde: Wem gehört der Eine Ring?*

Wiss. Mitarbeiter Robin Repnow, Heidelberg**

Am 29.8.2024 wird Amazon die zweite Staffel der Serie „Ringe der Macht“ veröffentlichen. Noch ist nicht viel über den Inhalt der Staffel bekannt. Doch es kann als sicher gelten, dass früher oder später im Verlauf der Serie zu sehen sein wird, wie der dunkle Herrscher Sauron den Einen Ring schmiedet, den Meisterring, der dazu dient, alle anderen Ringe zu beherrschen. Das weitere Schicksal dieses Ringes ist durchaus turbulent: Er geht durch viele Hände, ehe er schließlich am Ende des dritten Herr-der-Ringe-Bandes in den Schicksalsklüften zerstört wird. Der Beitrag versucht, diese Ereignisse auf Grundlage des BGB einzuordnen. Dabei stellen sich interessante und lehrreiche Rechtsfragen, u.a. zum gesetzlichen Eigentumserwerb und zur Verjährung des Vindikationsanspruchs.

I. Einleitung	689
II. Das Schmieden des Rings	691
III. Der Krieg des letzten Bündnisses und das Verhängnis auf den Schwertefeldern	691
IV. Ein Fund und ein Mord.....	692
V. Fünf einsame Jahrhunderte	693
VI. Rätsel im Dunkeln	695
VII. Ein lügender Meisterdieb	696
VIII. Ein Umschlag auf dem Kaminsims	697
IX. Vom Auenland nach Mordor	699
X. Fazit.....	700

I. Einleitung

Bei dem Einen Ring handelt es sich vermutlich um das mächtigste und daher auch wertvollste Artefakt in Mittelerde. Kein Wunder also, dass verschiedene Personen Anspruch darauf erheben. Insbesondere der dunkle Herrscher Sauron versucht im „Herrn der Ringe“ sehr hartnäckig, seiner habhaft zu werden – und das möglicherweise sogar mit Recht. Jedenfalls äußert der weise Halbelb Elrond über die Eigentumslage am Ring die Einschätzung:

* Die wörtlichen Zitate entstammen beim „Herrn der Ringe“ der Übersetzung von Margaret Carroux aus den Jahren 1969/1970 und beim „Hobbit“ der Übersetzung von Wolfgang Krege aus dem Jahr 1997. Aufgrund der Vielzahl der im Umlauf befindlichen Ausgaben ist als Quellenangabe jeweils nur die Kapitelnummer angegeben, beim „Herrn der Ringe“ (abgekürzt HdR) zusätzlich auch das Buch (jeder der drei Bände besteht aus zwei Büchern; die Kapitelzählung beginnt in jedem Buch von Neuem).

** Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Römisches Recht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg (Prof. Dr. Christian Baldus). Er dankt Lisa Weck, Benedikt Heuser und Frederik Schlosser für ihre hilfreichen Anregungen.

„Er gehört Sauron und ist von ihm allein gemacht worden [...]“ (HdR II 2)

Ähnliche Worte hat zuvor schon Gandalf gegenüber Frodo gebraucht („er selbst hat den Ring gemacht, es ist seiner“, HdR I 2). Gleichwohl wird Gollum nicht müde, zu betonen, dass der Ring, den er als sein „Geburtstagsgeschenk“ und seinen „Schatz“ bezeichnet, ihm gehöre. Auch Bilbo hält sich indes für den Eigentümer: Als Gandalf ihn auffordert, den Ring an Frodo zu übergeben, entgegnet Bilbo ihm:

„Was geht es dich überhaupt an, was ich mit meinen Sachen mache? Er gehört mir. Ich habe ihn gefunden.“

Und noch einmal:

„Er ist meiner, sage ich dir.“ (HdR I 1)

Als aber einige Jahre später bei Elronds Rat Aragorn als Isildurs Erbe vorgestellt wird, ruft Frodo, an Aragorn gewandt, erstaunt aus:

„Dann gehört er dir und nicht mir!“ (HdR II 2)

Im Ausgangspunkt ähnlich denkt womöglich Boromir, als er Frodo am Amon Hen mit den Worten bedrängt:

„Wenn irgendwelche Sterblichen Anspruch auf den Ring haben, dann sind es die Menschen von Númenor [...]!“ (HdR II 10)

Dennoch spricht Frodo, als ihn seine Reise schließlich bis zu den Schicksalsklüften geführt hat, dort die verhängnisvollen Worte:

„Der Ring gehört mir.“ (HdR VI 3)

Es ist mithin festzuhalten: Zur Frage, wem der Ring gehört, werden divergierende Auffassungen vertreten. Höchste Zeit also für eine juristische Klärung: Wer ist – rechtlich gesehen – der Herr des Ringes?¹ Und welche weiteren Konsequenzen ergeben sich daraus?

Will man diesen Fragen nachgehen, so stößt man zunächst auf den Grundsatz des internationalen Privatrechts, wonach die Rechtsverhältnisse an Sachen² grundsätzlich durch das Recht des Staates bestimmt werden, in dem sich die Sache befindet (sog. *lex rei sitae*). Für Deutschland wird dies in

¹ Die Frage nach dem Eigentum am Ring wird pointiert auch in dem sehr verdienstvollen Werk von *Schleif*, *Darf man eigentlich Zombies töten?*, 2023, S. 42–47 behandelt.

² Die folgenden Ausführungen unterstellen, dass es sich bei dem Ring um eine Sache, also um ein Rechtsobjekt, handelt. Dies ist insoweit nicht unproblematisch, als im „Herrn der Ringe“ mehrfach die Rede davon ist, dass der Ring einen eigenen Willen habe und sich in gewissem Maße seine Besitzer aussuche (etwa HdR I 2). Dies könnte dafürsprechen, ihn eher als Rechtssubjekt anzusehen.

Art. 43 Abs. 1 EGBGB angeordnet; die Regel ist aber auch international weithin anerkannt.³ Der Ring befand sich im Laufe seiner über viereinhalbtausend Jahre langen Geschichte an verschiedensten Orten: vom dunklen Reich Mordor, über die Menschenkönigreiche Gondor und Arnor, das Auenland (das wohl am ehesten als teilsouveräner Gliedstaat von Arnor zu qualifizieren ist), bis hin zum Zwergen-königreich Erebor und den Elbenreichen in Lothlórien und im Dürstwald. Leider sind wir über das Privatrecht aller dieser Staaten bedauerlich schlecht informiert. Lässt sich der Inhalt der zur Anwendung berufenen ausländischen Rechtsordnung nicht ermitteln, so kann subsidiär die lex fori angewandt werden,⁴ für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung also das deutsche Recht.

II. Das Schmieden des Rings

Die Eigentumslage ist bekanntlich stets chronologisch zu prüfen. Der erste Eigentümer des Rings war der dunkle Herrscher Sauron. Jedenfalls insoweit kann kein Zweifel bestehen. Selbst wenn die von Sauron bei der Herstellung des Rings verwendeten Rohmaterialien nicht in seinem Eigentum gestanden haben sollten, so hätte er dennoch gem. § 950 Abs. 1 S. 1 BGB originäres Eigentum an dem Ring erworben (und die Eigentümer der Rohstoffe wären auf Ausgleichsansprüche nach §§ 951 Abs. 1 S. 1, 812 ff. BGB verwiesen). Dass Sauron die Kunst, Ringe der Macht herzustellen, zuvor von den Elbenschmieden von Eregion erlernt hatte, ist ebenfalls unerheblich. Allenfalls könnten die Elbenschmiede gegen Sauron Ansprüche wegen der Verletzung ihres geistigen Eigentums oder wegen des Ausspähs von Geschäftsgeheimnissen geltend machen.

III. Der Krieg des letzten Bündnisses und das Verhängnis auf den Schwertefeldern

Als Sauron, gestützt auf die Macht des Ringes, die freien Völker Mittel Erdes mit Krieg überzog, formierte sich gegen ihn das letzte Bündnis aus Elben und Menschen. Nach langem, verlustreichem Kampf konnte Sauron besiegt werden; am Ende schnitt Elendils Sohn Isildur den Ring mit dem geborstenen Schwert seines Vaters von Saurons Hand und nahm ihn an sich. Ob dieses Handeln nach unseren Maßstäben gegen Kriegsvölkerrecht verstieß,⁵ muss an dieser Stelle ebenso offenbleiben wie die Frage, ob es sich um eine illegale Ausfuhr von Kulturgut handelte.

Isildur jedenfalls äußerte nach der Schlacht gegenüber Elrond, er wolle den Ring „als Wergeld“ für seinen Vater und seinen Bruder, die beide gefallen waren; in den Aufzeichnungen, die er wenig später niederlegte, schrieb er, der Ring solle nun „ein Erbstück des Nördlichen Königreiches werden“ (HdR II 2). Das BGB hält jedoch keine Vorschrift bereit, durch die Isildur zum Eigentümer des Rings hätte werden können. Der Ring gehörte vielmehr weiterhin Sauron, denn dieser war, wie im „Herrn der Ringe“ oft betont wird, lediglich „geschwächt, doch nicht vernichtet“ (HdR II 2).

Isildur konnte sich des Rings allerdings nicht lange erfreuen, denn als er nach dem Krieg ins nördliche Königreich Arnor zurückkehren wollte, geriet er in der Nähe der Schwertelfelder am Fluss Anduin mit seinem Gefolge in einen Hinterhalt von Orks. Er zog den Ring auf und versuchte, sich schwimmend zu retten. Doch der Ring glitt Isildur vom Finger, woraufhin er von den Orks gesehen und getötet wurde. Da der Ring bereits vor Isildurs Tod in den Fluten versank und da an verlorenen Sachen

³ Junker, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 2022, § 17 Rn. 2 f.

⁴ BGH NJW 1978, 496 (498); BGH NJW 1982, 1215 (1216); kritisch teilweise die Literatur, vgl. Junker, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 2022, § 11 Rn. 11–17; Yassari, RabelsZ 82 (2018), 944 (963–970).

⁵ Vgl. Art. 23 lit. g, 46 Abs. 2 HLKO; man könnte sogar an eine nach Art. 47 HLKO und Art. 15 Abs. 1 des I. Genfer Abkommens verbotene Plünderung denken. Aufgrund der Gefährlichkeit des Rings ließe sich allerdings auch vertreten, dass es sich um eine rechtmäßige Beschlagnahme nach Art. 53 HLKO handelte.

kein Besitz besteht,⁶ verlor Isildur seinen Besitz am Ring bereits zu Lebzeiten gem. § 856 Abs. 1 Alt. 2 BGB; sein Sohn und Erbe Valandil konnte keinen Erbenbesitz nach § 857 BGB begründen. Lange Zeit lag der Ring daraufhin besitzlos am Grund des Anduin.

IV. Ein Fund und ein Mord

Etliche Jahre später gingen zwei Freunde bei den Schwertelfeldern angeln. Einer von ihnen, Déagol, der als „scharfäugig“ beschrieben wird (HdR I 2), fand dabei im Wasser zufällig den Ring. Auf den ersten Blick läge es nahe, dies als Schatzfund nach § 984 BGB zu qualifizieren. Bei einem solchen erwerben der Finder und der Eigentümer der Sache, in welcher der Schatz verborgen war, zu gleichen Teilen Miteigentum nach den §§ 741 ff., 1008 ff. BGB. Bei der Sache, in welcher der Schatz verborgen war, kann es sich auch um ein Gewässer handeln.⁷ Steht sie in niemandes Eigentum, so wird der Finder alleiniger Eigentümer.⁸

Ein Schatz ist nach der Legaldefinition des § 984 BGB eine Sache, die so lange verborgen gelegen hat, dass ihr Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist. Ob dies der Fall ist, ist im Einzelfall zu entscheiden, wobei nicht zuletzt die Auffindesituation und die Eigenart der Sache zu berücksichtigen sind.⁹ Bei flüchtiger Betrachtung scheinen die Voraussetzungen für einen Schatzfund bei einem Ring, der für unklare Zeit (tatsächlich waren es, wie später rekonstruiert werden konnte, fast 2.500 Jahre) auf dem Grunde eines großen Flusses lag, vorzuliegen.

Allerdings gelten für einen Schatzfund strenge Anforderungen: Es obliegt demjenigen, der Rechte aus § 984 BGB herleiten will, zuvor alle zumutbaren Nachforschungen über die Person des Eigentümers anzustellen.¹⁰ Gerade bei wertvollen Sachen muss auch entfernten Möglichkeiten zur Ermittlung des Eigentümers nachgegangen werden.¹¹ Ein Schatzfund liegt demnach nur dann vor, wenn jede Hoffnung auf die Ermittlung des Eigentümers als vergeblich erscheint.¹² Wenn dagegen Aussicht auf die Ermittlung des Eigentümers besteht, dann handelt es sich nicht um einen Schatz, sondern um einen gewöhnlichen Fund nach §§ 965 ff. BGB.¹³

Insoweit ist zunächst festzuhalten, dass Mittel Erde von zahlreichen äußerst langlebigen oder sogar unsterblichen Wesen bevölkert ist (so war etwa die Elbenkönigin Galadriel zum Zeitpunkt der Handlung des „Herrn der Ringe“ bereits über 8.000 Sonnenjahre alt, aber es war „kein Zeichen des Alters“ an ihr, „es sei denn in den Tiefen ihrer Augen“, HdR II 7). An den Schluss davon, dass eine Sache lange verborgen lag, darauf, dass ihr Eigentümer nicht mehr ermittelt werden kann, sind unter den spezifischen Bedingungen von Mittel Erde also höhere Anforderungen zu stellen als in unserer Welt. Weiterhin handelt es sich bei dem Ring um ein äußerst mächtiges Objekt. Wie oft betont wird (etwa HdR I 2), existieren nicht viele Zauberringe, und zumindest die Weisen besitzen Kenntnisse über ihre Herkunft und ihren Verbleib. Insoweit bestehen durchaus Anhaltspunkte für die Ermittlung des Eigentümers.

⁶ Herrler, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 856 Rn. 2.

⁷ Schermaier, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2024, § 984 Rn. 7.

⁸ Schermaier, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2024, § 984 Rn. 26.

⁹ Vgl. Schermaier, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2024, § 984 Rn. 30.

¹⁰ Schermaier, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2024, § 984 Rn. 14; OLG Hamburg MDR 1982, 409.

¹¹ Schermaier, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2024, § 984 Rn. 12; vgl. OLG Hamburg MDR 1982, 409; OLG Celle NJW 1992, 2576 (2577).

¹² Heinze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, § 984 Rn. 2; Schermaier, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2024, § 984 Rn. 12; OLG Hamburg MDR 1982, 409.

¹³ Heinze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, § 984 Rn. 2; Schermaier, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2024, § 984 Rn. 12.

Vor allem aber ist für die Frage, ob ein Schatzfund vorliegt, nicht etwa die Prognose zum Zeitpunkt des Fundes, sondern vielmehr die objektive Lage der Dinge maßgeblich: Auch wenn sich erst nach dem Fund herausstellt, dass ein Eigentümer ermittelt werden kann, handelt es sich nicht um einen Schatz und kommt somit ein Eigentumserwerb nach § 984 BGB nicht in Betracht.¹⁴ Im Fall des von Déagol gefundenen Ringes wurde letztlich (wenn auch erst viel später) ermittelt, woher er stammte und wem er gehörte. Daher liegt kein Schatzfund vor und Déagol konnte kein Eigentum nach § 984 BGB erwerben. Vielmehr handelt es sich um einen gewöhnlichen Fund nach §§ 965 ff. BGB.

Auch bei einem gewöhnlichen Fund ist nach den §§ 973 und 974 BGB ein gesetzlicher Eigentumserwerb möglich. Wenn unbekannt ist, wer die Sache verloren oder wer aus anderen Gründen ein Recht an der Sache oder auf die Sache hat (in der Terminologie des Gesetzes: wer empfangsberechtigt ist), dann setzt ein Eigentumserwerb des Finders nach § 973 Abs. 1 BGB jedoch (bei Sachen, die mehr als 10 € wert sind, was auf den Ring zutreffen dürfte) voraus, dass dieser den Fund bei der zuständigen Behörde angezeigt hat. Wenn sich bei ihm oder bei der Behörde nicht innerhalb von sechs Monaten ein Empfangsberechtigter meldet, so erwirbt der Finder das Eigentum. Welches die zuständige Behörde ist, bestimmt sich in Deutschland nach Landesrecht.¹⁵ Wer beim Ringfund für die Entgegennahme einer Anzeige zuständig gewesen wäre, erscheint unklar. In Betracht käme etwa die Großmutter von Sméagol und Déagol, über die es heißt, sie habe über die Sippe geherrscht und sei „eine gestrenge Frau und bewandert in den alten Überlieferungen“ gewesen (HdR I 2). Letztlich kann die Frage allerdings dahinstehen, denn Déagol zeigte seinen Fund überhaupt niemandem an – er hatte schlichtweg keine Gelegenheit dazu, denn er wurde unmittelbar nach dem Fund von seinem Freund Sméagol erwürgt, „weil das Gold so strahlend und schön war“ und Sméagol den Ring für sich haben wollte (HdR I 2).

Sméagol, „der wißbegierigste und vorwitzigste“ seiner Familie (HdR I 2), nahm den Ring an sich. Er war jedoch kein Finder, denn Finder i.S.d. der §§ 965 ff. BGB ist nur derjenige, der als erster Besitz an der (zuvor besitzlosen) Fundsache begründet,¹⁶ und dies war Déagol. Sméagol erlangte den Besitz am Ring dagegen durch verbotene Eigenmacht nach § 858 Abs. 1 Alt. 1 BGB. Auf strafrechtlicher Ebene liegt Mord aus Habgier in Tateinheit¹⁷ mit Raub mit Todesfolge nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 3 und Gr. 3 Var. 1, 249 Abs. 1, 251, 52 Abs. 1 StGB vor.

V. Fünf einsame Jahrhunderte

Ein Eigentumserwerb Sméagols nach den Vorschriften über den Fund kommt somit nicht in Betracht. Möglich erscheint aber ein Eigentumserwerb durch Ersitzung nach § 937 Abs. 1 BGB. Da der Ring Sméagol (der nunmehr Gollum genannt wurde und in eine Höhle des Nebelgebirges zog) ein unnatürlich langes Leben verlieh, hatte er den Ring knapp 500 Jahre in Besitz. Die zehnjährige Ersitzungsfrist ist demnach um ein Vielfaches überschritten.

Der Zeitablauf ist indes nicht die einzige Voraussetzung der Ersitzung: Erforderlich ist weiterhin, dass der Besitzer die Sache in Eigenbesitz hat und dass er gutgläubig ist. Eigenbesitzer ist nach § 872 BGB, wer eine Sache als ihm gehörend besitzt. Dies trifft auf Gollum, der den Ring als seinen „Schatz“

¹⁴ Heinze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, § 984 Rn. 3; Schermaier, in: BeckOKG BGB, Stand: 1.3.2024, § 984 Rn. 14, jeweils m.w.N.

¹⁵ Kindl, in: BeckOK BGB, Stand: 1.3.2024, § 965 Rn. 8.

¹⁶ Oechsler, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 965 Rn. 10.

¹⁷ Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2024, § 251 Rn. 12; zur Wegnahme vgl. im Übrigen dies., in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2024, § 249 Rn. 3.

betrachtete, ohne Weiteres zu. Der gute Glaube muss sich bei der Ersitzung, wie aus dem Wortlaut von § 937 Abs. 2 BGB hervorgeht („dass ihm das Eigentum nicht zusteht“), auf die eigene Eigentümerstellung beziehen. Das heißt: Der Besitzer ist dann nicht in gutem Glauben, wenn ihm bei Erwerb des Eigenbesitzes bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass ihm die Sache nicht gehört.¹⁸ Es kommt insoweit also nicht nur auf die Kenntnis der Umstände an, aus denen sich das Fehlen der eigenen Rechtsstellung ergibt; für die Bösgläubigkeit des Besitzers ist vielmehr weiterhin erforderlich, dass er aus diesen Umständen die richtigen rechtlichen Schlüsse zieht.¹⁹ Die Gutgläubigkeit kann also auf einem Rechtsirrtum beruhen, doch dieser darf nicht grob fahrlässig sein.²⁰ Wer die Umstände so kennt, dass jeder Unbefangene seine Nichtberechtigung annehmen würde, kann sich auf seine Arglosigkeit nicht berufen.²¹

Was Gollum sich konkret dachte, als er den Ring an sich nahm, ist unbekannt. Jedenfalls war er juristischer Laie und von durchaus zweifelhaftem Charakter. Doch auch einer noch so verstockten und ungebildeten Person müsste bei unbefangener Bewertung der Tatsachen klar sein, dass eine durch Mord am Vorbesitzer erlangte Sache nicht ins Eigentum des Mörders übergehen kann. Gollum kann also bei seinem Besitzerwerb nicht gutgläubig gewesen sein.²²

Eine Ersitzung ist grundsätzlich auch dann möglich, wenn der Besitzer zwar bei Besitzerwerb bösgläubig war, aber später gutgläubig wird.²³ Gollum hatte sich eine Geschichte zurechtgelegt, derzufolge er den Ring als Geburtstagsgeschenk erhalten habe, und die er „noch und noch wiederholte, wenn er im Dunkeln an seinen Knochen nagte, bis er sie schließlich fast selbst glaubte“ (HdR I 2). Allerdings ist anerkannt, dass das bloße Vergessen der eigenen Nichtberechtigung nicht ausreicht, um Gutgläubigkeit zu begründen.²⁴ Die Auto-Suggestion wie bei Gollum dürfte dem Vergessen gleichzustellen sein (vom Eintritt einer nachträglichen Gutgläubigkeit ist vielmehr z.B. in Fällen auszugehen, in denen der Besitzer nachträglich ein – ggf. zweites – Erwerbsgeschäft mit einem vermeintlichen Eigentümer abschließt). Zudem glaubte Gollum seine Geschichte ja nur „fast“.

Festzuhalten ist also: Trotz des Fundes durch Déagol und während der fast 500 Jahre des Besitzes von Sméagol alias Gollum war weiterhin Sauron der Eigentümer des Ringes. Gleichwohl verjährte Saurons Herausgabeanspruch aus § 985 BGB gem. §§ 197 Abs. 1 Nr. 2, 200 S. 1 BGB nach Ablauf von 30 Jahren seit Gollums Besitzerwerb. Wenn er von Sauron auf Herausgabe in Anspruch genommen worden wäre, hätte Gollum diesem also die Einrede der Verjährung nach § 214 Abs. 1 BGB entgegenhalten können. Das Eigentum Saurons bestand fort, aber er hatte keine rechtliche Möglichkeit zur Wiedererlangung seines Besitzes; es handelte sich vielmehr um ein bloßes nudum ius.²⁵ Dass Eigen-

¹⁸ Kindl, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2024, § 937 Rn. 6; Brehm/Berger, Sachenrecht, 4. Aufl. 2022, § 28 Rn. 1.

¹⁹ Hamdorf, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 937 Rn. 45; vgl. auch Oechsler, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 932 Rn. 39.

²⁰ Heinze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, § 937 Rn. 8.

²¹ Hamdorf, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 937 Rn. 45.

²² Wenn nicht Sméagol, sondern Déagol den Ring 500 Jahre lang besessen hätte, könnte das Ergebnis anders ausfallen, denn die Wertungen der §§ 965 ff. BGB dürften vielen juristischen Laien unbekannt sein. In diesem Fall ließe sich eine Gutgläubigkeit Déagols und in der Folge ein Eigentumserwerb nach § 937 BGB trotz Verletzung der Anzeigepflicht nach § 965 BGB vertreten.

²³ Heinze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, § 937 Rn. 9; Buchwitz, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2024, § 937 Rn. 42; Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 11 Rn. 3. Man könnte von bona fides superveniens sprechen.

²⁴ Heinze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, § 937 Rn. 9; Buchwitz, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2024, § 937 Rn. 42.

²⁵ Monographisch (und kritisch) zur Figur des nudum ius: Klose, Das Eigentum als nudum ius im Bürgerlichen Recht, 2016; vgl. weiterhin etwa Baldus, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 985 Rn. 107 f.; Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 12 Rn. 16.

tum und Besitz in einer solchen Konstellation dauerhaft auseinanderfallen können und dass sogar ein bösgläubiger Besitzer sich gegenüber dem Eigentümer auf Verjährung berufen kann, mag man aus rechtspolitischer Sicht kritisieren, doch es ist de lege lata eindeutig.²⁶ Für einen außerordentlichen Eigentumserwerb des Besitzers bei Verjährung des Vindikationsanspruchs, wie er zuweilen gefordert wird,²⁷ gibt es im BGB keine Grundlage.²⁸

VI. Rätsel im Dunkeln

Eines Tages verlor Gollum den Ring, als er durch einen finsternen Orkstollen streifte. Wie es der Zufall wollte, kam dort wenig später der Hobbit Bilbo Beutlin vorbei, der mit seinen Gefährten in die Gefangenschaft der Orks geraten und auf der Flucht von ihnen getrennt worden war. Bilbo ertastete den Ring und steckte ihn sich zunächst in die Tasche, „[o]hne sich viel dabei zu denken“ (Hobbit 5). Es handelt sich dabei (erneut) um einen Fund nach §§ 965 ff. BGB. Ähnlich wie ein halbes Jahrtausend zuvor Déagol wäre Bilbo grundsätzlich verpflichtet gewesen, der zuständigen Behörde seinen Fund anzuzeigen. Erneut ist fraglich, wer die zuständige Behörde wäre (der Ork-König?). Die Anzeigepflicht gegenüber der Behörde gilt nach § 965 Abs. 2 BGB jedoch nur dann, wenn dem Finder kein Empfangsberechtigter bekannt ist. Kennt der Finder dagegen einen Empfangsberechtigten wie etwa insbesondere den Verlierer oder Eigentümer der Sache, so hat er statt der Behörde gegenüber diesem nach § 965 Abs. 1 BGB seinen Fund anzuzeigen. In diesem Fall ist ein Eigentumserwerb des Finders nur möglich, wenn er den Empfangsberechtigten unter Fristsetzung dazu aufgefordert hat, sich über seine Ansprüche auf Aufwendungsersatz aus § 970 BGB und auf Finderlohn aus § 971 BGB zu erklären, und wenn der Empfangsberechtigte sich nicht innerhalb der gesetzten Frist zur Befriedigung der Ansprüche bereiterklärt hat.

Bald nach seinem Fund traf Bilbo zufällig auf Gollum und spielte mit ihm ein Rätselspiel. Wenn Bilbo das Spiel gewinne, so die Abmachung, werde Gollum ihm den Weg ins Freie zeigen; andernfalls werde er ihn fressen (Hobbit 5). Gollum bemerkte seinen Verlust jedoch alsbald und reagierte darauf mit einem aufgebrachten Selbstgespräch, das Bilbo belauschte und dem er entnahm, dass Gollum der frühere Besitzer des Ringes war. Ab diesem Zeitpunkt käme eine Anzeigepflicht gegenüber Gollum als Empfangsberechtigtem gem. § 965 Abs. 1 BGB in Betracht.

Es ist allerdings umstritten, ob ein unberechtigter und sogar bösgläubiger Besitzer wie Gollum als Empfangsberechtigter im Sinne der Norm angesehen werden kann. Ihrem Wortlaut („dem Verlierer oder [...] einem sonstigen Empfangsberechtigten“) zufolge ist jede Person, welche die Sache verloren hat, empfangsberechtigt, ohne dass weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Gleichwohl möchte die herrschende Meinung als Empfangsberechtigten nur anerkennen, wer vom Finder aufgrund eines Rechts an der Sache oder nach den Besitzschutzvorschriften die Herausgabe der Sache

²⁶ Näher etwa *Baldus*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 985 Rn. 104–134; *Thole*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2023, § 985 Rn. 209 f., 221–225; *Piekenbrock*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2024, § 197 Rn. 16–25; *ders.*, Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung, 2006, S. 393–395; *Wieling/Finkenauer*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 12 Rn. 16; *Klose*, Das Eigentum als *nudum ius* im Bürgerlichen Recht, 2016, S. 40–75 (mit der vereinzelt gebliebenen Ansicht, die Verjährbarkeit des Vindikationsanspruchs sei verfassungswidrig).

²⁷ *Finkenauer*, JZ 2014, 479 (484 f.); *Wieling/ders.*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 11 Rn. 12; *Klinck*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Eckpfeiler des Zivilrechts, Rn. U 180; vgl. auch *Piekenbrock*, Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung, 2006, S. 395 f.

²⁸ *Thole*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2023, § 985 Rn. 211; *Baldus*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 985 Rn. 133; *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2024, § 985 Rn. 39; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 11 Rn. 47; *Kähler*, NJW 2015, 1041 (1041); *Klose*, Das Eigentum als *nudum ius* im Bürgerlichen Recht, 2016, S. 44.

verlangen kann.²⁹ Gollum hat gegen Bilbo keinerlei Herausgabeanspruch – auch nicht aus § 1007 Abs. 1 oder Abs. 2 S. 1 BGB, denn diese Ansprüche sind bei Bösgläubigkeit des Anspruchstellers gem. § 1007 Abs. 3 S. 1 BGB ausgeschlossen. Gegen das Erfordernis eines Herausgabeanspruchs gegen den Finder spricht freilich, dass damit dem Finder, der sich bei Verletzung seiner Anzeigepflicht sogar schadensersatzpflichtig machen kann,³⁰ im Ergebnis eine Prüfung der dinglichen Rechtslage abverlangt würde.³¹ Dies hätte Bilbo – wie wohl die meisten Finder – kaum leisten können.

Letztlich kann die Frage nach der Empfangsberechtigung Gollums allerdings – ebenso wie die nach der zuständigen Behörde – dahinstehen, denn Bilbo sah davon ab, Gollum seinen Fund anzuzeigen (was nachvollziehbar erscheint, da Gollum nunmehr bestrebt war, ihn umzubringen). Er setzte Gollum auch keine Frist zur Erklärung über seine Ansprüche aus den §§ 970 f. BGB. Bilbo konnte mithin nicht nach § 974 BGB das Eigentum am Ring erwerben.³²

VII. Ein lügender Meisterdieb

Nach seinem Fund hatte Bilbo den Ring 60 Jahre in seinem Besitz. Es kommt also ein Eigentumserwerb durch Ersitzung nach § 937 Abs. 1 BGB in Betracht. Allerdings dürfte Bilbo, ähnlich wie vor ihm Gollum, bösgläubig gewesen sein. Immerhin wusste er, dass der Ring zuvor in Gollums Besitz gewesen war. Nach Lage der Dinge hätte es für Bilbo nahegelegen, Gollum für den Eigentümer zu halten. Dieser hatte den Ring Bilbo gegenüber sogar als sein „Geburtstagsgeschenk“ bezeichnet (Hobbit 5). Bilbo hätte klar sein müssen, dass er eine von einem anderen verlorene Sache nicht einfach für sich behalten durfte. Er konnte sich der Erkenntnis seiner mangelnden Berechtigung auch deshalb nicht verschließen, weil Gollum ihm „Dieb!“ hinterherrief (Hobbit 5 – in Wahrheit liegt mangels Wegnahme kein Diebstahl, sondern eine Unterschlagung nach § 246 Abs. 1 StGB vor, auch wenn die Zwerge Bilbo ironischerweise tatsächlich als „Meisterdieb“ engagiert hatten).

Dass Bilbo ein gewisses Unrechtsbewusstsein besaß, wird auch dadurch belegt, dass er die Umstände seines Besitzererwerbs gegenüber den Zwergen verheimlichte: Zunächst erzählte er ihnen gar nichts von dem Ring („nicht gerade jetzt“ dachte er“, Hobbit 6) und später gab er, um „jeden Zweifel an seinem Anspruch auf den Ring auszuräumen“ (HdR I 2), vor, Gollum habe versprochen, ihm ein Geschenk zu machen, wenn er das Spiel gewönne. Er habe erraten, dass es sich dabei um den Ring handelte, den er soeben gefunden hatte, und da er das Spiel tatsächlich gewann, habe er den Ring zu Recht behalten.³³ In Elronds Rat erklärt Bilbo, er habe sich diese Geschichte ausgedacht, weil er „den Namen Dieb loswerden“ und sein „Eigentum an dem Schatz geltend machen“ wollte (HdR II 2). Zu Letzterem ist die von Bilbo erdachte Geschichte freilich, wie hier nur am Rande bemerkt

²⁹ Heinze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, § 965 Rn. 16; Oechsler, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 965 Rn. 14; Kindl, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 965 Rn. 7; Herrler, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, Vor § 965 Rn. 1; LG Düsseldorf, Urt. v. 27.7.2012, Az. 15 O 103/11 Rn. 35; für eine wortlautgetreue Anwendung dagegen Schermaier, in: BeckOGK, Stand: 1.3.2024, § 965 Rn. 58–59.2.

³⁰ Herrler, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 965 Rn. 1; nach Heinze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, § 965 Rn. 17, soll aber die Anzeige an den nichtempfangsberechtigten Verlierer nur bei grober Fahrlässigkeit des Finders eine Pflichtverletzung darstellen.

³¹ Schermaier, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2024, § 965 Rn. 59.

³² Selbst wenn man vertreten wollte, dass die Verletzung der Anzeigepflicht aufgrund von Gollums Mordabsichten gerechtfertigt war, führt dies zu keinem anderen Ergebnis hinsichtlich des Eigentums. Anders scheint Bilbo zu denken, als er gegenüber Gandalf äußert: „Er ist meiner, nicht wahr? Ich habe ihn gefunden, und Gollum hätte mich getötet, wenn ich ihn nicht behalten hätte.“ (HdR I 1, S. 51).

³³ Interessanterweise entspricht dies im Wesentlichen dem Geschehensablauf, wie er in der Erstauflage des „Hobbit“ tatsächlich nachzulesen ist. Später änderte Tolkien die Geschichte, um sie an die Handlung des „Herrn der Ringe“ anzupassen.

werden soll, durchaus ungeeignet: Auch wenn Bilbo gegen Gollum einen Anspruch auf den Ring gehabt hätte, hätte dies nichts am Fehlen einer Übereignung nach den §§ 929 ff. BGB geändert. Doch Bilbo hätte durch das Rätselspiel noch nicht einmal einen klagbaren Anspruch gegen Gollum erworben, da aus einem Spiel nach § 762 BGB lediglich eine sog. unvollkommene Verbindlichkeit resultiert.³⁴

Festzuhalten ist also in jedem Fall: Bilbo erwarb nie das Eigentum am Ring; dieses stand vielmehr weiterhin Sauron zu. Bemerkenswerterweise begann aber bei Bilbo die Verjährungsfrist des § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB neu zu laufen. Nach der Konzeption des BGB entsteht der Anspruch aus § 985 BGB nämlich bei jedem Besitzwechsel von Neuem,³⁵ sodass grundsätzlich auch die Verjährung neu beginnt.³⁶ Das heißt: Während der ersten 30 Jahre von Bilbos Besitz hätte Sauron die Möglichkeit gehabt, den Ring von ihm herauszuverlangen,³⁷ danach stand dem Anspruch erneut die Einrede der Verjährung nach § 214 Abs. 1 BGB entgegen.

VIII. Ein Umschlag auf dem Kaminsims

Als er den Ring jahrzehntelang in Besitz gehabt und ein biblisches Alter erreicht hatte, verließ Bilbo an seinem 111. Geburtstag seine Heimat im Auenland und ließ dabei unter anderem den Ring zurück, der in den Besitz seines Neffen Frodo überging. Bilbo hinterließ auch ein Testament, das, wie wir nebenbei erfahren, „entsprechend den Rechtsbräuchen der Hobbits“ aufgesetzt worden war, „die unter anderem sieben Zeugenunterschriften in roter Tinte verlangten“ (HdR I 1). Darin setzte er Frodo als seinen Erben ein. In der Folge wurde Frodo von den übrigen Hobbits als Bilbos Erbe und Rechtsnachfolger anerkannt. In Wahrheit war Bilbo jedoch nicht tot, sondern lebte in Bruchtal ein angenehmes und unbeschwertes Leben. Anstelle eines Erwerbs nach § 1922 Abs. 1 BGB kommt also eher ein Erwerb unter Lebenden in Betracht (es liegt gewissermaßen eine verschleierte vorweggenommene Erbfolge vor).

Bilbo ließ den Ring in einem an Frodo adressierten, verschlossenen Umschlag, der außerdem sein Testament und diverse andere Dinge enthielt, auf dem Kaminsims zurück. Frodo fand ihn dort und nahm ihn an sich. Dies kann als Übergabe i.S.d. § 929 S. 1 BGB angesehen werden. Durch das Adressieren des Umschlags an Frodo brachte Bilbo zudem zum Ausdruck, dass die darin befindlichen Sachen für diesen bestimmt waren. Das Zurücklassen des Umschlags ist daher als konkludentes Angebot auf Übereignung auszulegen. Indem Frodo den Umschlag an sich nahm, nahm er dieses Angebot an; der Zugang der Annahmeerklärung bei Bilbo ist gem. § 151 S. 1 BGB entbehrlich. Es kam somit grundsätzlich eine dingliche Einigung nach § 929 S. 1 BGB zustande. Auf schuldrechtlicher Ebene liegt eine Schenkung nach § 516 Abs. 1 BGB vor. Bilbo war damit, wie Gandalf später bemerkt, „der einzige in der Geschichte“, der sich je freiwillig von dem Ring trennte (HdR I 2).

Allerdings könnten bei näherer Betrachtung gewisse Zweifel an der Freiwilligkeit und Wirksamkeit der Einigung bestehen. Immerhin übte Gandalf einen nicht unerheblichen Druck auf Bilbo aus: Nachdem er zunächst erfolglos versucht hatte, Bilbo zu überreden, machte er schließlich „einen Schritt auf den Hobbit zu und schien groß und bedrohlich zu werden, sein Schatten erfüllte den klei-

³⁴ Vgl. *Sprau*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 762 Rn. 5.

³⁵ *Baldus*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, Vor § 985 Rn. 81; *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2024, § 985 Rn. 10.

³⁶ *Spohnheimer*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2024, § 985 Rn. 83; *Kähler*, NJW 2015, 1041 (1042).

³⁷ Die h.M. geht davon aus, dass der redliche Finder ein Recht zum Besitz i.S.d. § 986 BGB hat, bis ihm ein Empfangsberechtigter bekannt wird. Ein unredlicher Finder wie Bilbo hat dagegen kein Besitzrecht und ist daher dem Anspruch aus § 985 BGB ausgesetzt. Vgl. näher *Schermaier*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2024, § 965 Rn. 6 f.; *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 966 Rn. 3.

nen Raum“ (HdR I 1). Bilbo wich bis zur Wand zurück und begann zu zittern, war also offensichtlich verängstigt. Unter dem Eindruck dieser Einschüchterung erklärte er sich schließlich bereit, den Ring Frodo zu überlassen. Gandalf äußerte später euphemistisch, Bilbo habe seine „ganze Hilfe“ benötigt, um den Ring wegzugeben (HdR I 2). Falls sein Druck die Schwelle einer widerrechtlichen Drohung i.S.d. § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB überschritten haben sollte, dann wäre die Einigung zwischen Bilbo und Frodo anfechtbar.³⁸ Allerdings hat Bilbo jedenfalls keine fristgemäße Anfechtungserklärung nach § 143 Abs. 1 BGB abgegeben. Im Fall der Anfechtbarkeit wegen Drohung besteht für die Anfechtungserklärung gem. § 124 Abs. 1 und 2 BGB eine Frist von einem Jahr ab dem Ende der Zwangslage. Doch die einzige Situation, in der das Handeln Bilbos unter Umständen als konkludente Anfechtungserklärung ausgelegt werden könnte – als Frodo ihm nämlich in Bruchtal den Ring kurz zeigte und Bilbo unwillkürlich „mit einem gierigen Gesicht“ nach ihm griff (HdR II 1) –, ereignete sich erst 17 Jahre nach Bilbos Abschied. Selbst wenn er von Gandalf i.S.d. § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB widerrechtlich bedroht worden sein sollte, wäre die dingliche Einigung mithin gleichwohl wirksam.

Trotz der wirksamen Einigung konnte Frodo jedoch deshalb nicht nach § 929 S. 1 BGB Eigentümer des Ringes werden, weil Bilbo mangels Eigentum seinerseits nicht zur Übereignung des Rings berechtigt war. In Betracht kommt allenfalls ein gutgläubiger Erwerb nach §§ 929 S. 1, 932 BGB. Hierfür müsste Frodo nach § 932 Abs. 2 BGB gutgläubig gewesen sein, das heißt, er müsste Bilbo für den Eigentümer gehalten haben. Wenn Bilbo indes, wie soeben dargelegt, hinsichtlich seiner eigenen Eigentümerstellung bösgläubig war, dann spricht viel dafür, auch Frodo für bösgläubig zu halten. Frodo kannte nämlich die wahre Geschichte, wie der Ring an Bilbo gelangt war. Jedenfalls steht einem gutgläubigen Erwerb die Vorschrift des § 935 Abs. 1 S. 1 BGB entgegen, wonach ein solcher ausgeschlossen ist, wenn der Eigentümer seinen Besitz gegen oder ohne seinen Willen verloren hat. Der Eigentümer des Rings war Sauron und wem ein Ring vom Finger geschnitten wird, der verliert den Besitz daran gegen seinen Willen. Auch die Weitergabe des Rings an Frodo änderte mithin nichts an der Eigentümerstellung Saurons.

Nachdem er den Ring von Bilbo erhalten hatte, hatte Frodo ihn 17 Jahre lang in Besitz, ehe er sich zu seiner abenteuerlichen Reise Richtung Mordor aufmachte; bis zur Zerstörung des Rings im Feuer der Schicksalsklüfte verging ein weiteres Jahr. Die Zeit für eine Ersitzung nach § 937 Abs. 1 BGB würde mithin ausreichen. Auch einer Ersitzung steht jedoch Frodos Bösgläubigkeit entgegen.

Hätte Frodo den Ring also an die Schwarzen Reiter herausgeben müssen, als sie ihn – wahrscheinlich auf Grundlage einer entsprechenden Ermächtigung Saurons³⁹ – an der Bruinen-Furt dazu aufforderten (HdR I 12)? Wohl nein, denn die oben erwähnte Grundregel, wonach bei jedem Besitzwechsel die Verjährung des Vindikationsanspruchs neu beginnt, wird durch § 198 BGB eingeschränkt. Diese Norm sieht vor, dass im Falle der Rechtsnachfolge – womit hier sowohl die Gesamtrechtsnachfolge als auch die willentliche Besitzübertragung gemeint ist⁴⁰ – dem neuen Besitzer die während des Besitzes seines Vorgängers verstrichene Verjährungszeit zugutekommt. Da Bilbo ihm den Besitz willentlich übertragen hatte,⁴¹ kam es bei Frodo – anders als sechs Jahrzehnte zuvor bei Bilbo – nicht zu einem Neubeginn der Verjährung. Obwohl er den Ring selbst noch keine 30 Jahre in Besitz gehabt hatte, hätte sich Frodo also auf die Einrede des § 214 Abs. 1 BGB berufen können.

³⁸ Die Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung bezieht sich in der Regel sowohl auf die schuldrechtliche als auch auf die dingliche Ebene, vgl. *Wieling/Finkenauer*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 1 Rn. 27.

³⁹ Vgl. zu dieser Möglichkeit *Baldus*, in: *MüKo-BGB*, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, Vor § 985 Rn. 77.

⁴⁰ *Spohnheimer*, in: *BeckOGK BGB*, Stand: 1.5.2024, § 985 Rn. 83; *Ellenberger*, in: *Grüneberg*, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 198 Rn. 1.

⁴¹ Eventuelle Willensmängel spielen i.R.d. § 198 BGB keine Rolle, vgl. *Piekenbrock*, in: *BeckOGK BGB*, Stand: 1.5.2024, § 198 Rn. 9. Ob Bilbo von Gandalf i.S.d. § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB bedroht wurde, ist daher insoweit unerheblich.

IX. Vom Auenland nach Mordor

Frodo hatte den Ring fast während der gesamten Handlung des „Herrn der Ringe“ in seinem Besitz.⁴² Nur als Frodo nach dem Angriff der Riesenspinne Kankra zeitweise unpässlich war, nahm Sam den Ring vorübergehend an sich. Dabei war er jedenfalls zunächst nicht etwa Frodos Besitzdiener oder Besitzmittler. Er hielt Frodo vielmehr für tot und dachte, nun müsse er an dessen Stelle den Auftrag vollenden (HdR IV 10). Erst nachdem er den Ring an sich genommen hatte, erfuhr Sam, als er ein Gespräch zweier Orks belauschte, dass Frodo zwar durch das Spinnengift „schlapp wie ein entgräteter Fisch“, aber noch am Leben sei.

Interessant ist die Frage, wie sich der zwischenzeitliche Besitz von Sam auf die Verjährung auswirkt. Bei dem Besitzerwerb Sams handelte es sich nicht um eine willentliche Besitzübertragung, die unter den Begriff der Rechtsnachfolge in § 198 BGB gefasst werden könnte; vielmehr nahm sich Sam den Ring, ohne dass der bewusste Frodo einwilligen konnte. In diesem Moment entstand folglich ein neuer, unverjährter Vindikationsanspruch von Sauron gegen Sam. Die Rückgabe von Sam an den wieder erwachten Frodo im Turm von Cirith Ungol erfolgte dagegen freiwillig (HdR VI 1) und ist demnach als Rechtsnachfolge i.S.d. § 198 BGB anzusehen. Frodo ist mithin grundsätzlich die Besitzzeit Sams anzurechnen – doch diese betrug nur wenige Stunden. Auf seine eigene frühere Besitzzeit und auf die Bilbos könnte Frodo sich dagegen nach dem Gesetzeswortlaut infolge seines zwischenzeitlichen unfreiwilligen Besitzverlustes nicht mehr berufen. Die paradoxe Konsequenz wäre, dass Sauron durch den nur wenige Stunden andauernden Besitz Sams auch gegen Frodo einen neuen, unverjährten Vindikationsanspruch erworben hätte und dass Frodo ausgerechnet auf der letzten und gefährlichsten Etappe seiner Reise nicht mehr durch die Einrede des § 214 Abs. 1 BGB geschützt gewesen wäre.

Dieses Ergebnis mutet etwas willkürlich an. Es erschließt sich nicht, warum ein Besitzer, der die Sache willentlich an einen anderen übergeben und sie später von ihm zurückerhalten hat, besser stehen soll als ein Besitzer, der seinen Besitz unwillentlich vorübergehend verloren hat.⁴³ Nach der Wertung des § 935 Abs. 1 S. 1 BGB müsste eigentlich Letzterer schutzwürdiger sein.⁴⁴ Es spricht daher viel dafür, das bislang gefundene Ergebnis durch eine analoge Anwendung von § 940 Abs. 2 BGB zu korrigieren. Diese Norm betrifft in ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich nur die Ersitzung und sieht vor, dass ein lediglich kurzzeitiger unfreiwilliger Besitzverlust des Ersitzungsbesitzers nicht zu einer Unterbrechung der Ersitzungszeit führt. Dass, wenn im Sinne der Rechtssicherheit an den Besitz angeknüpft wird, zur Vermeidung willkürlicher Ergebnisse der kurzzeitige Besitzverlust außer Betracht bleiben soll, ist jedoch ein verallgemeinerungsfähiger Rechtsgedanke, wie auch daraus ersichtlich ist, dass in § 955 Abs. 3 BGB die entsprechende Anwendung von § 940 Abs. 2 BGB für die dingliche Zuordnung getrennter Früchte angeordnet wird.⁴⁵ Aus diesem Grund ist § 940 Abs. 2 BGB nach überzeugender Ansicht auf die Verjährung des Vindikationsanspruchs analog anzuwenden.⁴⁶

⁴² Gandalf (HdR I 2) und Tom Bombadil (HdR I 7) hielten den Ring kurz in den Händen, doch dies geschah jeweils nur für einige Momente und in Anwesenheit Frodos. Es spricht daher viel dafür, dass sie keine Sachherrschaft ausübten. Selbst wenn man sie als Besitzer ansehen wollte, hätte dies wegen § 198 BGB keine Auswirkungen auf die Verjährung, denn der Ring wurde jeweils freiwillig übergeben. Als Frodo Gandalf (HdR I 2) und Galadriel (HdR II 7) die dauerhafte Übereignung des Ringes anbot, lehnten beide dankend ab. Und als Boromir Frodo aufforderte, ihm den Ring zu „leihen“, und dann versuchte, ihm den Ring gewaltsam abzunehmen, entwich Frodo ihm (HdR II 10).

⁴³ Magnus/Wais, NJW 2014, 1270 (1272).

⁴⁴ Magnus/Wais, NJW 2014, 1270 (1272).

⁴⁵ Piekenbrock, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2024, § 197 Rn. 19, § 198 Rn. 12; Finkenauer, JZ 2000, 241 (244).

⁴⁶ Piekenbrock, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2024, § 197 Rn. 19, § 198 Rn. 12; Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 12 Rn. 18; Finkenauer, JZ 2000, 241 (244). Zum gleichen Ergebnis gelangen Magnus/Wais, NJW 2014, 1270 (1273 mit Fn. 28), indem sie § 198 BGB analog anwenden und als anderweitige Bestimmung des Verjährungsbeginns i.S.d. § 200 S. 1 BGB auffassen. Eine wiederum andere Lösung könnte eventuell darin

Frodo blieb die Einrede des § 214 Abs. 1 BGB demnach trotz des zwischenzeitlichen Besitzes von Sam erhalten.

Nur unmittelbar vor der Zerstörung des Rings kam es zu einem erneuten Besitzwechsel: Gollum nahm Frodo den Ring ab, indem er ihm den Finger mit dem Ring darauf abbiss (HdR VI 3). Direkt darauf stürzte er in seiner Freude darüber, seinen „Schatz“ wiederzuhaben, in die Schicksalsklüfte und der Ring wurde zerstört. Da der Besitzwechsel von Frodo auf Gollum nicht freiwillig erfolgte, erwarb Sauron jedoch für einen kurzen Moment einen neuen, unverjährten Vindikationsanspruch gegen Gollum.

X. Fazit

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass Gandalf und Elrond mit ihrer eingangs zitierten Einschätzung Recht hatten: Der wahre Herr des Rings war und blieb der dunkle Herrscher Sauron. Kein Ereignis in der Geschichte des Rings vermochte etwas an seiner Eigentümerstellung zu ändern. Allerdings war Saurons Herausgabeanspruch während eines Großteils der Zeit verjährt. Dies gilt insbesondere für die Ereignisse, die im „Herrn der Ringe“ beschrieben werden. Hätte Sauron den Ring während der Fahrt zum Schicksalsberg herausverlangen wollen, so hätte er dafür die kurzen Zeitfenster abpassen müssen, als Sam und Gollum im Besitz des Ringes waren.

Auf die denkbaren Folgeansprüche aus den §§ 987 ff. BGB soll hier nicht ausführlich eingegangen werden. Zu beachten wäre insofern jedenfalls § 217 BGB, wonach die Verjährung eines Anspruchs auch auf die von ihm abhängenden Nebenleistungen durchschlägt. Zu den Nebenleistungen im Sinne der Vorschrift gehört beim Vindikationsanspruch der Anspruch auf Nutzungsersatz aus §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1 S. 1 BGB,⁴⁷ nach herrschender Meinung aber nicht der Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB.⁴⁸ Glücklicherweise starb Sauron zeitgleich mit der Zerstörung des Ringes, sodass er keine Ansprüche wegen der Zerstörung seines Eigentums mehr geltend machen kann.

In jedem Fall zeigen die hier angestellten Überlegungen, dass das Eigentum sehr beständig ist. Nur unter engen Voraussetzungen findet ein gesetzlicher Eigentumserwerb statt. Liegen diese nicht vor, so besteht das Recht des bisherigen Eigentümers – ggf. als *nudum ius* – fort, und zwar auch dann, wenn sehr viel Zeit vergeht (vorliegend über 3.000 Jahre). Weiterhin sensibilisiert der Fall dafür, dass die Fragen, wer zivilrechtlich berechtigt, und wer moralisch gesehen „im Recht“ ist, (zwar zum Glück oft, aber) nicht immer zum gleichen Ergebnis führen. Dies gilt in Mittelelerde wie in der Realität.

bestehen, dem Besitzer gegen die Vindikation die *dolo-agit*-Einrede zuzugestehen, was in der Literatur allerdings in erster Linie für den Fall diskutiert wird, dass die Neu-Entstehung des unverjährten Anspruchs auf ein Handeln des Eigentümers zurückzuführen ist, vgl. Thole, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2023, § 985 Rn. 219; Baldus, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 985 Rn. 134; Klose, Das Eigentum als *nudum ius* im Bürgerlichen Recht, 2016, S. 43.

⁴⁷ Spohnheimer, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2024, § 985 Rn. 88; Raff, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, Vor § 987 Rn. 38; a.A. Klose, Das Eigentum als *nudum ius* im Bürgerlichen Recht, 2016, S. 54–59.

⁴⁸ Spohnheimer, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2024, § 985 Rn. 88; Raff, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, Vor § 987 Rn. 38; Kähler, NJW 2015, 1041 (1045 f.); a.A. Thole, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2023, § 985 Rn. 223; Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 11 Rn. 12.

Anfängerklausur im Sachenrecht: Einen Schritt voraus?*

Prof. Dr. Beate Gsell, Wiss. Mitarbeiter Andreas Freiwald, München**

Sachverhalt

Vildana (V) ist Eigentümerin eines Hausgrundstücks. Kolya (K) ist schon lange bereit, es ihr zum Preis von 300.000 € abzukaufen. Nachdem Verkaufsinserate zu einem höheren Preis ohne Resonanz bleiben, wird am 1.2.2024 ein entsprechender notariell beurkundeter Kaufvertrag zwischen V und K geschlossen. Zugleich erklären beide Parteien vor dem Notar die Auflassung, die ebenfalls notariell beurkundet wird. Am 10.2.2024 stellt V beim Grundbuchamt einen vollständigen und formgerechten Antrag auf Eintragung des K als neuen Eigentümer. Am 11.2.2024 meldet sich Dunya (D) bei V und zeigt Interesse, das Grundstück zum Preis von 400.000 € zu erwerben. V verschweigt D, dass sie bereits an K verkauft hat, und schließt am 15.2.2024 einen notariell beurkundeten Kaufvertrag zu dem höheren Preis mit D, wobei erneut zugleich die Auflassung erklärt und notariell beurkundet wird. Am 16.2.2024 nimmt V den zuvor beim Grundbuchamt gestellten Antrag auf Eintragung des K zurück und beantragt – erneut vollständig und formgerecht – die Eintragung der D als neue Eigentümerin. Das Grundbuchamt trägt D am 20.2.2024 antragsgemäß ein.

Im Keller des Hausgrundstückes befinden sich zahlreiche Gartengeräte, die V seit Jahren zur Pflege des häuslichen Gartens verwendete und die ihr zum Teil selbst gehörten, ihr jedoch zum Teil von ihrer Tochter Lilja (L) leihweise überlassen wurden. Noch bevor V am 22.2.2024 der D den Besitz am Grundstück überlässt, nimmt L am 21.2.2024 anlässlich des geplanten Besitzwechsels am Grundstück die von ihr zuvor an V überlassenen Geräte an sich.

Frage 1

Hat D das Eigentum am Grundstück erlangt?

Frage 2

Kann D von L Herausgabe der von L mitgenommenen Gartengeräte verlangen?

Variante 1

Ändert sich an der Beurteilung der Eigentumslage am Grundstück etwas, wenn neben V auch K am 10.2.2024 einen vollständigen und formgerechten Antrag auf seine Eintragung als Eigentümer gestellt hatte, das Grundbuchamt aber gleichwohl die D als neue Eigentümerin einträgt?

* Der Sachverhalt beruht auf einem Fall, der im Rahmen der Vorlesung Sachenrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München im Wintersemester 2023/24 als Klausur gestellt wurde. Er richtet sich an Anfänger im Sachenrecht.

** Die Autorin Prof. Dr. Beate Gsell ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Europäisches Privat- und Verfahrensrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Der Autor Andreas Freiwald ist Wiss. Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl.

Variante 2

Kann K die Eintragung eines Widerspruches in das Grundbuch erwirken?

Bearbeitungsvermerk

Die Fragen sind in der vorgegebenen Reihenfolge in einem Gutachten, das – ggf. hilfsgutachtlich – auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, zu beantworten.

Die Bearbeitungszeit beträgt 120 Minuten.

Lösungsvorschlag

Frage 1: Eigentumslage am Grundstück.....	703
I. Ursprüngliche Eigentumslage	703
II. Rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb des K durch Übereignung von V	703
1. Wirksame dingliche Einigung (Auflassung)	703
2. Eintragung des K in das Grundbuch.....	704
3. Zwischenergebnis: Kein rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb des K.....	704
III. Rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb der D durch Übereignung von V	704
1. Wirksame dingliche Einigung (Auflassung)	704
2. Eintragung der D in das Grundbuch.....	705
3. Verfügungsbefugnis des Veräußerers	705
4. Zwischenergebnis: Eigentumserwerb der D.....	705
IV. Ergebnis.....	705
Frage 2: Herausgabeansprüche der D gegen L.....	705
I. Aus § 861 Abs. 1 BGB.....	706
II. Aus § 985 BGB	706
1. Ursprüngliche Eigentumslage.....	706
2. Verlust des Eigentums der L durch rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb der D von V.....	706
a) Gartengeräte als wesentliche Bestandteile des Grundstücks (§ 94 Abs. 1 S. 1 BGB) oder Gebäudes, §§ 93, 94 Abs. 2 BGB	706
b) Einzelübereignung der Gartengeräte gem. §§ 929 ff. BGB	707
c) Übergang des Eigentums an den Gartengeräten mit Eigentumserwerb am Grundstück gem. §§ 926 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 S. 1 BGB.....	707
aa) Zubehörereigenschaft, § 97 BGB	707
bb) Eigentumserwerb nach §§ 926 Abs. 2, 932 ff. BGB	708
d) Zwischenergebnis: Kein Verlust des Eigentums.....	709
3. Ergebnis	709

III. Aus § 1007 Abs. 1 BGB.....	709
IV. Aus § 1007 Abs. 2 BGB.....	709
V. Aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB	709
VI. Aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB (Eingriffskondiktion).....	709
Variante 1: Eigentumslage am Grundstück	710
I. Erwerb eines Anwartschaftsrechts am Grundstück durch eigene Antragstellung des K.....	710
1. Ablehnung der Lehre vom Anwartschaftsrecht.....	710
2. Anwartschaftsrecht bei Bindungswirkung der Auflassung, § 873 Abs. 2 BGB	711
3. Anwartschaftsrecht erst bei Eintragungsantrag des Auflassungsempfängers.....	711
4. Streitentscheid?.....	711
II. Erstarken des Anwartschaftsrechts	712
III. Ergebnis.....	712
Variante 2: Erwirkung eines Widerspruches	712
I. Eintragung eines Widerspruches nach § 899 Abs. 1 BGB.....	712
1. Formelle Rechtslage	712
2. Materielle Rechtslage	712
3. Ergebnis	713
II. Eintragung eines Amtswiderspruches nach § 53 Abs. 1 GBO.....	713
III. Ergebnis.....	713

Frage 1: Eigentumslage am Grundstück

Zu prüfen ist, ob D das Eigentum am Grundstück erlangt hat.

I. Ursprüngliche Eigentumslage

Ursprünglich war V Eigentümerin des Grundstücks; ein Rückgriff auf die Vermutungsregel des § 891 BGB ist bei feststehender Eigentumslage nicht zulässig.

II. Rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb des K durch Übereignung von V

K könnte jedoch durch Übereignung nach §§ 873 Abs. 1 Var. 1, 925 Abs. 1 BGB Eigentum an dem Grundstück erworben haben. Eine wirksame Übereignung nach §§ 873 Abs. 1 Var. 1, 925 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass die Eigentümerin und der Erwerber sich über den Eigentumsübergang geeinigt haben, der Erwerber als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen wird und die Verfügende Verfügungsbefugt ist.

1. Wirksame dingliche Einigung (Auflassung)

Gem. § 925 Abs. 1 BGB müsste die Einigung in der vorgesehenen Form, also bei gleichzeitiger Anwe-

senheit beider Parteien vor einem Notar als zuständiger Stelle für die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück erklärt worden sein. V und K haben am 1.2.2024 im Kontext des schuldrechtlichen Kaufvertrages zugleich die dingliche Auflassung erklärt, sich also darüber geeinigt, dass das Eigentum am Grundstück von V auf K übergehen soll, §§ 145, 147 Abs. 1 S. 1 BGB.

Ergänzende Anmerkung: Eine hier erfolgte notarielle Beurkundung i.S.d. § 128 BGB der dinglichen Einigung ist bei der Auflassung nach § 925 Abs. 1 S. 1 BGB (vgl. den Wortlaut, der nur die „gleichzeitige Anwesenheit“ verlangt) explizit nicht erforderlich, jedoch aus Vollzugserfordernissen für das Grundbuchamt (§§ 20, 29 Abs. 1 S. 1 GBO) gängige Praxis.¹ Die Formfreiheit der dinglichen Einigung gilt insbesondere auch bei Formbedürftigkeit des zugrundeliegenden schuldrechtlichen Geschäfts (z.B. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB).²

2. Eintragung des K in das Grundbuch

Zwar hat V vollständig und formgerecht am 10.2.2024 die Eintragung des K als neuen Eigentümer beantragt (§ 13 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GBO). Das Grundbuchamt hat jedoch nicht K, sondern D am 20.2.2024 in das Grundbuch als Eigentümerin eingetragen. Damit liegen die Voraussetzungen des § 873 Abs. 1 Var. 1 BGB nicht vor. K wurde nicht als Eigentümer eingetragen.

3. Zwischenergebnis: Kein rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb des K

K ist damit nicht gem. §§ 873 Abs. 1 S. 1 Var. 1, 925 Abs. 1 BGB Eigentümer des Grundstücks geworden.

Anmerkung: Denkbar wäre es bereits hier, aufgrund notarieller Beurkundung der Auflassung nach § 873 Abs. 2 Var. 1 BGB ein etwaiges Anwartschaftsrecht des K am Grundstück anzusprechen. Da die Thematik des Anwartschaftsrechts des Auflassungsempfängers noch ausführlich in der Variante 1 diskutiert wird, empfiehlt es sich, an dieser Stelle noch nicht darauf einzugehen. Entscheiden sich Bearbeiter:innen jedoch bereits hier, kurz zu einem Anwartschaftsrecht des K Stellung zu nehmen, sollte dies nicht negativ bewertet werden, sofern der Gedanke schnell abgelehnt wird. Hierfür bietet es sich an, auf die fehlende Eintragung oder – mangels eigenem Eintragungsantrag – keinesfalls gesicherte Rechtsposition des K abzustellen, da V nach §§ 13 Abs. 1 S. 2 Var. 1, 31 S. 1 GBO ihren Antrag jederzeit zurückzunehmen kann.

III. Rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb der D durch Übereignung von V

Allerdings könnte D gem. §§ 873 Abs. 1 S. 1, 925 Abs. 1 BGB Eigentum am Grundstück erworben haben.

1. Wirksame dingliche Einigung (Auflassung)

V war ungeachtet der vorausgehenden Auflassung gegenüber K weiterhin verfügungsberechtigte Eigentümerin. Sie und D haben sich am 15.2.2024 anschließend an den schuldrechtlichen Kauf-

¹ Näher zur Form der Auflassung Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 22 Rn. 2–5.

² Zwar können die Funktionen einer Beurkundung auch für die Formbedürftigkeit der Auflassung sprechen; dies rechtfertigt aber nach ganz h.M. keine Abweichung vom insoweit klaren Wortlaut des § 925 Abs. 1 S. 1 BGB, vgl. BGH, Beschl. v. 13.2.2020 – V ZB 3/16 = NJW 2020, 1670 (1673).

vertrag auch dinglich über den Eigentumsübergang geeinigt (§§ 145, 147 Abs. 1 S. 1 BGB), indem sie zugleich die Auflassung (§ 925 Abs. 1 BGB) erklärten.

2. Eintragung der D in das Grundbuch

Anders als K wurde D am 20.2.2024 antragsgemäß (§ 13 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GBO) in das Grundbuch eingetragen, § 873 Abs. 1 Var. 1 GBO.

Ergänzende Anmerkung: Das Grundbuchamt hat mit Eintragung der D auch nicht gegen das Prioritätsprinzip gem. § 17 GBO verstoßen, da V vor erneuter Antragstellung für D am 16.2.2024 ihren Eintragungsantrag für K vom 10.2.2024 wirksam zurückgenommen hatte (§ 31 S. 1 GBO), die Eintragung des K noch nicht erfolgte (siehe oben) und K auch nicht einen eigenen Eintragungsantrag gestellt hat. Der Weg für eine Eintragung der D wurde also frei, weshalb das Grundbuchamt D auch zu Recht eingetragen hatte.

Auch liegt jedenfalls mit der dinglichen Einigung vom 15.2.2024 eine konkludent (§§ 133, 157 BGB) miterklärte Eintragungsbewilligung der V als von der Eintragung betroffene Voreingetragene (§ 39 GBO) vor, § 19 GBO (sog. formelles Konsensprinzip).

3. Verfügungsbefugnis des Veräußerers

V müsste entweder als nicht in ihrer Verfügungsmacht beschränkte Eigentümerin (grundsätzlich nach § 903 S. 1 BGB) oder sonst durch Gesetz oder Rechtsgeschäft Verfügungsbefugte sein. V hat ihr Eigentum am Grundstück nicht an K verloren (siehe oben); insbesondere bewirkt auch die (bindende) Einigung nach § 873 Abs. 1 und 2 BGB mit K vom 1.2.2024 keine Verfügungsbeschränkung.³ V konnte also als Eigentümerin wirksam über das Grundstück verfügen.

4. Zwischenergebnis: Eigentumserwerb der D

D hat von V gem. §§ 873 Abs. 1 Var. 1, 925 Abs. 1 BGB rechtsgeschäftlich Eigentum am Grundstück erworben.

IV. Ergebnis

D ist Eigentümerin des Grundstücks.

Frage 2: Herausgabeansprüche der D gegen L

Vorbemerkung: Da hier nur nach Herausgabeansprüchen der Gartengeräte der L gefragt ist, wäre es ein schwerwiegender Fehler, wenn die Bearbeiter:innen die Herausgabe auch der zu Besitzwechsel am 22.2.2024 noch im Keller befindlichen Gartengeräte prüfen würden. Entsprechende Herausgabeansprüche wären schon deswegen sinnlos, weil D mit Überlassung des Grundstücks am 22.2.2024 bereits Besitzerin dieser Gartengeräte ist und die Herausgabe daher nicht mehr verlangen kann.

³ Ausführlich dazu Lettmaier, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 873 Rn. 88 m.w.N.

I. Aus § 861 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch auf Herausgabe der Gartengeräte aus possessorischem Besitzschutz (§ 861 Abs. 1 BGB) besteht nicht, da D zu keinem Zeitpunkt im Besitz der Gartengeräte war.

D hatte vor Überlassung des Grundstücks am 22.2.2024 keine tatsächliche Gewalt über die Gartengeräte (§ 854 Abs. 1 BGB). Denkbar wäre allenfalls, eine (ggf. konkludenten) Einigung über den Besitzübergang zwischen V als früherer Besitzerin und D als Erwerberin gem. § 854 Abs. 2 BGB im Rahmen der Auflassung⁴ anzunehmen. Aber eine solche genügt nach § 854 Abs. 2 BGB nur dann zum Besitzserwerb, wenn D als Erwerberin in der Lage ist, die alleinige Gewalt über die Sache auszuüben, also die Möglichkeit zur physischen Einwirkung auf dieselbe hat.⁵ Von einer solchen Möglichkeit der physischen Einwirkung auf die sich im Kellerraum befindlichen Gegenstände kann frühestens mit der Übergabe der Schlüssel des Hauses⁶ am 22.2.2024 ausgegangen werden. Zu diesem Zeitpunkt hatte L die Gartengeräte aber bereits am 21.2.2024 entfernt, sodass auch dadurch kein Besitz der D begründet werden konnte.

Anmerkung: Eine Auseinandersetzung mit § 854 Abs. 2 BGB ist zu honorieren und kann nicht zwingend verlangt werden.

II. Aus § 985 BGB

D kann die Gartengeräte von L jedoch gem. § 985 BGB herausverlangen, wenn sie Eigentümerin der Gartengeräte und L nicht i.S.v. § 986 BGB zum Besitz berechtigte Besitzerin ist. Fraglich ist bereits, ob D überhaupt Eigentümerin der Gartengeräte geworden ist.

1. Ursprüngliche Eigentumslage

Die von L am 21.2.2024 fortgeschafften Gartengeräte standen ursprünglich in ihrem Eigentum. L hat ihr Eigentum auch nicht durch die Übergabe der Gartengeräte gem. § 929 S. 1 BGB an V verloren, da es bei einer leihweisen Überlassung an einer dinglichen Einigung hinsichtlich des Eigentumsübergangs fehlt. Da L schuldrechtlich nur eine Besitzüberlassung auf Zeit schuldete, konnte aus der Übergabe der Geräte aus Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers unter Berücksichtigung der erkennbaren Interessenlage gem. §§ 133, 157 BGB nicht auf einen Willen der L zur Eigentumsverschaffung geschlossen werden.

2. Verlust des Eigentums der L durch rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb der D von V

a) Gartengeräte als wesentliche Bestandteile des Grundstücks (§ 94 Abs. 1 S. 1 BGB) oder Gebäudes, §§ 93, 94 Abs. 2 BGB

D hätte jedenfalls dann Eigentum an den Gartengeräten erworben, wenn diese zur Zeit des Eigen-

⁴ So die (wohl) h.M., die von einer konkludenten Einigung im Rahmen der Auflassung ausgeht, vgl. etwa nur *Gutzeit*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2018, § 854 Rn. 41.

⁵ Vgl. *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 854 Rn. 60.

⁶ Im Einzelnen BGH, Urt. v. 20.12.1978 – VIII ZR 114/77 = NJW 1979, 714 (715); ob für die Möglichkeit der physischen Einwirkung dieser sog. „offene Besitz“ ausreichend ist, ist im Einzelnen strittig, befürwortend auch *Götz*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.4.2024, § 854 Rn. 96; kritisch etwa *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 854 Rn. 60.

tumserwerbs des Grundstücks am 20.2.2024 wesentliche Bestandteile des Grundstücks gem. § 94 Abs. 1 S. 1 BGB bzw. des Gebäudes gem. § 94 Abs. 2 BGB gewesen sind. Wesentliche Bestandteile können nicht Gegenstand eigener Rechte sein, sodass sich das Eigentum an dem Grundstück ohne Weiteres auf diese erstreckt. Mangels fester Verbindung bzw. Zusammenhang mit Grund und Boden (§ 94 Abs. 1 S. 1 BGB) könnten die Gartengeräte allenfalls wesentliche Bestandteile des Gebäudes nach §§ 93, 94 Abs. 2 BGB sein.

Hierfür müssten die Gartengeräte zur Herstellung in das Gebäude (d.h. das auf dem Grundstück stehende Haus) eingefügt worden sein (§§ 93, 94 Abs. 2 BGB). Eingefügt ist eine Sache erst, wenn sie an eine für sie bestimmte Stelle eingepasst wird, sodass eine Verbindung mit den sie umschließenden Stücken hergestellt wird;⁷ nicht ausreichend ist es daher, wenn die Gegenstände nur auf das Grundstück geschafft oder in das Gebäude hineingestellt wurden. Die Gartengeräte wurden nur in das Haus verbracht und für die Verwendung gelagert, dort aber nicht eingepasst und teilen daher nicht das rechtliche Schicksal des Grundstücks.

b) Einzelübereignung der Gartengeräte gem. §§ 929 ff. BGB

Als bewegliche, körperliche Gegenstände i.S.d. § 90 BGB können die Gartengeräte zunächst einzeln unter Wahrung des sachenrechtlichen Spezialitätsgrundsatzes nach den Vorschriften der §§ 929 ff. BGB übereignet werden, sofern die Einigung hinreichend bestimmt oder bestimmbar ist. Eine entsprechende auf den Eigentumsübergang der Gartengeräte gerichtete Einigung i.S.d. §§ 145, 147 Abs. 1 und 2 BGB liegt jedoch nicht vor. V und D einigten sich ausschließlich über den Eigentumsübergang am Grundstück, sodass eine Einzelübereignung nach den §§ 929 ff. BGB ausscheidet.

c) Übergang des Eigentums an den Gartengeräten mit Eigentumserwerb am Grundstück gem. §§ 926 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 S. 1 BGB

Allerdings bestimmt § 926 Abs. 1 S. 1 BGB, dass der Erwerber mit dem Eigentum am Grundstück auch das Eigentum an den zur Zeit des Erwerbs vorhandenen Zubehörstücken erwirbt, soweit sich Veräußerin und Erwerberin bei der Veräußerung über die Erstreckung auf das Zubehör (aa)) geeinigt haben. Wie sich aus der Differenzierung im Wortlaut des § 926 Abs. 1 S. 1 („soweit sie dem Veräußerer gehören“) und Abs. 2 („dem Veräußerer nicht gehören“) ergibt, scheidet ein Eigentumserwerb nach § 926 Abs. 1 BGB von vornherein aus, da die Gartengeräte jedenfalls nicht im Eigentum der V als Veräußerin stehen (siehe oben). Allenfalls kommt ein Eigentumserwerb der D nach § 926 Abs. 2 BGB unter den zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 932 ff. BGB in Betracht (bb)).

aa) Zubehöreigenschaft, § 97 BGB

Die Gartengeräte sind Zubehör, wenn sie bewegliche Sachen sind, die, ohne Bestandteile der Hauptsache zu sein,⁸ dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen bestimmt sind und zu ihr im räumlichen Verhältnis stehen, § 97 Abs. 1 S. 1 BGB. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Einstufung der Gartengeräte als Zubehör ist der Eigentumsübergang.⁹ Daher ist es unschädlich, dass L ihre Gartengeräte zu Besitzwechsel bereits fortgeschafft hat, denn bei Eintragung der D in das Grundbuch am

⁷ Bereits RG, Urt. v. 22.12.1903 – III 263/03 = RGZ 56, 288 (290 f.); RG, Urt. v. 5.5.1917 – V 11/17 = RGZ 90, 198 (200).

⁸ Die Gartengeräte sind weder wesentliche (siehe bereits unter Frage 1 II. 2. a)) noch einfache Bestandteile des Grundstücks oder Gebäudes; näher zum Begriff der Hauptsache *Ellenberger*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 97 Rn. 3.

⁹ Näher dazu *Diehn*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, § 926 Rn. 10 m.w.N.

20.2.2024 (Eigentumserwerb) befanden sich noch alle Gartengeräte im Keller des Hauses.

Der wirtschaftliche Zweck der Hauptsache, dem das Zubehör dienen muss, ergibt sich zunächst aus ihrer objektiven Beschaffenheit, im Übrigen ihrer tatsächlichen Nutzung oder anderen nach der Verkehrsauffassung maßgeblichen Umständen.¹⁰ Da V die Gartengeräte seit Jahren zur Pflege des häuslichen Gartens (nicht eines gewerblichen Betriebes oder Landguts, dann § 98 BGB) verwendet, dienen sie auch der Erhaltung und Pflege des Grundstücks im engeren Sinne. Auch stehen sie in einem räumlichen Verhältnis zum Grundstück, selbst, wenn man dieses Kriterium mit dem BGH in einem „örtlichen Zusammenhang“ eng betrachtet,¹¹ da sie sich im Keller des Hausgrundstückes befinden und ein örtlicher Zusammenhang daher jedenfalls vorhanden ist.

Problematisch ist jedoch, ob die Widmungsbestimmung auf Dauer i.S.d. § 97 Abs. 2 S. 1 BGB besteht. Schließlich hat L der V die Gartengeräte nur leihweise überlassen (§§ 598 ff. BGB). An der Dauerhaftigkeit fehlt es bereits, wenn die Nutzung von vornherein auf beschränkte Zeit angelegt war oder bei Indienstnahme schon feststand, dass der Gegenstand wieder aus dem Wirtschaftsverband der Hauptsache ausscheiden wird.¹² Zwar ergibt sich aus den gesetzlichen Vorschriften zur Leihe (insbesondere aus § 604 Abs. 1 BGB) eine grundsätzliche Rückgabepflicht. L und V haben jedoch keinen Endzeitpunkt vereinbart. Vielmehr hat L der V die Gartengeräte auf Jahre hinaus überlassen, von einer nur vorübergehenden oder vornherein beschränkten Zeit kann dementsprechend nicht ausgegangen werden. Nichts anderes ergibt sich aus der allgemeinen Verkehrsanschauung (§ 97 Abs. 1 S. 2 BGB) mit der Folge, dass die Gartengeräte Zubehör i.S.d. § 97 Abs. 1 S. 1, 926 Abs. 1 S. 1 BGB darstellen.

Anmerkung: Eine derart vertiefte Auseinandersetzung mit dem Tatbestandsmerkmal „auf Dauer“ ist nicht zu erwarten. Mit guter Begründung kann die Zubehöreigenschaft auch abgelehnt werden; dann ist aber jedenfalls hilfsgutachtlich noch auf § 926 Abs. 2 BGB einzugehen.

bb) Eigentumserwerb nach §§ 926 Abs. 2, 932 ff. BGB

D könnte das Eigentum an den Gartengeräten gutgläubig nach §§ 926 Abs. 2, 932 ff. BGB erworben haben. Unabhängig von den weiteren Voraussetzungen eines gutgläubigen Erwerbs nach den §§ 932 ff. BGB fehlt es hier bereits an einer dinglichen Einigung über den Eigentumsübergang. V und D haben sich zu keinem Zeitpunkt über den Eigentumsübergang an den Gartengeräten ausgetauscht. Über die fehlende dingliche Einigung i.R.d. § 926 Abs. 2 BGB hilft auch die parallel zu § 311c BGB konzipierte gesetzliche Vermutungsregel des § 926 Abs. 1 S. 2 BGB, wonach sich entsprechend der Lebenserfahrung (§§ 133, 157 BGB) die Einigung im Rahmen der Auflassung im Zweifel auch auf das Zubehör des Grundstücks erstreckt, nicht hinweg.¹³ Schon systematisch bezieht sich die Vermutungsregel des § 926 Abs. 1 S. 2 BGB ausschließlich auf den Eigentumserwerb nach § 926 Abs. 1 BGB. Mit einer vermuteten Einigung würde doch der Veräußerin unterstellt, den Willen zu haben, fremdes Zubehör zu veräußern und sich damit im Zweifel gegenüber der Eigentümerin pflichtwidrig zu verhalten. Dies wiegt umso schwerer, zumal der Veräußerin auch die Darlegungs- und Beweislast über die fehlende Einigung des Eigentumsübergangs auferlegt wird.¹⁴

¹⁰ Vgl. Mössner, in: BeckOGK BGB, Stand: 15.3.2024, § 97 Rn. 24 m.w.N. in Fn. 156.

¹¹ Der BGH stellt jedoch keine hohen Anforderungen an den „örtlichen Zusammenhang“, vgl. BGH, Urt. v. 19.3.1965 – V ZR 270/62 = DNotZ 66, 35 (36); kritisch Wieacker, AcP 148 (1943), 57 (94).

¹² Ausführlich zur vorübergehenden Benutzung von Zubehör Wieling, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 2 Rn. 44.

¹³ Ganz h.M., grundlegend unter Bezugnahme auf zahlreiche Kommentarliteratur BGH, Beschl. v. 18.2.2008 – II ZR 65/07 m.w.N.

¹⁴ Vgl. Ruhwinkel, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 926 Rn. 4.

Die Gartengeräte sind mangels dinglicher Einigung nicht von der Grundstücksübereignung mitumfasst.

Ergänzende Anmerkung: Anders ist die Eigentumslage an den Gartengeräten der V zu bewerten. Gem. § 926 Abs. 1 S. 2 BGB sind sie von der dinglichen Einigung über den Eigentumsübergang am Grundstück mitumfasst (§ 926 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB). D hat daher mit Eintragung ins Grundbuch zugleich Eigentum an den Gartengeräten der V erworben. Ein Herausgabeanspruch aus § 985 BGB (dann gegen V) besteht jedoch auch hier nicht mehr, weil D mit Besitzwechsel am 22.2.2024 bereits nach § 854 Abs. 1 sowie 2 BGB Besitzerin der Gartengeräte wurde (siehe bereits in der Vorbemerkung).

d) Zwischenergebnis: Kein Verlust des Eigentums

L hat ihr Eigentum nicht an D verloren.

3. Ergebnis

D hat keinen Anspruch auf Herausgabe der Gartengeräte gegen L aus § 985 BGB.

III. Aus § 1007 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch aus § 1007 Abs. 1 BGB besteht nicht, da die Anspruchstellerin (hier: D) frühere Besitzerin der Gartengeräte gewesen sein müsste. D hatte jedoch zu keinem Zeitpunkt Besitz an den Gartengeräten (siehe oben).

IV. Aus § 1007 Abs. 2 BGB

Der Anspruch aus § 1007 Abs. 2 BGB scheitert ebenso daran, dass D nie Besitzerin der Gartengeräte war.

Anmerkung: Da es sich um eine Sachenrechtsklausur handelt, liegt der Schwerpunkt auf den sachenrechtlichen Herausgabeansprüchen. Die weiteren Herausgabeansprüche sind hier nur der Vollständigkeit halber aufgeführt. Ihr Fehlen sollte nicht schwer gewichtet werden.

V. Aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB

Der Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB setzt zunächst eine taugliche Rechtsgutsverletzung voraus. Als solche kommen jedenfalls Verletzungen des Eigentums und (nach wohl h.M. auch des berechtigten) Besitzes in Betracht. D ist aber weder Eigentümerin noch hatte sie zu irgendeinem Zeitpunkt (berechtigten) Besitz an den Gartengeräten (siehe oben), weshalb kein Anspruch aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB besteht.

VI. Aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB (Eingriffskondiktion)

D könnte jedoch einen Anspruch aus Eingriffskondiktion gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB hinsichtlich der von L entfernten Gartengeräte haben. Zwar hat L die Gartengeräte in unmittelbaren Besitz genommen und daher die damit verbundene Nutzungsmöglichkeit erlangt, die unabhängig vom Vermögenswert auch einen erlangten Vorteil, mithin ein erlangtes Etwas darstellt. Dies geschah auch

nicht durch Leistung der Bereicherungsgläubigerin (hier: D), sondern durch eigenmächtige Inbesitznahme.

Der Anspruch scheitert aber jedenfalls daran, dass das Erlangte Etwas nicht auf Kosten der D erlangt wurde. Konkretisiert man das Kriterium „auf Kosten des Bereicherungsgläubigers“ mit der wohl h.M. nicht als Rechtswidrigkeits-, sondern als Zuweisungskriterium,¹⁵ ist ein Widerspruch zum wirtschaftlichen Zuweisungsgehalt einer absolut geschützten Rechtsposition erforderlich.¹⁶ D hatte jedoch keine Rechtsposition an den Geräten inne; vielmehr stand das Eigentum und der berechtigte Besitz der L zu (siehe oben).

Anmerkung: Dieser Anspruch ist fernliegend und muss nicht diskutiert werden. Darüber hinaus kann eine Auseinandersetzung mit der Nutzungsmöglichkeit als erlangtem Etwas und dem Widerspruch zum Zuweisungsgehalt einer absolut geschützten Rechtsposition von den Bearbeiter:innen nicht verlangt werden.

Variante 1: Eigentumslage am Grundstück

Die Beurteilung der Eigentumslage könnte sich durch die Antragstellung des K insofern ändern, als bei K ein Anwartschaftsrecht am Grundstück (I.) zum Vollrecht Eigentum erstarkt (II.) und damit K – und nicht D – Eigentümer des Grundstücks geworden ist.

I. Erwerb eines Anwartschaftsrechts am Grundstück durch eigene Antragstellung des K

K könnte infolge der eigenen Antragstellung auf Eintragung im Grundbuch als Eigentümer ein Anwartschaftsrecht erworben haben.¹⁷ Ein Anwartschaftsrecht ist ein dem Vollrecht Eigentum wesensähnliches Recht und ist gegeben, wenn von einem mehraktigen Entstehungstatbestand eines Rechtes schon so viele Erfordernisse erfüllt sind, dass von einer gesicherten Rechtsposition des Erwerbers gesprochen werden kann, die der Veräußerer nicht mehr einseitig zerstören kann.¹⁸ Ob auf dieser Grundlage bzw. unter welchen weiteren Voraussetzungen ein Anwartschaftsrecht an Grundstücken entstehen kann, ist umstritten:

1. Ablehnung der Lehre vom Anwartschaftsrecht

Denkbar wäre es, die Möglichkeit eines Anwartschaftsrechts an Grundstücken grundsätzlich abzulehnen.¹⁹ Für den Erwerber besteht selbst nach bindender (und unbedingter) Erklärung der Auflassung (§ 873 Abs. 2 Var. 1 BGB) und Stellung des Eintragungsantrages (§ 13 Abs. 1 S. 1 BGB) eine gewisse Gefahr, dass der Eigentumserwerb noch vereitelt wird.²⁰

¹⁵ Ausführlich dazu *Wendehorst*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2024, § 812 Rn. 123 ff. m.w.N. zur Rspr. des BGH und zahlreichen Stimmen in der Lit.

¹⁶ Eine absolut geschützte Rechtsposition zeichnet sich in Anlehnung an § 903 S. 1 BGB durch die ausschließliche Dispositionsbefugnis (Ausschluss- und Zuweisungsgehalt) aus, vgl. etwa BGH, Urt. v. 9.3.1989 – I ZR 189/86 = NJW 1990, 52 (52) m.w.N.

¹⁷ Allgemein zum Anwartschaftsrecht an Grundstücken die sehr gute Übersicht von *Weber*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2024, § 925 Rn. 201 ff.

¹⁸ Dies ist die gängige Definition des BGH, vgl. BGH, Urt. v. 11.11.1983 – V ZR 211/82 = NJW 1984, 973 (973) m.w.N.

¹⁹ Vgl. *Habersack*, JuS 2000, 1145 (1148); OLG Celle, Urt. v. 24.1.1958 – 4 U 30/55 = NJW 1958, 870 (871).

²⁰ Das Grundbuchamt könnte den Antrag (ggf. zu Unrecht) nach § 18 Abs. 1 S. 1 GBO zurückweisen oder dem Prioritätsprinzip des § 17 GBO zuwiderhandeln, vgl. *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 29. Aufl. 2023, Rn. 469.

Ergänzende Anmerkung: Der schuldrechtliche Übereignungsanspruch bewirkt im Liegenschaftsrecht schon ausreichend Schutz, da dieser seinerseits durch eine Vormerkung (§ 883 BGB) sicherungsfähig ist. Vor diesem Hintergrund wird argumentiert, dass das Anwartschaftsrecht sich ohnehin in der Vormerkungswirkung erschöpft und im Ergebnis überflüssig sei.²¹ Nicht zuletzt ist der durch das Grundbuchamt zu Unrecht nicht Eingetragene über Amtshaftungsansprüche ausreichend geschützt.

2. Anwartschaftsrecht bei Bindungswirkung der Auflassung, § 873 Abs. 2 BGB

Dem entgegen könnte man bereits die Bindungswirkung der Auflassung gem. § 873 Abs. 2 BGB für die Begründung eines Anwartschaftsrechts ausreichen lassen.²² Auf dieser Grundlage ist mit notarieller Beurkundung der Auflassung am 1.2.2024 bereits ein Anwartschaftsrecht entstanden.

Ergänzende Anmerkung: Im Ergebnis überzeugt diese Ansicht nicht, da dadurch selbst bei bindend erklärter Auflassung nach § 873 Abs. 2 BGB ein Anwartschaftsrecht entstehen könnte, obwohl sich die Parteien einig sind, dass der Eigentumsübergang erst später abgewickelt werden soll.²³

3. Anwartschaftsrecht erst bei Eintragungsantrag des Auflassungsempfängers

Schließlich wäre es möglich, dass ein Anwartschaftsrecht schon, aber immer erst dann entsteht, wenn der Auflassungsempfänger gegen widersprechende Verfügungen oder Verlust der Verfügungsbefugnis des Veräußerers geschützt ist.²⁴ Bei einem Eintragungsantrag des Auflassungsempfängers gewährleistet etwa das Prioritätsprinzip des § 17 GBO ausreichenden Schutz. Demnach wäre mit Antragstellung des K am 10.2.2024 (nicht der V, wegen §§ 13 Abs. 1 S. 2 Var. 1, 31 S. 1 GBO!) ein Anwartschaftsrecht entstanden.

4. Streitentscheid?

Demzufolge entstünde nur nach erster Ansicht kein Anwartschaftsrecht. Nach gegebener Fragestellung ist ein Streitentscheid jedoch entbehrlich, wenn sich auch durch das Anwartschaftsrecht nichts an der Eigentumslage ändert.

Anmerkung: Der Erwerb eines Anwartschaftsrechts sollte erkannt und diskutiert werden. Darstellungen in dieser Tiefe und die Kenntnis aller Ansichten können von den Studierenden im dritten Semester (auch aus Zeitgründen) keinesfalls erwartet werden und dienen hier der didaktischen Vermittlung. Argumente, die sich mit dem Prioritätsprinzip und dem Unterschied eines Anwartschaftsrechts bei beweglichen/unbeweglichen Sachen auseinandersetzen, sind zu honorieren.

²¹ Das sind die wesentlichen Argumente gegen ein vormerkungsgestütztes Anwartschaftsrecht, vgl. *Habersack*, JuS 2000, 1145 (1147); *Mülbert*, AcP 202 (2002), 912 (926 ff.).

²² Grundlegend für den weiteren Rechtsstreit *Reinicke/Tiedtke*, NJW 1982, 2281 (2285 f.).

²³ Insbesondere ist eine solche Vereinbarung möglich; § 873 Abs. 2 BGB stünde ihr nicht entgegen, so auch BGH, Beschl. v. 1.12.1988 – V ZB 10/88 = NJW 1989, 1093 (1094).

²⁴ Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ist mit einer Eintragung zu rechnen, da ein Rechtserwerb dann nur noch durch einen Fehler des Grundbuchamts verhindert werden kann; dies ist st. Rspr. des BGH, vgl. etwa BGH, Urt. v. 30.4.1982 – V ZR 104/81 = NJW 1982, 1639 (1640) m.w.N.; *Ruhwinkel*, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2023, § 925 Rn. 37.

II. Erstarken des Anwartschaftsrechts

Nimmt man mit der h.M. die Existenz eines Anwartschaftsrechts des Auflassungsempfängers an, wäre für ein Erstarken zum Vollrecht Eigentum aber weiterhin eine Eintragung des K als Eigentümer erforderlich. Da das Grundbuch hier entgegen dem Antrag des K, jedoch D einträgt, kommt es nicht zum Erstarken des Anwartschaftsrechts. Das Grundbuchamt wird nach Eintragung der D den Eintragungsantrag des K zurückweisen, da es schon an einer Eintragungsbewilligung der D als Voreingetragene fehlt (§ 19, 39 GBO). Ab diesem Zeitpunkt erlischt auch das Anwartschaftsrecht.²⁵

III. Ergebnis

An der Eigentumslage ändert sich durch die zusätzliche Antragstellung des K nichts. D ist durch die Eintragung Eigentümerin des Grundstücks geworden.

Variante 2: Erwirkung eines Widerspruches

Zu prüfen ist, ob K die Eintragung eines Widerspruches in das Grundbuch erwirken kann.

I. Eintragung eines Widerspruches nach § 899 Abs. 1 BGB

Gem. § 899 Abs. 1 BGB kann in den Fällen des § 894 BGB ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen werden. Ein Fall des § 894 BGB liegt vor, wenn das Grundbuch unrichtig ist, also eine Divergenz zwischen Grundbuchinhalt (formelle Rechtslage) und wirklicher (materieller) Rechtslage besteht, und die Sachlegitimation der Parteien gegeben ist.

1. Formelle Rechtslage

Im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen ist D.

2. Materielle Rechtslage

Fraglich ist, ob D materiell-rechtliche Inhaberin des zu ihren Gunsten eingetragenen Rechts ist. Dies ist hier der Fall, da obschon des Eintragungsantrages des K nicht er, sondern D mit der Eintragung in das Grundbuch gem. §§ 873 Abs. 1 Var. 1, 925 Abs. 1 S. 1 BGB rechtsgeschäftlich das Eigentum erworben hat. Indem das Grundbuchamt die D einträgt, verstößt es gegen das Prioritätsprinzip des § 17 GBO, weil es zuerst den zeitlich vorrangigen Eintragungsantrag des K hätte bearbeiten müssen.

Etwaige Verfahrensmängel nach der GBO im Zusammenhang mit der Eintragung (wie ein Verstoß gegen das Prioritätsprinzip nach § 17 GBO) hindern die materielle Wirksamkeit einer vollzogenen Eintragung nicht, sofern nicht zugleich gegen materiell-rechtliche Vorschriften zum Rechtserwerb verstoßen wird.²⁶ § 17 GBO stellt somit nur eine verfahrensrechtliche Ordnungsvorschrift dar, deren Verletzung das Grundbuch nicht unrichtig macht. Nichtig und damit auch materiell unbeachtlich sind nur Eintragungen infolge evidenter, schwerwiegender Verfahrensmängel,²⁷ die hier ersichtlich nicht

²⁵ Dies gilt selbst im Falle unberechtigter Zurückweisung, im Einzelnen *Weber*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2024, § 925 Rn. 226 m.w.N. in Fn. 626.

²⁶ Ganz h.M., vgl. etwa nur *Demharter*, Grundbuchordnung, Kommentar, 33. Aufl. 2023, § 17 Rn. 17 m.w.N.

²⁷ Gemeint sind z.B. sachliche Unzuständigkeit, Zwang oder Drohung, da derartige Eintragungen keinen öffentlichen Glauben entfalten können, vgl. *Lettmaier*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 873 Rn. 103.

vorliegen.

Das Grundbuch ist somit richtig. Der Grundbuchinhalt stimmt mit der wirklichen materiellen Rechtslage überein und es liegt kein Fall des § 894 BGB vor.

3. Ergebnis

Die Voraussetzungen für die Eintragung eines Widerspruches nach § 899 Abs. 1 BGB liegen nicht vor. K kann die Eintragung eines Widerspruches daher nicht nach § 899 Abs. 1 BGB erwirken.

Ergänzende Anmerkung: In diesem Ergebnis zeigt sich zugleich das stärkste Argument gegen die Bejahung eines Anwartschaftsrechts des Auflassungsempfängers, denn § 17 GBO sichert den Auflassungsempfänger weit weniger stark ab als § 161 BGB den Vorbehaltskäufer einer beweglichen Sache.

II. Eintragung eines Amtswiderrpruches nach § 53 Abs. 1 GBO

K kann die Eintragung eines Widerspruches auch nicht von Amts wegen nach § 53 Abs. 1 GBO erwirken. Zwar erfasst § 53 Abs. 1 GBO auch die Verletzung von verfahrensrechtlichen Vorschriften, wie etwa den hier einschlägigen § 17 GBO (arg. Wortlaut „gesetzliche Vorschriften“). Jedoch müsste in der Folge ebenso das Grundbuch „unrichtig“ geworden sein. Da sich dies parallel zu § 894 BGB beurteilt,²⁸ deckt sich der Anwendungsbereich des § 53 Abs. 1 GBO mit dem des § 899 BGB.

III. Ergebnis

K kann die Eintragung eines Widerspruches nicht erwirken.

²⁸ Vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 395.

Fortgeschrittenenklausur Versammlungsrecht: „Die Freitags-Demonstration“*

Prof. Dr. Johannes Dietlein, Wiss. Mitarbeiter Lucas Walge, Düsseldorf**

Sachverhalt

F hat als Veranstalter zu einer Freitags-Demonstration für den Klimaschutz in die nordrhein-westfälische kreisfreie Stadt D eingeladen. Die Veranstaltung, zu der er etwa 1.000 Teilnehmer erwartet, hat er beim Polizeipräsidenten der Stadt D als der für das Versammlungsrecht zuständigen Kreispolizeibehörde ordnungsgemäß angezeigt. Die Polizei hält in Anbetracht der sich zuspitzenden klimapolitischen Lage gewalttätige Ausschreitungen für möglich. So war es bereits bei einer früheren von F geleiteten Freitags-Demonstration in D zu – wie es in dem einschlägigen Polizeibericht heißt – „gefährlichen Verhaltensweisen“ der Teilnehmer gekommen, namentlich zum Entzünden von Pyrotechnik sowie zu polizeifeindlichen Aussagen.

Als mögliches neues Risiko befürchtet die Polizei eine missbräuchliche Verwendung von Glasflaschen als Schlagwerkzeuge oder Wurfgeschosse gegen Polizeibeamte; hohe Verletzungsrisiken sieht die Polizei insbesondere auch in einem möglichen Herumliegen von Glasscherben. Unter Verweis auf diese Risiken erlässt der Polizeipräsident gegenüber F als Versammlungsleiter in formell ordnungsgemäßer Weise eine Anordnung, derzufolge bei der Versammlung keine Glasflaschen und Glasbehältnisse mitgeführt werden dürfen. Außerdem wird F dazu verpflichtet, für jeweils 10 Teilnehmer einen Ordner vorzuhalten, um i.S.d. § 6 Abs. 1 S. 1 VersG NRW den geordneten Ablauf der Versammlung zu gewährleisten. Hinsichtlich beider Anordnungen ordnet die Behörde die sofortige Vollziehbarkeit an, die sie mit „unmittelbaren Gefahren durch die Versammlung“ begründet.

F hält die an ihn adressierten Maßnahmen für rechtswidrig. Es gehe nicht an, dass die Polizei irgendwelche Gefahren konstruiere, um ihn dann mit Anordnungen zu drangsalieren. Erst recht könne die Verantwortlichkeit für die Sicherheit einer Versammlung nicht einfach auf den Veranstalter abgewälzt werden. Auch im Rahmen einer Versammlung sei Gefahrenabwehr, wie z.B. § 14 VersG NRW deutlich mache, eine genuin staatliche Aufgabe. Genau deshalb sehe § 6 Abs. 2 S. 1 VersG NRW lediglich vor, dass sich die Versammlungsleitung der Hilfe von Ordnern bedienen „kann“, aber eben nicht „muss“. Folgerichtig könne er auch nicht zu einem solchen Einsatz verpflichtet werden. Ohnehin sei die Anzahl von einem Ordner pro zehn Teilnehmer völlig überhöht und letztlich „aus der Luft gegriffen“.

Angesichts der in wenigen Tagen stattfindenden Demonstration bittet F um Prüfung, ob ein Antrag auf einstweiligen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz gegen die Anordnungen des Polizeipräsidenten Aussicht auf Erfolg hat.

Bearbeitungshinweis

Gehen Sie auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. hilfsgutachtlich – ein.

* Der Fall ist angelehnt an VG Düsseldorf, Beschl. v. 9.2.2022 – 18 L 250/22 = BeckRS 2022, 3433. Für wertvolle Unterstützung danken wir unseren Stud. Hilfskräften Herrn Jan Hendrik Bergmann und Herrn Johannes Mann. Der Fall wurde in leicht abgewandelter Form im Wintersemester 2023/24 als zweistündige Klausur im Rahmen der Veranstaltung „Übung im öffentlichen Recht (Teil 2)“ gestellt.

** Prof. Dr. Johannes Dietlein ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Verwaltungslehre an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Lucas Walge ist Wiss. Mitarbeiter am genannten Lehrstuhl.

Lösungsvorschlag

A. Zulässigkeit	716
I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs.....	716
II. Statthafte Rechtsschutzform	718
III. Antragsbefugnis.....	718
IV. Vorverfahren.....	719
V. Frist	719
VI. Richtiger Antragsgegner.....	719
VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit.....	720
VIII. Zuständigkeit des Gerichts.....	720
IX. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis	720
1. Notwendigkeit einer vorherigen Klageerhebung in der Hauptsache	720
2. Keine offensichtliche Unzulässigkeit der Klagen	721
3. Zwischenergebnis.....	721
X. Zwischenergebnis	721
B. Objektive Antragshäufung	721
C. Begründetheit.....	722
I. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung	722
1. Zuständigkeit.....	722
2. Verfahren	722
3. Form.....	723
4. Zwischenergebnis.....	724
II. Interessenabwägung.....	724
1. Glasverbot.....	725
a) Ermächtigungsgrundlage.....	725
b) Formelle Rechtmäßigkeit.....	726
c) Materielle Rechtmäßigkeit	726
aa) Tatbestand	726
(1) Tatbestandsvoraussetzungen des § 13 Abs. 1 S. 1 VersG NRW	726
(2) Tauglicher Adressat (hilfsgutachtlich)	728
(3) Zwischenergebnis.....	728
bb) Rechtsfolge (hilfsgutachtlich).....	729
d) Zwischenergebnis.....	730
2. Ordneranordnung	730

a) Ermächtigungsgrundlage.....	730
b) Formelle Rechtmäßigkeit.....	730
c) Materielle Rechtmäßigkeit.....	731
aa) Tatbestand	731
(1) Tatbestandsvoraussetzungen des § 13 Abs. 1 S. 1 VersG NRW	731
(2) Tauglicher Adressat	732
(3) Zwischenergebnis.....	732
bb) Rechtsfolge.....	732
d) Zwischenergebnis.....	734
III. Zwischenergebnis	734
D. Ergebnis.....	734

Vorbemerkung: Der Fall betrifft mit dem Versammlungsrecht eine für die Bearbeiter nicht „alltägliche“ Materie, die allerdings enge Bezüge zu den Grundrechtsfragen des Art. 8 GG aufweist. Zu beachten ist zudem, dass das Versammlungsrecht seit der Neufassung des § 11 Abs. 2 Nr. 13 lit. a JAG NRW n.F.¹ („[...] sowie im Überblick das Versammlungsrecht“) nunmehr zum Pflichtfachstoff des öffentlichen Rechts zählt und damit eine größere Prüfungsrelevanz gewinnen dürfte. Dabei ergeben sich auf Grundlage des noch immer recht „jungen“ nordrhein-westfälischen Versammlungsgesetzes² viele interessante Rechtsfragen, die sich auch für Examensklausuren eignen.³ Das Versammlungsrecht gilt es daher im Blick zu halten.

Aus didaktischen Gründen ist der nachfolgende Lösungsvorschlag besonders umfassend und kann selbst von einer sehr guten Bearbeitung nicht erwartet werden.

Der Antrag des F hat Erfolg, wenn er zulässig und soweit er begründet ist.

A. Zulässigkeit

Der Antrag des F müsste zulässig sein.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Für den Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz ist das Gericht der Hauptsache zuständig, vgl. §§ 80 Abs. 5 S. 1, 123 Abs. 2 S. 1 VwGO.⁴ Zur Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs im einstweiligen Rechtsschutz müsste dieser also in der Hauptsache eröffnet sein.

¹ Neu gefasst durch Gesetz vom 9.11.2021 (GV. NRW. 2021, S. 1190).

² Versammlungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (VersG NRW) vom 17.12.2021 (GV. NRW. 2022, S. 2).

³ Hierzu im Überblick *Dietlein/Hellermann*, Öffentliches Recht in NRW, 10. Aufl. 2024, § 3 Rn. 295 ff.

⁴ Gleiches gilt auch für die Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO und nach § 80a VwGO. Beide Vorschriften sprechen zwar nur vom „Gericht“; aufgrund der Systematik ist aber eindeutig, dass hiermit das Gericht der Hauptsache (im Falle des § 47 Abs. 6 VwGO das Oberverwaltungsgericht) gemeint ist, vgl. auch *Giesberts*, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.4.2024, § 47 Rn. 93; *Gersdorf*, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.1.2024, § 80a Rn. 41.

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich dies nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 VwGO. Hiernach ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben und die Streitigkeit nicht durch Bundes- oder Landesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen ist. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt jedenfalls vor, wenn die streitentscheidende Norm öffentlich-rechtlicher Natur ist. Das ist der Fall, wenn die entscheidungserheblichen Normen ausschließlich einen Hoheitsträger in eben dieser Funktion berechtigen oder verpflichten (sog. modifizierte Subjektstheorie). Hier kommt als streitentscheidende Norm § 13 Abs. 1 S. 1 VersG NRW in Betracht. Dieser ermächtigt die zuständige Behörde, Versammlungen unter freiem Himmel zu beschränken, und berechtigt bzw. verpflichtet damit die Versammlungsbehörde (vgl. hierzu § 32 VersG NRW) als Hoheitsträger in ihrer Funktion als solche. Es liegt eine öffentlich-rechtliche Norm und damit eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor.

Anmerkung: Die Begründung der öffentlich-rechtlichen Eigenschaft von § 6 VersG NRW mithilfe der modifizierten Subjektstheorie bereitet hingegen Schwierigkeiten, weil die Vorschrift die Pflichten und Befugnisse der Versammlungsleitung regelt. Man könnte die Frage aufwerfen, ob es sich bei der Versammlungsleitung – aufgrund der ihr zustehenden Ordnungsgewalt – um einen „Hoheitsträger“ bzw. um einen „staatsnahen Rechtsträger“ im Sinne der modifizierten Subjektstheorie⁵ handelt. Nach herrschender Auffassung ist die Versammlungsleitung allerdings nicht Beliehene, sondern „Selbstverwaltungsorgan“ der Versammlung.⁶ Sie nimmt nicht übertragene hoheitliche Rechte, sondern eigene Rechte wahr, die wiederum aus Art. 8 Abs. 1 GG folgen;⁷ § 6 VersG NRW wird demgemäß so verstanden, dass die Versammlungsleitung das Leitungsrecht für den Veranstalter ausübt, nicht für die Polizei.⁸ Schließlich werden die Anordnungen des Versammlungsleiters gemeinhin auch nicht als Verwaltungsakte angesehen.⁹ Ob eine öffentlich-rechtliche Eigenschaft von § 6 VersG NRW mithilfe anderer Ansätze zur Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht begründet werden kann, kann im Ergebnis dahinstehen, weil einzig § 13 Abs. 1 Abs. 1 VersG NRW – bei inzidenter Prüfung weiterer Normen – letztlich die Antwort auf die Frage gibt, ob die gegenständlichen Anordnungen erlassen werden durften. „Streitentscheidend“ für die Anordnungen ist damit allein § 13 Abs. 1 S. 1 VersG NRW.

Zudem müsste die Streitigkeit auch eine solche nichtverfassungsrechtlicher Art sein. Eine Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art liegt vor, wenn nicht Verfassungsorgane oder deren Teile um Rechte aus der Verfassung streiten und der Streitgegenstand auch nicht im Übrigen aufgrund gesetzlicher Zuständigkeitsvorschriften den Verfassungsgerichten vorbehalten ist. Bei F und der Polizei bzw. dem Land NRW handelt es sich weder um Verfassungsorgane noch streiten diese um Verfassungsrecht; eine verfassungsgerichtliche Zuständigkeitsvorschrift ist nicht ersichtlich. Es handelt sich vorliegend also auch um eine Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art.

Eine abdrängende Sonderzuweisung i.S.d. § 40 Abs. 1 S. 1, S. 2 VwGO ist nicht gegeben.

⁵ Zu dieser Lesart der modifizierten Subjektstheorie *Reimer*, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.1.2023, § 40 Rn. 45.4.

⁶ Zum BVersG *Enders*, in: Dürig-Friedl/Enders, Versammlungsrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2022, VersammlG § 7 Rn. 8, § 11 Rn. 8; a.A. *Gusy*, JuS 1986, 612.

⁷ *Herbst*, in: BeckOK POR NRW, Stand: 1.2.2024, VersG NRW § 6 Rn. 24; zum BVersG *Kniesel/Poscher*, in: Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl. 2021, Kap. J Rn. 222.

⁸ *Ullrich*, in: Ullrich/Braun/Roitzheim, VersG NRW, Kommentar, 2022, § 6 Rn. 26; zum BVersG *Ott/Wächtler/Heinhold*, VersG, Kommentar, 7. Aufl. 2010, § 8 Rn. 6.

⁹ *Ullrich*, in: Ullrich/Braun/Roitzheim, VersG NRW, Kommentar, 2022, § 6 Rn. 7; zum BVersG *Kniesel/Poscher*, in: Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl. 2021, Kap. J Rn. 357.

Der Verwaltungsrechtsweg ist in der Hauptsache und damit auch für das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes eröffnet.

II. Statthafte Rechtsschutzform

Die statthafte Antragsart richtet sich nach dem Begehren des Antragstellers, vgl. §§ 122 Abs. 1, 88 VwGO. F begehrt hier angesichts der in wenigen Tagen stattfindenden Freitags-Demonstration einstweiligen Rechtsschutz gegen die Anordnungen zur Zulässigkeit von Glasflaschen und Glasbehältnissen sowie zur Bereitstellung von Ordnern.

Der einstweilige Rechtsschutz ist in den §§ 80 Abs. 5, 80a, 123 Abs. 1 und 47 Abs. 6 VwGO geregelt, wobei letzterer vorliegend offensichtlich nicht einschlägig ist. Abzugrenzen ist mithin zwischen den §§ 80 Abs. 5, 80a VwGO und § 123 Abs. 1 VwGO. Dabei ist ein Vorgehen nach § 123 Abs. 1 VwGO gegenüber einem solchen gem. §§ 80 Abs. 5, 80a VwGO subsidiär, vgl. § 123 Abs. 5 VwGO. Zu prüfen ist daher, ob ein Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO statthaft ist. Das ist dann der Fall, wenn die Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs gegen einen Verwaltungsakt begehrt wird, im Hauptsacheverfahren also eine Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO statthaft ist. Im Hauptsacheverfahren geht es F um eine Aufhebung der Anordnungen zur Zulässigkeit von Glasflaschen und Glasbehältnissen sowie zur Bereitstellung von Ordnern. Dabei handelt es sich jeweils um einseitig-autoritative, d.h. hoheitliche, Maßnahmen einer Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, also einer Behörde i.S.d. § 1 Abs. 4 VwVfG; die Anordnungen haben einen konkret-individuellen Bezug, finden auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts statt und entfalten Außenwirkung. Sie begründen die rechtsverbindlichen Pflichten, keine Glasflaschen und Glasbehältnisse mitzuführen bzw. für jeweils zehn Teilnehmer mindestens einen Ordner vorzuhalten, und sind damit darauf gerichtet, unmittelbar eine Rechtsfolge zu setzen; sie entfalten also Regelungswirkung. Sowohl bei der Anordnung zur Zulässigkeit von Glasflaschen und Glasbehältnissen als auch bei der Anordnung zur Bereitstellung von Ordnern handelt es sich mithin um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG. Damit ist die Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO im Hauptsacheverfahren jeweils die statthafte Klageart. Folglich ist § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO die statthafte Antragsart im einstweiligen Rechtsschutz.

Ein entsprechender Antrag ist nur dann statthaft, wenn etwaigen Rechtsbehelfen gegen die Verwaltungsakte keine aufschiebende Wirkung zukommt. Im Grundsatz entfaltet jede Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung, vgl. § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO. Vorliegend entfällt die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklagen des F allerdings gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO aufgrund der mit den Anordnungen verbundenen Anordnung der sofortigen Vollziehung durch die Versammlungsbehörde. F begehrt mithin die „Wiederherstellung“ der aufschiebenden Wirkung seiner Anfechtungsklagen. Damit ist mit Blick auf beide Anordnungen jeweils der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO statthaft.

Die prozessuale Zulässigkeit der hier erfolgten Antragshäufung ist nach erfolgter Zulässigkeitsprüfung unter Punkt B. zu prüfen.

III. Antragsbefugnis

Dem Grundkonzept subjektiven Rechtsschutzes der VwGO folgend verlangt auch der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO eine Antragsbefugnis

nach § 42 Abs. 2 VwGO analog.¹⁰ Die Antragsbefugnis folgt dabei der Klagebefugnis für die Anfechtungsklage. Danach müsste F geltend machen, durch die von der Versammlungsbehörde ausgesprochenen Anordnungen in seinen Rechten verletzt zu sein. Dazu müsste die Verletzung subjektiver Rechte des F möglich, d.h. nicht nach jeder erdenklichen Betrachtungsweise schlechthin ausgeschlossen sein (sog. Möglichkeitstheorie). Aufgrund seiner Adressateneigenschaft bzgl. der Anordnungen ist eine Verletzung jedenfalls der allgemeinen Handlungsfreiheit des F aus Art. 2 Abs. 1 GG möglich. Naheliegend ist auch eine mögliche Verletzung seiner Versammlungsfreiheit aus Art. 8 Abs. 1 GG. F ist damit in der Hauptsache klagebefugt i.S.d. § 42 Abs. 2 VwGO. Daraus folgt die mögliche Verletzung in seinen Rechten durch den drohenden Vollzug der Anordnungen. F ist somit antragsbefugt.

IV. Vorverfahren

Fraglich ist, ob F bei der Versammlungsbehörde zunächst die Aussetzung der Vollziehung gem. § 80 Abs. 4 S. 1 VwGO hätte beantragen müssen. Ein solcher Antrag ist gem. § 80 Abs. 6 S. 1 VwGO aber nur für den Fall des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwGO eine Zulässigkeitsvoraussetzung. Vorliegend entfällt die aufschiebende Wirkung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO (siehe oben), sodass im Umkehrschluss zu § 80 Abs. 6 S. 1 VwGO das Erfordernis eines solchen Antrags nicht besteht.¹¹

Anmerkung: Da im Falle seiner Statthaftigkeit der Antrag auf Aussetzung der Vollziehung bei der zuständigen Behörde zu einer einfacheren und effizienteren Rechtsschutzerlangung führen könnte, kann die Prüfung dieses Aspekts auch unter dem Prüfungspunkt „Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis“ (hier IX.) erfolgen.¹² Eine wie hier vorgenommene Einordnung dieses Aspekts in die „tradierten“ Zulässigkeitsvoraussetzungen, die man als besondere Ausprägungen des Rechtsschutzbedürfnisses verstehen kann,¹³ ist gleichermaßen gut vertretbar.

V. Frist

§ 80 Abs. 5 VwGO enthält keine Fristvorgabe für den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung; eine fachrechtliche versammlungsrechtliche Antragsfrist¹⁴ besteht nicht.

VI. Richtiger Antragsgegner

Richtiger Antragsgegner ist nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog bzw. nach dem diesem zugrundeliegenden Rechtsträgerprinzip der Rechtsträger der Behörde, die die angefochtenen Verwaltungsakte erlassen hat. Die Anordnungen wurden erlassen von der für das Versammlungsrecht zuständigen Kreispolizeibehörde (vgl. § 32 VersG NRW i.V.m. KreisPolBehVO NRW). Rechtsträger dieser ist das Land Nordrhein-Westfalen, vgl. § 1 POG NRW. Richtiger Klagegegner ist mithin das Land Nordrhein-Westfalen.

¹⁰ Gersdorf, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.1.2024, § 80 Rn. 162; Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 41. Lfg., Stand: Juli 2021, VwGO § 80 Rn. 462 f.

¹¹ Vgl. hierzu Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2024, § 32 Rn. 35; Schoch, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2021, § 34 Rn. 120; Spitzlei, Jura 2019, 600 (602).

¹² So etwa bei Herbolsheimer, JuS 2024, 24 (27).

¹³ Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 29. Aufl. 2023, Vorb. § 40 Rn. 32.

¹⁴ Hierzu näher Schoch, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2021, § 34 Rn. 114.

VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

F ist als natürliche Person gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligtenfähig und nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO i.V.m. §§ 2, 104 ff. BGB prozessfähig. Das Land NRW ist gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO als juristische Person beteiligtenfähig und gem. § 62 Abs. 3 VwGO prozessfähig.

Anmerkung: Die genaue Ausgestaltung der Vertretung für das Land NRW in Rechtsstreitigkeiten richtet sich nach Art. 57 S. 2 LV NRW i.V.m. Abschnitt 2 des Vertretungserlasses NRW vom 18.8.2023 (MBL NRW 2023, S. 928). Eine vorrangige Vertretungsbefugnis kommt hiernach den Polizeibehörden (hier wohl wahrgenommen durch den Polizeipräsidenten der Stadt D) zu; das Innenministerium besitzt jedoch das Recht, die gerichtliche Vertretung bei Rechtsstreitigkeiten von besonderer Bedeutung an sich zu ziehen (Abschnitt 2 Ziff. 4).

VIII. Zuständigkeit des Gerichts

Die Zuständigkeit des Gerichts ergibt sich aus §§ 45, 52 VwGO.

IX. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Schließlich müsste ein allgemeines Rechtsschutzbedürfnis des F bestehen. Dieses entfällt, wenn F sein Ziel mit der begehrten Entscheidung entweder nicht erreichen kann oder es etwaige andere, schnellere und effektivere Möglichkeiten zur Rechtsschutzerlangung gibt.

1. Notwendigkeit einer vorherigen Klageerhebung in der Hauptsache

Fraglich ist, ob es vor der Antragstellung auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung einer Rechtsbehelfseinlegung, genauer wegen § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO i.V.m. § 110 Abs. 1 S. 1 JustG NRW einer Klageerhebung, in der Hauptsache bedarf. Obwohl der Sachverhalt keine Information über eine etwaige vorherige Klageerhebung enthält, andererseits aber keine „Fehler“ in den Sachverhalt hineingelesen werden dürfen, erschiene es möglich, hier von einer gleichzeitigen Klageerhebung auszugehen. Die Streitfrage könnte damit dahinstehen.¹⁵

Anmerkung: Für die Notwendigkeit einer vorherigen Rechtsbehelfseinlegung in der Hauptsache könnte vor allem das „Gebot der Logik“ sprechen.¹⁶ Denn Ziel des Antrags ist die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklage (siehe II.); damit diese aber „wiederhergestellt“ werden kann, ist die vorherige Erhebung der Klage notwendig. Gegen die Notwendigkeit einer vorherigen Rechtsbehelfseinlegung in der Hauptsache spricht andererseits die Vorschrift des § 80 Abs. 5 S. 2 VwGO.¹⁷ Hiernach ist der Antrag ausdrücklich schon vor Erhebung der Anfechtungsklage zulässig.

¹⁵ Zum klausurtaktischen Vorgehen bei diesem Problem *Spitzlei*, Jura 2019, 600 (602).

¹⁶ *Hoppe*, in: Eyermann, VwGO, Kommentar, 16. Aufl. 2022, § 80 Rn. 81; ähnlich *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2023, Rn. 1498; *Schoch*, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2021, § 34 Rn. 105; *Schoch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 41. Lfg., Stand: Juli 2021, VwGO § 80 Rn. 461.

¹⁷ *Schenke*, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 29. Aufl. 2023, Vorb. § 80 Rn. 139; *Shirvani/Heidebach*, DÖV 2010, 254 (259); *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 10. Aufl. 2023, § 106 Rn. 11; kritisch hierzu *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2023, Rn. 1498; *Schoch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 41. Lfg., Stand: Juli 2021, VwGO § 80 Rn. 461.

Außerdem würde das Erfordernis der vorherigen Klageerhebung in der Hauptsache die Klagefrist (aufgrund des in der Regel eilig zu stellenden Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz) faktisch verkürzen, was vor Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG jedenfalls problematisch erscheint. Insgesamt sprechen die besseren Gründe mithin gegen die Notwendigkeit einer vorherigen Klageerhebung, sodass die hier möglicherweise unterbliebene vorherige Klageerhebung in der Hauptsache nicht zu einem fehlenden Rechtsschutzbedürfnis führt.¹⁸

2. Keine offensichtliche Unzulässigkeit der Klagen

Die eingelegten Anfechtungsklagen dürfen nicht offensichtlich unzulässig sein. In diesen Fällen kann schließlich die aufschiebende Wirkung des § 80 Abs. 1 VwGO nicht wiederhergestellt werden.¹⁹ Möglich ist eine offensichtliche Unzulässigkeit des Rechtsbehelfs insbesondere aufgrund von Verfristung oder einer fehlenden Klagebefugnis. Anhaltspunkte für eine Verfristung bestehen jedoch nicht; eine Klagebefugnis zu den Anfechtungsklagen in der Hauptsache wurde oben (siehe III.) bejaht. Eine offensichtliche Unzulässigkeit der Klagen scheidet mithin aus.

Anmerkung: Dasselbe gilt für (bis zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung) noch einzulegende Anfechtungsklagen.

3. Zwischenergebnis

Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis des F ist zu bejahen.

X. Zwischenergebnis

Der Antrag des F auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO ist zulässig.

B. Objektive Antragshäufung

F begehrt die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklagen gegen die beiden von der Versammlungsbehörde ausgesprochenen Anordnungen. Er verfolgt damit mehrere Antragsbegehren, deren Verbindung in einem Antrag zweckmäßig sein könnte. Nach seinem Wortlaut regelt § 44 VwGO die objektive Klagehäufung; anerkanntermaßen ist auf „Antragsverfahren“ nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO die Vorschrift des § 44 VwGO analog anzuwenden.²⁰

Das Rechtsschutzbegehren des F betrifft die Vollziehbarkeit der Anordnung zur Zulässigkeit von Glasflaschen und Glasbehältnissen sowie der Anordnung zur Bereitstellung von Ordnern, die in Bezug auf die hier gegenständliche Freitags-Demonstration, einen einheitlichen Lebenssachverhalt, ausgesprochen wurden. Die Antragsbegehren stehen damit miteinander im Zusammenhang. Antragsgegner ist in beiden Fällen das Land NRW (siehe VI.) und für beide Anträge ist auch dasselbe Gericht zuständig (siehe VIII.). Eine Antragshäufung ist nach § 44 VwGO analog zulässig.

¹⁸ Buchholtz, JuS 2019, 1184 (1186). Zu diesem Argument speziell auch mit Bezügen zum Versammlungsrecht Shirvani/Heidebach, DÖV 2010, 254 (258 ff.).

¹⁹ Herbolsheimer, JuS 2024, 24 (27); Spitzlei, Jura 2019, 600 (602).

²⁰ BVerwG NVwZ 2018, 414 (415); Muckel/Ogorek, JA 2013, 845 (848); Wöckel, in: Eyermann, VwGO, Kommentar, 16. Aufl. 2022, § 44 Rn. 2.

C. Begründetheit

Die Anträge des F auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO sind begründet, soweit die Anordnung der sofortigen Vollziehung hinsichtlich der erfolgten Verfügungen formell rechtswidrig erfolgt ist (I.) bzw. wenn das private Aussetzungsinteresse des F das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegt (II).²¹

I. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO) müsste formell rechtmäßig sein. Das ist der Fall, wenn die zuständige Behörde verfahrens- und formfehlerfrei gehandelt hat.

1. Zuständigkeit

Zuständig für den Erlass der Anordnung der sofortigen Vollziehung ist die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat, vgl. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO. Hier handelte in beiden Fällen der Polizeipräsident der Stadt D. Die Zuständigkeit wurde daher gewahrt.

2. Verfahren

Der Polizeipräsident der Stadt D müsste auch verfahrensfehlerfrei gehandelt haben. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob eine gesonderte Anhörung vor Erlass der Anordnung der sofortigen Vollziehung erforderlich ist.

Möglicherweise besteht hier ein Anhörungserfordernis nach § 28 Abs. 1 VwVfG NRW. Dies würde voraussetzen, dass es sich bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung um einen (belastenden) Verwaltungsakt i.S.d. § 35 VwVfG NRW handelt. Dagegen spricht, dass die Anordnung der sofortigen Vollziehung sich auf den von ihr zu unterscheidenden Verwaltungsakt bezieht und daher keinen eigenständigen Regelungsgehalt aufweist.²² Da für Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO zudem keine Antragsfrist (siehe A. V.) besteht, liegt nahe, dass eine Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht in Bestandskraft erwachsen kann, was wiederum ein Wesensmerkmal eines Verwaltungsakts wäre.²³ Darüber hinaus führte die Einstufung der Anordnung der sofortigen Vollziehung als Verwaltungsakt bei der Frage nach einschlägigem Rechtsschutz zu einem offenkundig nicht gewollten Widerspruch. Handelte es sich um einen Verwaltungsakt, wäre eine Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO möglich, die gem. § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO den Suspensiveffekt auslöste. Dies stünde aber gerade der gesetzgeberischen Entscheidung des Entfalls der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO entgegen.²⁴ Die Anordnung der sofortigen Vollziehung beendet damit auch kein Verwaltungsverfahren i.S.d. § 9 VwVfG NRW und es handelt sich nicht um einen eigenständigen Verwaltungsakt, sondern lediglich um einen Annex.²⁵ § 28 Abs. 1 VwVfG NRW findet damit unmittelbar keine Anwendung.

²¹ Eingehend zum Prüfungsmaßstab Schoch, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2021, § 34 Rn. 135 ff.

²² Schneider, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Grundwerk, Stand: Juli 2020, VwVfG § 28 Rn. 33; Vogelsang/Rasidovic, JA 2024, 51 (54).

²³ Buchheister, in: Wysk, VwGO, Kommentar, 3. Aufl. 2020, § 80 Rn. 23; Muckel/Ogorek, JA 2013, 845 (848).

²⁴ Herbolzheimer, JuS 2024, 24 (30).

²⁵ Gersdorf, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 80; Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 9 Rn. 218.

Ein Anhörungserfordernis könnte sich damit allenfalls aus einer analogen Anwendung des § 28 Abs. 1 VwVfG NRW ergeben. Dazu bedarf es einer planwidrigen Regelungslücke und einer vergleichbaren Interessenlage zwischen geregelter und ungeregelter Situation. Zweifelhaft ist bereits das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke. Schließlich hat der Gesetzgeber die formellen Rechtmäßigkeitsanforderungen an die Anordnung der sofortigen Vollziehung, zu der eine etwaige Anhörung ebenfalls gehörte, speziell und umfassend in § 80 Abs. 3 VwGO geregelt.²⁶ Eine etwaige „Planwidrigkeit“ stellt zudem in Zweifel, dass der praktische Mehrwert einer gesonderten Anhörung vor Erlass einer Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht ersichtlich ist. Der Betroffene würde hier wohl dasselbe vortragen wie bei der Anhörung vor Erlass des zugrundeliegenden Verwaltungsakts.²⁷ Schließlich ist zu bezweifeln, dass ein gesondertes Anhörungserfordernis mit der besonderen Eilbedürftigkeit der Fälle des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO vereinbar ist.²⁸ Ein Anhörungserfordernis ergibt sich somit ebenfalls nicht aus § 28 Abs. 1 VwVfG NRW analog.

Damit handelte der zuständige Polizeipräsident der Stadt D auch verfahrensfehlerfrei.

3. Form

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung müsste auch den Formvorgaben entsprechen. Die nach § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO verlangte Schriftform wurde eingehalten. Fraglich ist, ob eine dem Maßstab des § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO genügende Begründung vorliegt. Hierzu muss das besondere öffentliche Interesse am sofortigen Vollzug dargelegt werden.²⁹ Auch wenn eine (Teil-)Identität zwischen Erlassinteresse am Verwaltungsakt und an der Anordnung der sofortigen Vollziehung bestehen kann, müssen zur Begründung der Anordnung der sofortigen Vollziehung in der Regel abweichende Gründe grundsätzlich angegeben werden. Dabei ist eine Bezugnahme auf die Umstände des Einzelfalls erforderlich. Formelhafte, nichtssagende, pauschale Wendungen oder eine bloße Wiederholung des Gesetzeswortlauts sind demgegenüber nicht hinreichend.³⁰

Anmerkung: Eine inhaltliche Bewertung der Begründung darf an dieser Stelle allerdings nicht erfolgen; die Begründung muss nicht sachlich zutreffend sein.³¹

Die vorliegende Anordnung der sofortigen Vollziehung wurde mit „unmittelbaren Gefahren durch die Versammlung“ begründet, ohne dass die befürchteten Gefahren näher beschrieben werden und dass Einzelfallbezug hier erkennbar wäre, sodass nach dem dargelegten Maßstab keine ausreichende Begründung vorliegt. In Ermangelung einer „Gefahr im Verzug“ war eine besondere Begründung auch nicht nach § 80 Abs. 3 S. 2 VwGO entbehrlich.

Erwogen werden könnte allerdings, ob im Bereich der Gefahrenabwehr das Begründungserfordernis des § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO großzügiger auszulegen ist, da sich die Begründung für das besondere öffentliche Interesse am Sofortvollzug oftmals mit den Erlassgründen für den zugrundeliegen-

²⁶ OVG Lüneburg NVwZ-RR 2007, 348 (348); *Martini*, Verwaltungsprozessrecht und Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2023, S. 213.

²⁷ OVG Koblenz NVwZ 1988, 748 (748); *Schoch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 41. Lfg., Stand: Juli 2021, VwGO § 80 Rn. 258.

²⁸ *Schenke*, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 29. Aufl. 2023, § 80 Rn. 82.

²⁹ Eingehend hierzu jüngst *Nölscher*, NVwZ 2024, 463 (463 ff.).

³⁰ *Brade/Czellnik*, JuS 2020, 768 (771); *Schoch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 41. Lfg., Stand: Juli 2021, VwGO § 80 Rn. 247 f.; *Würtenberger/Heckmann*, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 612.

³¹ OVG Saarlouis, Beschl. v. 13.11.2019 – 2 B 278/19, Rn. 12 (juris); *Buchheister*, in: Wysk, VwGO, Kommentar, 3. Aufl. 2020, § 80 Rn. 25.

den Verwaltungsakt deckt.³² Eine solche Lesart ist allerdings mit dem Wortlaut des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 und Abs. 3 S. 1 VwGO schwer vereinbar, wonach die sofortige Vollziehbarkeit „besonders“ angeordnet werden muss.³³ Es soll damit gerade nicht genügen, dass sich das Bedürfnis für eine Anordnung der sofortigen Vollziehung aus dem „Zusammenhang der Erwägungen für den Verwaltungsakt ermitteln lässt“; etwas anderes soll nach dem Willen des Gesetzgebers ausschließlich für den Fall des – zwar nicht abschließenden („insbesondere“), gleichwohl eng auszulegenden – § 80 Abs. 3 S. 2 VwGO gelten. Anderenfalls würde zudem die Warnfunktion des § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO missachtet werden. Sollte eine (teilweise) Identität zwischen Erlass- und Vollziehbarkeitsinteresse bestehen, ist demnach jedenfalls zu fordern, dass die Behörde – unter klarstellender Anerkennung des besonderen Begründungserfordernisses für das Vollziehbarkeitsinteresse – auf die Begründung des Verwaltungsakts Bezug nimmt. Auch dies ist hier aber nicht erfolgt.

Insgesamt liegt damit keine nach § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO ausreichende Begründung vor.

Anmerkung: Da die entsprechenden Ausführungen der Behörde in Anführungszeichen gesetzt wurden, mussten die Bearbeiter davon ausgehen, dass es sich um den abschließenden Wortlaut der Begründung handelt. Das Ergebnis einer hinreichenden Begründung ist ebenfalls vertretbar.

Ob eine Heilung der an Begründungsmängeln leidenden Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 45 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG NRW (analog) möglich ist,³⁴ kann dahinstehen, da Heilungsbemühungen der Behörde dem Sachverhalt jedenfalls nicht entnommen werden können.

4. Zwischenergebnis

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist formell rechtswidrig.

Anmerkung: In der Rechtsprechungspraxis wird teilweise dem Antrag in der Folge auch ohne sachliche Prüfung stattgegeben,³⁵ sodass es Bearbeitern überlassen bleibt, die nachfolgenden Ausführungen als „Hilfsgutachten“ zu bezeichnen.

II. Interessenabwägung

Den Anträgen wäre aber auch aus materiellen Gründen stattzugeben, wenn das private Aussetzungsinteresse höher zu gewichten wäre als das öffentliche Vollzugsinteresse. Denn das Gericht hat nach § 80 Abs. 5 VwGO eine eigene Abwägungsentscheidung zu treffen, bei der die genannten Interessen in Ausgleich zu bringen sind. Namentlich soweit das Gericht hierbei die Rechtswidrigkeit eines zugrundeliegenden Verwaltungsakts feststellt, wird regelmäßig von dem Überwiegen des privaten Aussetzungsinteresses auszugehen sein, da es ein öffentliches Interesse am Vollzug eines rechtswidrigen Verwaltungsakts nicht gibt. Soweit sich hingegen herausstellt, dass ein bzw. beide Verwal-

³² OVG Münster NJW 1986, 1449 (1449); *Buchheister*, in: Wysk, VwGO, Kommentar, 3. Aufl. 2020, § 80 Rn. 25.

³³ Siehe auch zum Nachstehenden *Schoch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 41. Lfg., Stand: Juli 2021, VwGO § 80 Rn. 248 m.w.N.

³⁴ Hierzu etwa *Buchholtz*, JuS 2019, 1184 (1187); *Schenke*, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 29. Aufl. 2023, § 80 Rn. 87; *Schoch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 41. Lfg., Stand: Juli 2021, VwGO § 80 Rn. 249 f.

³⁵ Hierzu auch *Martini*, Verwaltungsprozessrecht und Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2023, S. 213; *Schenke*, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 29. Aufl. 2023, § 80 Rn. 148.

tungsakte rechtmäßig sind, ergibt sich in Rechtsprechung und Literatur ein uneinheitliches Vorgehen. Während die Rechtmäßigkeit zum Teil für ausreichend erachtet wird, um dem öffentlichen Vollzugsinteresse Vorrang einzuräumen,³⁶ wird dies vielfach mit guten Gründen als nicht stichhaltig erachtet, da die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts den „rechtsstaatlichen Normalfall“ darstellen sollte und daher nicht hinreichen kann, um das Schutzinstrumentarium des Suspensiveffekts auszuschalten. Zur Annahme eines überwiegenden öffentlichen Vollzugsinteresses wird in diesen Fällen daher zusätzlich ein besonderes Vollzugsinteresse gefordert. Es müssen noch weitere Umstände vorliegen, welche die Eilbedürftigkeit, also das besondere Vollzugsinteresse, belegen.³⁷

1. Glasverbot

Die Anordnung zur Zulässigkeit von Glasflaschen und Glasbehältnissen ist rechtmäßig, wenn sie auf einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage beruht und formell sowie materiell rechtmäßig ist.

a) Ermächtigungsgrundlage

Das Glasverbot stellt – wie oben bereits festgestellt – belastendes Verwaltungshandeln dar und bedarf aufgrund des aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) hergeleiteten Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes einer parlamentsgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.

Als solche kommt § 13 Abs. 1 S. 1 VersG NRW in Betracht. Nach dieser Vorschrift kann die zuständige Behörde eine Versammlung unter freiem Himmel beschränken, um eine unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit abzuwehren.

Zur Einschlägigkeit der Norm müsste zunächst der Anwendungsbereich des VersG NRW eröffnet sein. In sachlicher Hinsicht müsste eine Versammlung im Sinne des VersG NRW gegeben sein. Darunter sind gem. § 2 Abs. 3 VersG NRW örtliche Zusammenkünfte von mindestens drei Personen zur gemeinschaftlichen, überwiegend auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung zu verstehen. Hier sollten sich nach der Einladung des F etwa 1.000 Teilnehmer in der nordrhein-westfälischen kreisfreien Stadt D zusammenfinden. Thema der Zusammenkunft sollte der Klimaschutz sein. Eine Versammlung i.S.d. § 2 Abs. 3 VersG NRW ist damit unproblematisch gegeben. Auch geht es hier um die Abwehr versammlungsspezifischer Gefahren. Der sachliche Anwendungsbereich des VersG NRW ist damit eröffnet. Darüber hinaus beziehen sich die Maßnahmen auf den Zeitraum der Versammlung, sodass das VersG NRW jedenfalls³⁸ auch in zeitlicher Hinsicht eröffnet ist.

Einschlägige Ermächtigungsgrundlage für das Glasverbot ist damit § 13 Abs. 1 S. 1 VersG NRW.

Anmerkung: Bei § 13 VersG NRW handelt es sich um die zentrale Eingriffsnorm für Versammlungen unter freiem Himmel.³⁹ Abs. 1 S. 1 ermöglicht „Beschränkungen“, wobei S. 2 als Regelbeispiele hierfür „Verfügungen zum Ort und zum Verlauf“ anführt. S. 3 enthält eine Regelung zu Versammlungen

³⁶ So z.B. nach allerdings nicht unumstrittener Auffassung VG Düsseldorf, Beschl. v. 9.2.2022 – 18 L 250/22 = BeckRS 2022, 3433.

³⁷ Martini, Verwaltungsprozessrecht und Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2023, S. 213; Schoch, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2021, § 34 Rn. 136 f.

³⁸ Inzwischen sind im neuen VersG NRW auch Vorfeldmaßnahmen geregelt, etwa die Gefährderansprache nach § 14 Abs. 1 VersG NRW (auch in Form eines „Gefährderanschreibens“, vgl. hierzu LT NRW-Drs. 17/12423, S. 70). Nach Auflösung bzw. Beendigung der Versammlung gilt das VersG NRW hingegen nicht mehr, vgl. § 9 Abs. 4 VersG NRW.

³⁹ LT NRW-Drs. 17/12423, S. 64.

auf Bundesautobahnen, deren Verfassungsmäßigkeit nach wie vor heftig diskutiert wird.⁴⁰ Die „Beschränkungen“ treten in NRW an die Stelle der vormaligen „Auflagen“ nach § 15 Abs. 1 BVersG.⁴¹ Abs. 2 ermächtigt als ultima ratio zu Versammlungsverboten (vor Beginn der Versammlung) oder -auflösungen (während der Versammlung). Auf Tatbestandsebene setzen alle Maßnahmen nach § 13 VersG NRW eine unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit voraus.

b) Formelle Rechtmäßigkeit

Die formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung ist nach dem Sachverhalt zu unterstellen.

Anmerkung: Zu beachten ist bei Beschränkungen i.S.d. § 13 Abs. 1 S. 1 VersG NRW insbesondere die spezielle formelle Voraussetzung der unverzüglichen Bekanntgabe nach § 13 Abs. 4 S. 1 VersG NRW. Ein spezielles Begründungserfordernis für nach Versammlungsbeginn ausgesprochene Beschränkungen regelt § 13 Abs. 4 S. 2 VersG NRW.

c) Materielle Rechtmäßigkeit

Das Glasverbot müsste materiell rechtmäßig sein. Das ist der Fall, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage vorliegen und eine von der Rechtsfolge gedeckte Maßnahme gewählt wurde.

aa) Tatbestand

(1) Tatbestandsvoraussetzungen des § 13 Abs. 1 S. 1 VersG NRW

Zunächst müsste gem. § 13 Abs. 1 S. 1 VersG NRW eine Versammlung „unter freiem Himmel“ vorliegen. Dabei handelt es sich – entgegen des Wortlauts und wie auch bei Art. 8 Abs. 2 GG⁴² – um eine Versammlung, die nicht durch feste Außenwände bzw. seitliche Zugangsbeschränkungen von der Umwelt abgegrenzt ist und allein durch gesonderte Eingänge zugänglich ist.⁴³ Hier ist davon auszugehen, dass die Freitags-Demonstration frei zugänglich ist und die Möglichkeit besteht, dass sich ihr weitere Menschen anschließen. Eine Versammlung „unter freiem Himmel“ i.S.d. §§ 13 Abs. 1 S. 1, S. 2 Abs. 1 VersG NRW liegt damit vor.

§ 13 Abs. 1 S. 1 VersG NRW verlangt zudem eine unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit.

Die öffentliche Sicherheit umfasst die Unverletzlichkeit der gesamten objektiven Rechtsordnung, den Schutz individueller Rechte und Rechtsgüter sowie den Bestand des Staates und die Funktionsfähigkeit der staatlichen Einrichtungen und Veranstaltungen.⁴⁴ Mit Blick auf eine missbräuchliche Verwendung der Glasflaschen und Glasbehältnisse steht die Unverletzlichkeit der objektiven Rechts-

⁴⁰ Vgl. Boguslawski/Leißing, NVwZ 2022, 852 (852 ff.); Dübbers, SVR 2022, 245 (245 ff.); Gmeiner, NWVBl. 2024, 8 (8 ff.).

⁴¹ Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in NRW, 10. Aufl. 2024, § 3 Rn. 303; Edenharter, in: BeckOK POR NRW, Stand: 1.2.2024, VersG NRW § 13 Rn. 17.

⁴² Hierzu Gusy, in: Huber/Voßkuhle, GG, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 8 Rn. 55; Höfling, in: Sachs, GG, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 8 Rn. 61.

⁴³ Thiel, in: BeckOK POR NRW, Stand: 1.2.2024, VersG NRW § 2 Rn. 8; Ullrich/Roitzheim, in: Ullrich/Braun/Roitzheim, VersG NRW, Kommentar, 2022, § 2 Rn. 29.

⁴⁴ Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in NRW, 10. Aufl. 2024, § 3 Rn. 50 ff.; Ullrich/Roitzheim, in: Ullrich/Braun/Roitzheim, VersG NRW, 2022, § 13 Rn. 6 und zu den im Versammlungsrecht in der Regel betroffenen Schutzgütern Rn. 7 ff.

ordnung in Gestalt von Verstößen gegen §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 und Nr. 4 StGB und bei einem Tätigwerden gegen Polizeibeamte insbesondere § 114 StGB in Rede. Hinter diesen Delikten stehen vor allem die Individualrechtsgüter der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) und – unter Umständen – des Privateigentums (Art. 14 Abs. 1 GG). Eine missbräuchliche Verwendung von Glasflaschen beeinträchtigt zudem die Versammlungsfreiheit der friedlichen Versammlungsteilnehmer, die nicht allein deswegen als berührtes Schutzgut ausgeschlossen ist, weil sich die Anordnung „gegen die Versammlung“ richtet.⁴⁵ Schließlich ist bei Angriffen gegen Polizeibeamte auch die Funktionsfähigkeit der staatlichen Einrichtungen und Veranstaltungen berührt.⁴⁶

Anmerkung: Die Betroffenheit des Individualrechtsguts der körperlichen Unversehrtheit der Polizeibeamten⁴⁷ könnte freilich noch ausdifferenzierter dargelegt werden. Versteht man das Schutzgut der Individualrechtsgüter als „Medium“ des grundrechtlichen Schutzauftrages⁴⁸ könnte die Frage aufgeworfen werden, inwiefern sich die Polizeibeamten auf Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG berufen können. Dezierte Ausführungen hierzu finden sich allerdings weder in Rechtsprechung noch Literatur.⁴⁹ Im Ergebnis muss allerdings ein grundrechtlich vermittelter Schutz bestehen. Wenn Maßstab für eine Grundrechtsbetroffenheit bei Sonderstatusverhältnissen sein soll, ob sich die staatliche Maßnahme „außerhalb des Dienstes“ auswirkt,⁵⁰ ist ein Schutz durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG eindeutig (und wohl auch allgemein) zu bejahen: Mögliche im Dienst erlittene Schädigungen der Gesundheit und körperlichen Unversehrtheit strahlen in einem uneingeschränkten Maß auch auf die persönliche Rechtsstellung des Polizeibeamten aus. Ein anderes Ergebnis lässt sich auch nicht daraus begründen, dass die nötigenfalls „gewaltsame Konfrontation“ zum originären Aufgabenkreis der Polizeibeamten gehört. Auch steht das Ergebnis nicht im Widerspruch zur gleichzeitigen Betroffenheit der Funktionsfähigkeit der staatlichen Einrichtungen und Veranstaltungen, da die Einordnung als „staatlich“ nicht zugleich bedeutet, dass hier ein „grundrechtsfreier Raum“ bestünde.

Die öffentliche Sicherheit ist damit (sogar auf allen Schutzebenen) berührt.

Darüber hinaus müsste eine „unmittelbare Gefahr“ für die öffentliche Sicherheit vorliegen. Der Begriff der „Gefahr“ ist dabei ebenso zu verstehen wie im Polizei- bzw. allgemeinen Gefahrenabwehrrecht.⁵¹ Unter einer Gefahr ist danach jeder Lebenssachverhalt zu verstehen, der bei ungehindertem Geschehensablauf in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden an einem Schutzgut der öffentlichen Sicherheit führt.⁵² Das Kriterium der „Unmittelbarkeit“ verlangt, dass strengere Anforderungen an den Wahrscheinlichkeitsgrad des Schadenseintritts zu stellen sind, was dazu führt, dass eine „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ nun nicht mehr ausreicht, sondern vielmehr eine „hohe Wahrscheinlichkeit“ zu fordern ist.⁵³ Maßgeblich sind dabei eine gesicherte Tat-

⁴⁵ Vgl. hierzu VGH München NJW 2019, 794 (795).

⁴⁶ Ullrich/Roitzheim, in: Ullrich/Braun/Roitzheim, VersG NRW, Kommentar, 2022, § 13 Rn. 6, 16.

⁴⁷ Hierzu VG Braunschweig, Beschl. v. 27.8.2013 – 5 B 154/13 = BeckRS 2013, 55036; VG Stuttgart, Urt. v. 18.12.2008 – 1 K 5415/07 = BeckRS 2008, 43477; Ullrich, in: BeckOK POR Niedersachsen, Stand: 1.11.2023, NPOG § 2 Rn. 11, 33.

⁴⁸ So Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in NRW, 10. Aufl. 2024, § 3 Rn. 3, 51.

⁴⁹ Allenfalls uneindeutig hierzu VG Berlin, Urt. v. 29.8.2013 – VG 1 K 207.11 = BeckRS 2013, 58271.

⁵⁰ So etwa BVerwGE 164, 290 (290 ff.); 164, 304 (304 ff.); vgl. auch Kramer, JuS 2007, 35 (38 f.).

⁵¹ Ullrich/Roitzheim, in: Ullrich/Braun/Roitzheim, VersG NRW, Kommentar, 2022, § 13 Rn. 17.

⁵² Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in NRW, 10. Aufl. 2024, § 3 Rn. 49; Kingreen/Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl. 2020, § 8 Rn. 2.

⁵³ Vgl. hierzu grundlegend BVerfGE 69, 315 (353 f., 360 ff.); Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in NRW, 10. Aufl. 2024, § 3 Rn. 303; Edenharter, in: BeckOK POR NRW, Stand: 1.2.2024, VersG NRW § 13 Rn. 28; zusätz-

sachengrundlage und konkrete Anhaltspunkte für die Gefahrenprognose; Erfahrungen aus vorangegangenen Versammlungen können hierbei als Indizien herangezogen werden, wobei auch Gegenindizien berücksichtigt werden müssen.⁵⁴ Die Gefahrenprognose ist dabei aus der ex ante-Sicht der Behörde vorzunehmen.⁵⁵ Bei den Freitags-Demonstrationen kam es in der Vergangenheit zu polizeirechtlich relevantem Verhalten der Teilnehmer, allerdings nur mit Blick auf das Entzünden von Pyrotechnik sowie das Äußern polizeifeindlicher Aussagen. Zu einem Einsatz von Glasflaschen kam es bislang noch nicht. Insofern lässt sich aufgrund von Erfahrungen aus vorangegangenen Versammlungen die nachvollziehbare Annahme einer (unmittelbaren) Gefahr nicht begründen. Auch im Übrigen sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, warum nun bei der gegenständlichen Freitags-Demonstration Glasflaschen und Glasbehältnisse aufseiten der Demonstranten eingesetzt werden sollen. Ein bloßer Verweis auf die „abstrakte Gefahr“, dass Glasflaschen und Glasbehältnisse als Schlagwerkzeug oder Wurfgeschoss missbraucht werden könnten, reicht nicht aus.⁵⁶

Eine unmittelbare Gefahr i.S.d. § 13 Abs. 1 S. 1 VersG NRW liegt damit nicht vor.

Anmerkung: Eine andere Ansicht ist nur mit guter Argumentation vertretbar. Jedenfalls sollte das Erfordernis der „Unmittelbarkeit“ der Gefahr und die insofern verschärfte Wahrscheinlichkeitsprognose erkannt werden. Den Bearbeitern bleibt für die nachfolgenden Ausführungen freigestellt, ob sie die Vorgehensweise eines „Hilfsgutachtens“ wählen oder aus der „richterlichen Perspektive“ streng weiterprüfen. Im ersteren Falle wird ein Vorliegen des nicht erfüllten Tatbestandsmerkmals, hier der „unmittelbaren Gefahr“, für die weitere Prüfung unterstellt. Bei der zweiten Vorgehensweise entfällt ein solches „Hinzudenken“ des nicht erfüllten Tatbestandsmerkmals. Entscheidend ist lediglich, dass die Bearbeiter das gewählte Vorgehen konsequent durchhalten und – im Sinne eines gutachtlichen Arbeitens – jedenfalls die sich anschließend stellenden Fragen erörtern. Nachfolgend wird der Weg des „Hilfsgutachtens“ gewählt.

(2) Tauglicher Adressat (hilfsgutachtlich)

Bei F als Veranstalter gem. § 4 VersG NRW (und Versammlungsleiter i.S.d. § 5 Abs. 1 VersG NRW) handelt es sich um einen tauglichen Adressaten des Glasverbots.⁵⁷

Anmerkung: Allgemeine Normen, die die versammlungsrechtliche Verantwortlichkeit regeln, bestehen im VersG NRW nicht. Ein Rückgriff auf die §§ 4 ff. PolG NRW ist aufgrund der „Polizeifestigkeit des Versammlungsrechts“ unzulässig. Vereinzelt enthält das VersG NRW jedoch Vorschriften, die Spezialfälle der versammlungsrechtlichen Verantwortlichkeit regeln, vgl. etwa § 13 Abs. 3 VersG NRW.

(3) Zwischenergebnis

In Ermangelung einer unmittelbaren Gefahr sind die Tatbestandsvoraussetzungen des § 13 Abs. 1

lich für besondere Anforderungen an die zeitliche Nähe des Schadenseintritts Ullrich/Roitzheim, in: Ullrich/Braun/Roitzheim, VersG NRW, Kommentar, 2022, § 13 Rn. 18.

⁵⁴ VG Düsseldorf, Beschl. v. 9.2.2022 – 18 L 250/22 = BeckRS 2022, 3433 Rn. 8; Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in NRW, 10. Aufl. 2024, § 3 Rn. 303.

⁵⁵ VG Düsseldorf, Beschl. v. 9.2.2022 – 18 L 250/22 = BeckRS 2022, 3433 Rn. 9 f.; Edenharter, in: BeckOK POR NRW, Stand: 1.2.2024, VersG NRW § 13 Rn. 31.

⁵⁶ VG Düsseldorf, Beschl. v. 9.2.2022 – 18 L 250/22 = BeckRS 2022, 3433 Rn. 12.

⁵⁷ Siehe hierzu auch Braun/Roitzheim, in: Ullrich/Braun/Roitzheim, VersG NRW, Kommentar, 2022, § 13 Rn. 162 f.; Edenharter, in: BeckOK POR NRW, Stand: 1.2.2024, VersG NRW § 13 Rn. 52.

S. 1 VersG NRW nicht erfüllt.

bb) Rechtsfolge (hilfsgutachtlich)

Nach § 13 Abs. 1 S. 1 VersG NRW „kann“ die zuständige Behörde eine Versammlung unter freiem Himmel beschränken. Das ihr damit zustehende Ermessen müsste sie unter Wahrung der Grenzen des § 40 VwVfG NRW ausgeübt haben. Fehler auf den Ebenen des Entschließungs- und Störerauswahl-ermessens sind nicht ersichtlich.

Auf der Ebene des Handlungsermessens erscheint eine Ermessensüberschreitung denkbar. Eine solche liegt vor, wenn die Behörde bei der Anordnung der Maßnahme die gesetzlichen Grenzen des Ermessens nicht einhält. Gesetzliche Grenzen ergeben sich aus der Verfassung und einfachen Gesetzen. Vorliegend kommt eine Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme durch einen Eingriff in Art. 8 Abs. 1 GG in Betracht.

Legitimer Zweck des Glasverbots ist der Schutz vor Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit und der dahinterstehende Rechtsgüterschutz. Auch fördert das Glasverbot die genannten legitimen Zwecke, sodass es als geeignet einzustufen ist.

Anmerkung: Bei der Wahl der o.g. „richterlichen Perspektive“ konnten die Bearbeiter zum Ergebnis der Ermessensüberschreitung bzw. Unverhältnismäßigkeit kommen, da mangels „unmittelbarer Gefahr“ das Glasverbot der Abwehr der in Rede stehenden Gesundheitsschäden schon nicht förderlich sein kann.

Mildere, gleich geeignete Mittel kommen vorliegend nicht in Betracht, sodass das Glasverbot auch erforderlich ist.

Schließlich müsste das Glasverbot auch angemessen sein. Es wäre unangemessen, wenn der mit der Maßnahme erreichte Zweck außer Verhältnis zur mit der Maßnahme einhergehenden Belastung steht. Bei abstrakter Betrachtung der betroffenen Rechtsgüter steht aufseiten der Freitags-Demonstranten die Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG. Bei diesem Grundrecht handelt es sich um einen „Eckpfeiler der demokratischen Grundordnung“. Die Versammlungsfreiheit ist von inhaltlich überragender Bedeutung für den für die Demokratie erforderlichen und von ihr zwingend vorausgesetzten Meinungsbildungsprozess von „unten nach oben“; sie dient als „Vehikel und unmittelbare Ausformung der Souveränität des Volkes“.⁵⁸ Aufseiten des Staates steht demgegenüber der Schutz vor Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit. Abstrakt betrachtet handelt es sich dabei um höchstrangige Rechtsgüter, deren Schutz in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG wurzelt. Da es sich um eine Versammlung unter freiem Himmel handelt, genügt dies erst recht auch dem einfachen Gesetzesvorbehalt aus Art. 8 Abs. 2 GG. Bei konkreter Betrachtung ist die Schwere der Beeinträchtigung als eher gering einzustufen: Eine Wahrnehmung des Versammlungsrechts ist freilich weiterhin möglich; das Verbot, Glasflaschen und Glasbehältnisse mitzuführen, wiegt nicht besonders schwer. Auf der anderen Seite wird allen von Glasflaschen und Glasbehältnissen ausgehenden Gefahren durch das Totalverbot höchstwirksam begegnet. Der Grad der Zweckerreichung ist daher hoch. Stellt man die geringe Schwere der Beeinträchtigung dem hohen Grad der Zweckerreichung entgegen, so ist insgesamt von einer Angemessenheit des Glasverbots auszugehen. Das Glasverbot ist damit verhältnismäßig.

⁵⁸ Vogeler, Das nordrhein-westfälische Versammlungsgesetz, 2024, S. 21; vgl. hierzu auch Depenheuer, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Kommentar, 93. Lfg., Stand: Oktober 2020, Art. 8 Rn. 32.

Anmerkung: Von den Bearbeitern kann erwogen werden, weitergehend zu diskutieren, ob der Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG hier überhaupt eröffnet ist. Sollte dies nicht der Fall sein, würde dies erst recht dafürsprechen, dass der Grad der „Beeinträchtigung“ nicht außer Verhältnis steht. Schließlich ist der sachliche Schutzbereich der Versammlungsfreiheit nicht eröffnet, sofern sich die Teilnehmenden nicht *friedlich und ohne Waffen* versammeln.⁵⁹ An eine „Unfriedlichkeit“ sind zwar strenge Anforderungen zu stellen,⁶⁰ nach Lage des Sachverhalts könnten aber die hiermit erforderlichen „Handlungen von einiger Gefährlichkeit“ jedenfalls einzelner Teilnehmer bei der Freitags-Demonstration bestehen. Wichtig ist, dass ebenfalls an dieser Stelle nicht auf missbräuchliche Verwendungen von Glasflaschen und -behältnissen abgestellt werden darf, zumal auch und gerade an dieser Stelle erhöhte Anforderungen an die Gefahrenprognose zu stellen sind.⁶¹ Dies gilt freilich auch bei der Frage, ob Art. 8 Abs. 1 GG auch den friedlichen Versammlungsteilnehmern versperrt bleibt, was wiederum voraussetzt, dass die unfriedlichen Versammlungsteilnehmer charakterprägend für die gesamte Versammlung wirken.⁶²

Das Glasverbot ist ermessensfehlerfrei ergangen; eine von § 13 Abs. 1 S. 1 VersG NRW gedeckte Rechtsfolge wurde gewählt.

d) Zwischenergebnis

In Ermangelung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 13 Abs. 1 S. 1 VersG NRW ist das Glasverbot materiell und damit insgesamt rechtswidrig.

2. Ordneranordnung

Die Anordnung, für jeweils zehn Teilnehmer einen Ordner vorzuhalten, ist rechtmäßig, wenn sie auf einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage beruht und formell sowie materiell rechtmäßig ist.

a) Ermächtigungsgrundlage

Auch die Ordneranordnung stellt belastendes Verwaltungshandeln dar, das nach dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage bedarf. Als solche kommt hier erneut § 13 Abs. 1 S. 1 VersG NRW in Betracht. Der Anwendungsbereich des VersG NRW ist eröffnet (siehe oben).

b) Formelle Rechtmäßigkeit

Die formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung ist nach dem Sachverhalt zu unterstellen.

⁵⁹ BVerfGE 69, 315 (360); *Hartmann*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 191. Lfg., Stand: 2018, Art. 8 Rn. 205.

⁶⁰ BVerfGE 73, 206 (248); *Kniesel*, in: Dietel/Gintzel/Kniesel, Versammlungsgesetze, Kommentar, 18. Aufl. 2019, Teil I Rn. 206.

⁶¹ *Hartmann*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 191. Lfg., Stand: 2018, Art. 8 Rn. 224; *Kaiser*, in: Dreier, GG, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 8 Rn. 43.

⁶² *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 8 Rn. 61; *Kniesel/Poscher*, in: Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl. 2021, Kap. 9 Rn. 72; *Stern*, Staatsrecht, Bd. IV/1, 2006, S. 1218.

c) Materielle Rechtmäßigkeit

Die Ordneranordnung müsste materiell rechtmäßig sein. Das ist der Fall, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage vorliegen und eine von der Rechtsfolge gedeckte Maßnahme gewählt wurde.

aa) Tatbestand

(1) Tatbestandsvoraussetzungen des § 13 Abs. 1 S. 1 VersG NRW

Die Tatbestandsvoraussetzungen von § 13 Abs. 1 S. 1 VersG NRW müssten erfüllt sein. Eine Versammlung unter freiem Himmel i.S.d. §§ 13 Abs. 1 S. 1, 2 Abs. 1 VersG NRW liegt vor (siehe oben).

Weiterhin müsste gem. § 13 Abs. 1 S. 1 VersG NRW eine unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit (hierzu oben 1. c) aa) (1)) vorliegen.

Fraglich ist, inwiefern die öffentliche Sicherheit berührt ist. Angesichts möglicher „gewalttätiger Ausschreitungen“ und dem Entzünden von Pyrotechnik ist die objektive Rechtsordnung in Gestalt der §§ 114, 223, 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 und Nr. 2 Alt. 2 und Nr. 4 StGB und der §§ 125, 308, 310 StGB⁶³ berührt. Darüber hinaus kommt eine Strafbarkeit nach § 40 Abs. 1 Nr. 3 SprengG und/oder § 42 SprengG bzw. eine Ordnungswidrigkeit nach § 41 Abs. 1 Nr. 16 und § 41 Abs. 1a SprengG⁶⁴ in Betracht. Bei polizeifeindlichen Aussagen ist an eine mögliche Strafbarkeit nach § 185 StGB zu denken.⁶⁵ Die dahinterstehenden und hier betroffenen Individualrechtsgüter sind die körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), unter Umständen das Privateigentum (Art. 14 Abs. 1 GG) sowie das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Die öffentliche Sicherheit ist damit berührt.

Es müsste zudem eine „unmittelbare Gefahr“ für die öffentliche Sicherheit vorliegen. Hierfür ist der oben genannte Maßstab zugrunde zu legen. Die Polizei befürchtet gewalttätige Ausschreitungen und bemüht für ihre Prognose zulässigerweise Erfahrungen aus vergangenen Freitags-Demonstrationen als Indizien, bei denen es zu „gefährlichen Verhaltensweisen“ der Teilnehmer kam. Dabei ist davon auszugehen, dass die vergangenen Freitags-Demonstrationen hinsichtlich Organisatoren- und Teilnehmerkreis sowie Motto mit der anstehenden Freitags-Demonstration jedenfalls vergleichbar sind. Zu berücksichtigen ist ebenfalls, dass an die Wahrscheinlichkeit des Gefahreneintritts umso geringere Anforderungen zu stellen sind, je folgenschwerer der drohende Schaden ist.⁶⁶ Hier geht es, wie oben beschrieben, um höchstrangige Rechtsgüter, sodass die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts (trotz „Unmittelbarkeit“ der Gefahr) nicht zu überspannen sind. Verschärft wird die Gefahrenprognose auch dadurch, dass 1.000 Demonstranten, also eine hohe Teilnehmerzahl erwartet wird, womit ein höheres Gefahrenpotential einhergeht.

Insgesamt ist daher davon auszugehen, dass eine unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit i.S.d. § 13 Abs. 1 S. 1 VersG NRW gegeben ist.

⁶³ Hierzu näher *Pörner*, Pyrotechnische Zwischenfälle im deutschen Fußball, Eine straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Untersuchung, 2023, S. 101 ff., 132 ff., 158 ff.

⁶⁴ *Pörner*, Pyrotechnische Zwischenfälle im deutschen Fußball, Eine straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Untersuchung, 2023, S. 187 ff. Von einer Strafbarkeit im Sinne des WaffG ist hier mangels eindeutiger Sachverhaltsangaben nicht auszugehen, vgl. hierzu *Pörner*, Pyrotechnische Zwischenfälle im deutschen Fußball, Eine straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Untersuchung, 2023, S. 193 ff.

⁶⁵ Vgl. hierzu *Valerius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2024, § 185 Rn. 9.1.

⁶⁶ *Ullrich/Roitzheim*, in: Ullrich/Braun/Roitzheim, VersG NRW, Kommentar, 2022, § 13 Rn. 23.

Anmerkung: Das Vorliegen einer unmittelbaren Gefahr für die öffentliche Sicherheit i.S.d. § 13 Abs. 1 S. 1 VersG NRW könnte auch anders begründet werden: Anknüpfungspunkt für eine Betroffenheit der Unversehrtheit der objektiven Rechtsordnung könnte nämlich auch § 6 Abs. 1 S. 1 VersG NRW bilden. Hiernach sorgt die Versammlungsleitung für den ordnungsgemäßen Ablauf der Versammlung und wirkt auf deren Friedlichkeit hin. Gangbar wäre demgemäß, eine „nicht erfüllte Pflicht“ der Versammlungsleitung aus § 6 Abs. 1 S. 1 VersG NRW als Schutzgut der unmittelbaren Gefahr für die öffentliche Sicherheit zu prüfen. Zu untersuchen wäre im Zuge dessen, welche Pflichten die Versammlungsleitung im konkreten Fall treffen und, ob diese mit „hoher Wahrscheinlichkeit“ nicht erfüllt werden. Diese Frage soll nach dem hier gewählten Lösungsweg erst im Rahmen der Rechtsfolge besprochen werden.

(2) Tauglicher Adressat

Bei F handelt es sich um den Veranstalter i.S.d. § 4 VersG NRW (und zugleich Versammlungsleiter i.S.d. § 5 Abs. 1 S. 1 VersG NRW). Es handelt sich daher um einen tauglichen Adressaten der Ordneranordnung.

Anmerkung: Stellt man bei der „unmittelbaren Gefahr“ auf eine Verletzung der Pflicht der Versammlungsleitung aus § 6 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 VersG NRW und eine damit einhergehende Übertretung der (unmittelbaren) Gefahrenschwelle ab, stellt sich die Frage, ob als Adressat dann ausschließlich die Versammlungsleitung in Betracht kommt. In der Regel, wie auch im konkreten Fall, macht dies freilich keinen Unterschied.

Ob eine Anordnung mit dem vorliegenden Inhalt („Ordneranordnung“) überhaupt an andere Adressaten als den Versammlungsleiter ergehen kann, ist hingegen keine Frage des Tatbestands, sondern eine solche der Rechtsfolge. Kommen im Fall andere Adressaten als die Versammlungsleitung in Betracht, wäre zu erwägen, ob § 6 Abs. 1, 2 VersG NRW auf der Ebene des Störerauswahlermessens zu einer Ermessensreduktion auf Null dahingehend führt, dass der Versammlungsleiter in Anspruch zu nehmen ist.

(3) Zwischenergebnis

Die Tatbestandsvoraussetzungen sind erfüllt.

bb) Rechtsfolge

Nach § 13 Abs. 1 S. 1 VersG NRW „kann“ die zuständige Behörde eine Versammlung unter freiem Himmel beschränken. Das ihr damit zustehende Ermessen müsste sie unter Wahrung der Grenzen des § 40 VwVfG NRW ausgeübt haben.

Fehler auf den Ebenen des Entschließungs- und Störerauswahlermessens sind nicht ersichtlich. Auf der Ebene des Handlungsermessens erscheinen Ermessensüberschreitungen denkbar.

Eine Ermessensüberschreitung könnte darin liegen, dass die Behörde den Einsatz von Ordnern womöglich schon „gegenständlich“ gar nicht zur Pflicht machen durfte. Als einfachgesetzliche Ermessensgrenze kommt dabei § 6 Abs. 2 VersG NRW in Betracht, nach dem die Versammlungsleitung sich der Hilfe von Ordnern bedienen „kann“, nicht aber muss. Insofern könnte eine Anordnung, nach der eine Mindestanzahl von Ordnern vorgeschrieben wird, das durch § 13 Abs. 1 S. 1 VersG NRW eingeräumte behördliche Ermessen überschreiten. Andererseits ist der systematische Zusammenhang von § 6 Abs. 2 VersG NRW zu dessen Abs. 1 zu beachten, nach dem die Versammlungsleitung für den

ordnungsgemäßen Ablauf der Versammlung verantwortlich ist und auf deren Friedlichkeit hinwirkt. Die Anforderungen an die Pflichten der Versammlungsleitung hängen dabei von der in Rede stehenden Versammlung ab, wobei der Versammlungsleitung eine Einschätzungsprärogative zuzubilligen ist. Jedenfalls bei großen Veranstaltungen mit vielen Teilnehmern und bei Versammlungen mit einem erhöhten Gefahrenpotential kann die Versammlungsleitung aber nicht selbständig die Friedlichkeit der Versammlung sicherstellen. Der grundsätzliche Handlungsspielraum des Versammlungsleiters verdichtet sich in diesen Fällen, sodass die Bestellung einer ausreichenden Anzahl von Ordnern unabdingbar ist.⁶⁷ Im vorliegenden Fall werden 1.000 Teilnehmer bei der Freitags-Demonstration erwartet. In der Vergangenheit kam es zu Störungen durch den Einsatz von Pyrotechnik und polizeifeindliche Aussagen. Insgesamt ist also davon auszugehen, dass erhöhte Anforderungen an die Pflichten der Versammlungsleitung dergestalt zu stellen sind, dass eine Mindestanzahl an Ordnern zu bestellen ist. Eine Ermessensüberschreitung hinsichtlich des „Ob“ der Ordneranordnung liegt nicht vor.

Anmerkung: Bearbeiter können an dieser Stelle auch eine behördliche „Ermessensreduktion auf Null“ hinsichtlich der Frage, ob Ordner einzusetzen sind, diskutieren. Mangels Ergebnisrelevanz braucht diese Frage aber nicht entschieden werden.

Unabhängig hiervon erscheint auch eine Ermessensüberschreitung aufgrund eines Verstoßes gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz infolge der behördlich angeordneten Relation von einem Ordner pro zehn Teilnehmern denkbar. Legitimer Zweck der Anordnung ist die Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Ablaufs der Versammlung und deren Friedlichkeit, wodurch insbesondere dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) gedient werden soll. Die Ordneranordnung ist diesen Zwecken jedenfalls förderlich und damit geeignet. Fraglich ist aber bereits, ob die Anordnung auch erforderlich ist. Als milderer Mittel ist eine Anordnung denkbar, die zu einer Ordnerrelation von einem Ordner für mehr als zehn Teilnehmer verpflichtet. Nicht gegeben wäre hier allerdings eine gleiche Eignung der Maßnahme; auf der Hand liegt, dass mit erhöhter Ordneranzahl einem ordnungsgemäßen Ablauf der Versammlung und deren Friedlichkeit eher Rechnung getragen werden kann. Ebenfalls könnte erwogen werden, dass die Behörde als mildere Maßnahme die bloße Anordnung ausspricht, dass F für die Friedlichkeit der Versammlung zu sorgen hat, ohne eine konkrete Mindestanzahl an Ordnern zu benennen. Auch diese Alternativanordnung ist allerdings nicht als gleich geeignet einzustufen. Ob es sich bei den aufgezeigten Alternativanordnungen tatsächlich nicht um gleich geeignete Maßnahmen handelt, könnte jedenfalls offenbleiben, wenn sich die Anordnung als unangemessen erweist.

Auf der Ebene der Angemessenheit dürfte die gewählte Maßnahme nicht außer Verhältnis zum angestrebten Zweck stehen. Es wurde eine Anordnung getroffen, nach der pro zehn Teilnehmern ein Ordner gestellt werden muss, sodass der Veranstalter bei den erwarteten 1.000 Teilnehmern 100 Ordner organisieren muss. Dies stellt einen erheblichen organisatorischen Aufwand dar, der sogar dazu führen kann, von der geplanten Versammlung Abstand zu nehmen und somit von der Grundrechtsausübung abzuhalten. Daher ist insgesamt zu konstatieren, dass einiges – trotz der Erfahrungen aus den vorangegangenen Veranstaltungen – dafürspricht, dass die Anordnung, einen Ordner pro zehn Teilnehmern stellen zu müssen, überzogen und nicht mehr zumutbar ist. Die Maßnahme ist mithin unangemessen und damit insgesamt unverhältnismäßig. Es liegt damit ein Ermessensfehler

⁶⁷ VG Düsseldorf, Beschl. v. 9.2.2022 – 18 L 250/22 = BeckRS 2022, 3433 Rn. 15.

aufgrund Ermessensüberschreitung vor; es wurde keine zulässige Rechtsfolge i.S.d. § 13 Abs. 1 S. 1 VersG NRW gewählt.

d) Zwischenergebnis

Die Ordneranordnung ist rechtswidrig.

III. Zwischenergebnis

Die Rechtswidrigkeit des Glasverbots wie auch der Ordneranordnung führt dazu, dass das öffentliche Vollzugsinteresse das Aussetzungsinteresse (bzw. Suspensivinteresse) des F nicht überwiegt. Zudem war die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtswidrig. Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO ist damit vollumfänglich begründet.

D. Ergebnis

Der Antrag des F auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO ist zulässig und begründet und wird daher Erfolg haben.

Anfängerhausarbeit: „Wie du mir, so ich dir“

Wiss. Mitarbeiter Paul Bidmon, Stud. Hilfskraft Nele Walther,

Stud. Hilfskraft Hannah Wischmann, Bochum*

Die Hausarbeit wurde im Sommersemester 2023 in der Vorlesung Grundrechte – Staatsrecht I von Prof. Dr. Stefan Huster an der Ruhr-Universität Bochum gestellt. Wesentliche Herausforderungen der Hausarbeit waren die Differenzierung der Schutzbereiche betroffener Grundrechte und die Abgrenzung freiheits- und gleichheitsrechtlicher Aspekte. Auch die qualifizierte Betroffenheit im Rahmen der Beschwerdebefugnis stellte viele Studierende vor Herausforderungen. Der Sachverhalt weist einen erhöhten Umfang auf, womit den Studierenden jedoch eine Vielzahl an Argumenten und Anregungen für die Recherche gegeben wurde. Der Notendurchschnitt betrug 6,84 Punkte; die Durchfallquote (nur) ca. 20 %.

Sachverhalt

Bundesgesundheitsminister B ist ernüchtert, als er im Januar 2023 erfährt, dass laut der Deutschen Stiftung Organspende (DSO), der Koordinierungsstelle gem. § 11 Abs. 1 TPG, die Zahl der Organspenden weiter stagniert. Trotz der Einführung des Gesetzes zur Verbesserung der Zusammenarbeit und der Strukturen bei der Organspende im Jahr 2019 und der Einführung der Entscheidungslösung im Jahr 2021 konnte die Anzahl der Organtransplantationen bei gleichbleibend hohem Bedarf nicht gesteigert werden. Mit der Entscheidungslösung wurde an dem Grundsatz festgehalten, dass eine Organspende nur durchgeführt wird, wenn der Spender seine Bereitschaft hierzu ausdrücklich erklärt hat. Bestrebungen zur Einführung der sog. Widerspruchslösung, wonach eine Spende bei ausbleibendem Widerspruch stets zulässig wäre, war im Jahr 2021 zugunsten der Entscheidungslösung gescheitert. Die Entscheidungslösung sieht in ihrer 2021 verabschiedeten Form insbesondere vor, dass die Bevölkerung in den Ausweisstellen Informationsmaterialien erhält, Ärzte Beratungsgespräche anbieten können und Grundwissen zur Organspende in Erste-Hilfe-Kurse integriert werden soll. B fühlt sich bestätigt, dass diese „lasche Regelung“ ein „großer Fehler“ war.

B ist vor allem über die anhaltende „Trittbrettfahrerei“ von Bürgerinnen und Bürgern empört: Während nach wissenschaftlichen Erkenntnissen im Jahr 2022 84 % eine Organspende befürworten, hätten nur 40 % der Bevölkerung ihre Entscheidung auch dokumentiert. Im Falle der eigenen Erkrankung und eines daraus folgenden Organversagens würden hingegen nach wissenschaftlichen Erkenntnissen nur weniger als 10 % der Betroffenen ein Spenderorgan ablehnen. Diese Diskrepanz ist aus Sicht des B ein „alarmierendes Zeichen fehlender gesellschaftlicher Solidarität“.

Gleichwohl hält er es nicht für denkbar, dass der Bundestag zwei Jahre nach der Entscheidung gegen die Widerspruchslösung nun eine solche befürworten würde. Er berät sich deshalb mit Parteikollegin P dazu, wie man Anreize für eine Erhöhung der Organspendenbereitschaft schaffen könnte, die keine Verwerfung der Entscheidungslösung bedürfen und dennoch „endlich dem Sterben auf der Warteliste ein Ende setzen“. Tatsächlich starben 2022 nach Zahlen der DSO 743 Menschen auf den Wartelisten für Organe. Ziel soll es sein, „gesellschaftliche Solidarität und Spenderzahlen zu erhöhen“. P schlägt vor, eine „Solidaritätsregel“ in das Transplantationsgesetz (TPG) aufzunehmen. Danach sollen Personen, die sich für eine Organspende entscheiden, im Falle eines eigenen Organversagens

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozial- und Gesundheitsrecht und Rechtsphilosophie (Prof. Dr. Stefan Huster). Die Autorinnen sind ebd. Stud. Mitarbeiterinnen.

bevorzugt werden. Die Priorisierung könne in zweierlei Hinsicht erfolgen: Einerseits durch eine Zuordnung sog. „Zusatzpunkte“ für die Wartelisten gem. § 16 Abs. 1 S. 1 Nrn. 2, 5 TPG in einem Umfang, der die Wartezeit um 50 % verkürzt, was aus ihrer Sicht ein starker Anreiz wäre. Zum anderen soll bei gleicher Priorität von Wartelistenpatienten derjenige den Vorzug erhalten, der sich seinerseits zuvor für eine Organspende entschieden hat. Bisher werden Organe nach den Richtlinien zur Wartelistenführung zunächst anhand organspezifisch-medizinischen Kriterien, dann nach der Transportentfernung und zuletzt nach der Wartezeit vergeben.

B ist von dem Vorschlag angetan. Wer solidarisch handle, dem solle auch die Solidarität der Bevölkerung zukommen. Die „Doppelmoral“ vieler Bürger müsse ein Ende haben. Es solle sich, so B, vielmehr lohnen, Organe zu spenden.

B hat jedoch zunächst noch einige Bedenken: Einerseits müsse jeder die Möglichkeit haben, sich informiert zu entscheiden. Man brauche zudem sicher ein Verfahren und eine Wartezeit. So bedürfe es auch einer Regelung, bis wann man sich entscheiden könne: Denn vielfach würden Patienten im Zeitpunkt der eigenen Organbedürftigkeit aufgrund starker Medikation, insbesondere der Einnahme von Immunsuppressiva, selbst nicht mehr als Organspender in Betracht kommen. Würde man zu diesem Zeitpunkt eine Entscheidung für die Organspende noch einbeziehen, würde dies den Gedanken der Regelung „ad absurdum“ führen.

Dies berücksichtigend erstellen B und P einen Gesetzentwurf mit dem Titel „Gesetz zur Stärkung der Solidarität in der Organspende“, kurz GSSO. Das Gesetz regelt eine Ergänzung des Transplantationsgesetzes:

Art. 1 GSSO (Alle Ergänzungen kursiviert)

§ 12 Abs. 3 TPG wird wie folgt um zwei Sätze ergänzt:

Die vermittlungspflichtigen Organe sind von der Vermittlungsstelle nach Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, insbesondere nach Erfolgsaussicht und Dringlichkeit für geeignete Patienten zu vermitteln. Bei der Wartelistenführung werden die Wartelistenpunkte von Personen, die mindestens sechs Monate vor Aufnahme auf die Warteliste ihre Bereitschaft zu einer postmortalen Spende zumindest eines Organs nach den Vorgaben des Absatz 3a erklärt haben, um den Faktor 1,5 multipliziert. Ist bei der Entscheidung nach den Richtlinien über die Wartelistenführung die Wartezeit entscheidend und hat nur ein Patient zum gemäß § 2 GSSO festgelegten Stichtag seine Bereitschaft zur Spende zumindest eines Organes erklärt, so wird dieser unbeschadet seiner Wartezeit vorgezogen. Die Wartelisten [...].

Art. 2 GSSO

In § 12 TPG wird ein Absatz 3a eingefügt, der wie folgt lautet:

Die Bereitschaft zur Spende im Sinne des Absatz 3 Satz 2 ist gegenüber einem Hausarzt nach vorheriger Aufklärung gemäß § 2 Abs. 1a TPG schriftlich zu erklären. Die Priorisierung i.S.d. Abs. 3 S. 2 erfolgt unabhängig einer Erklärung der Bereitschaft zur Spende auch, wenn

- 1. der Patient vor dem 1. Juli 2024 auf die Warteliste aufgenommen wurde, oder*
- 2. der Patient im Zeitpunkt der Aufnahme auf die Warteliste das 17. Lebensjahr nicht vollendet hat, oder*
- 3. sich der Patient sechs Monate vor Aufnahme auf die Warteliste in einem Zustand der Einwilligungsunfähigkeit befand, oder*
- 4. ein Patient aufgrund dauerhaft bestehender, medizinischer Gründe keine Organe spenden kann.*

Die Änderung des TPG durch das GSSO wird im Bundestag mit knapper Mehrheit beschlossen und tritt am 1.7.2023 formell ordnungsgemäß in Kraft. In der Diskussion hatten einige Parlamentarierinnen und Parlamentarier verfassungsrechtliche Bedenken erhoben. Die Neuregelung des § 12 Abs. 3 TPG verenge den „Schutz des Staates für kranke Menschen“ auf einen Schutz von „kranken Menschen einer erwünschten Moral und Weltanschauung“. Es sei das Recht jedes Einzelnen, zu bestimmen, ob sein Körper der Organspende zur Verfügung stehe. Der Körper gehöre keineswegs dem Staat – eine staatliche Disposition darüber sei grundrechtswidrig. Die Regelung zwinge zwar nicht zur Organspende, führe aber zu einem faktischen Zwang, sich zur Organspende bereit zu erklären. Das zudem auch Minderjährigen zuzumuten, könne nicht angehen. Sie müssten gänzlich exkludiert und eine Übergangsfrist nach Eintritt der Volljährigkeit gewährleistet sein. Durch die Priorisierung von Spendenwilligen würden zudem Spendenunwillige zwangsläufig „auf die hintersten Plätze“ geschoben, auf denen ein Tod auf der Warteliste besonders wahrscheinlich sei. Zwar würden Patientinnen und Patienten, was zutrifft, bei einer besonders hohen Dringlichkeit (sog. „High Urgency“, „HU“) auch weiterhin gemäß den Richtlinien der Bundesärztekammer gem. § 16 Abs. 1 S. 1 Nrn. 2, 5 TPG bevorzugt behandelt. Eine Organvermittlung als „HU“ sei jedoch immer nur ultima ratio, womit Patientinnen und Patienten mit diesem Status in der Regel bereits sehr lange auf ein Organ warten und sich regelmäßig in einem dramatisch schlechten Körperzustand befänden. Vielfach erreichten, – was ebenfalls zutrifft – Patientinnen und Patienten dieses Stadium schon deshalb nicht, weil vorher Kontraindikationen eintreten, die einer Organübertragung entgegenstünden. Damit seien spendenunwillige Personen „dem Tod geweiht“. Einer vermeintlichen Trittbrettfahrermentalität könne mit dem Gesetz ohnehin nicht entgegengewirkt werden, da die Möglichkeit bestehe, dass Personen zunächst ihre Bereitschaft erklärten, dann aber im hohen Alter oder in Erwartung des eigenen Todes ihre Zustimmung widerrufen.

Das sieht auch die 16-jährige J so, die in der Presse von dem neuen Gesetz erfährt. Ihr Vertrauen in Staat und Ärzteschaft ist gering. J ist der Meinung, dass das Gesetz in unzumutbarer Weise Druck ausübt, sich für eine Organspende zu entscheiden. Sie habe sich selbst noch nicht entschieden, ob sie Organe spenden wolle. So werde aber die freie Entscheidung darüber, Organe der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen, unzumutbar beeinflusst. Jeder Mensch sei „gleich viel wert“, ganz unabhängig davon, ob er Organe spende. Der Staat müsse deshalb auch alle Menschen gleichermaßen schützen. Stattdessen habe die Politik eine Priorisierung massiven Ausmaßes „aus der Luft gegriffen“. Niemand verstehe, weshalb Spendenwillige ausgerechnet 50 % mehr wert seien. Den Argumenten der kritischen Parlamentarierinnen und Parlamentarier schließt sie sich an. Sie ist der Überzeugung, es müsse jetzt etwas getan werden, um dieses „Unrecht“ noch rechtzeitig zu verhindern. Ob aus den Reihen des Bundestages gegen das Gesetz vorgegangen werde, wolle sie nicht abwarten.

Zusammen mit ihrer 45-jährigen Tante T, die streng religiös lebt, erhebt J deshalb jeweils form- und fristgemäß eine Verfassungsbeschwerde gegen die „neuen Regeln aus dem TPG“, in der die beiden die Argumentation der Parlamentarierinnen und Parlamentarier sowie ihre eigenen Argumente vorbringen.

T ist von einem Leben nach dem Tod an der Seite Gottes überzeugt. Sie interpretiert die Bibel dahingehend, dass „die Auferstehung und Himmelfahrt Jesu Christi Beweis genug dafür ist, dass der Mensch als Ganzes weiterlebe.“ Sie ist dabei sicher, dass ein solches Fortleben ohne ihre Organe nicht denkbar ist. Dass ihr Glaube die Organspende nicht zulasse, der Annahme eines Organs jedoch keine Bedenken gegenüberstehen, sei keine Doppelmoral. Denn maßgeblich sei allein, dass sie als „vollständiger Mensch“ sterbe und „Gott begegne“. Wenn andere Mitbürgerinnen und Mitbürger ihre Organe hingegen auf Grundlage anderer Überzeugungen im Falle ihrer Erkrankung an sie spendeten, sei dies ein „großes Geschenk“. Sie jedoch könne dies nicht.

Wenn nun der Gesetzgeber, so meint T, ihre Überlebenschancen im Falle eines Organversagens so drastisch reduziere, werde sie gezwungen, sich zwischen ihrer Religion und dem Schutz ihrer Gesundheit zu entscheiden. Das stünde ihr aber nicht frei: Das „Wort Gottes“ gelte für sie, seit sie denken könne. Auch in Ansehung der „massiven Nachteile“ sei es ihr unmöglich, ihren Glauben „zu opfern“. Dass sie durch den Staat in diese Lage versetzt werde, sei mit Grundrechten unvereinbar. Sie werde hierdurch gegenüber Andersgläubigen und Atheisten zudem benachteiligt.

B, der mittlerweile durch die Medien von den erhobenen Verfassungsbeschwerden erfahren hat, äußert sich in einer Talkshow zu den Vorwürfen der Verfassungswidrigkeit. Er sei erstaunt, dass sich wieder einmal die beschweren, die „weder den Klinikalltag kennen noch auf der Warteliste stehen und etwa auf eine Dialysemaschine angewiesen sind“. Aus ihrer Position sei Kritik leicht geäußert. Er stört sich auch an der Glaubensinterpretation der T und ihrer Sympathisantinnen und Sympathisanten, die aus seiner Sicht nur vorgeschoben sei: Die großen christlichen Kirchen lehnten, was zutrifft, Organspenden keineswegs kollektiv ab. Es könne „nicht jeder die Bibel interpretieren, wie er wolle“, nur um „seine fehlende Solidarität vor sich selbst zu rechtfertigen“. Die Priorisierung von Spendenwilligen sei auch kein „Bruch mit der Gleichwertigkeit menschlichen Lebens“. Ohnehin gehe es mit der Organspende um ein Ereignis nach dem Tod. Dass der Einzelne einen Beitrag leisten müsse, um auch etwas zu erhalten, sei dem Gesundheitssystem mit Blick auf die Krankenkassen im Übrigen nicht fremd. Es sei völlig klar, dass der Staat jeden Menschen vor dem Tod auf der Warteliste bewahren wolle. Dabei müsse er aber zwangsläufig eine gewisse Reihenfolge vorgeben, die auch berücksichtigen könne, wer „den Mangel verursache, der zu dieser Verteilungsproblematik führt“. Die Ausgestaltung dieser Reihenfolge stünde der Legislative zu. Auch das Argument, es könne weiterhin zu „Trittbrettfahrerei“ kommen, überzeugt B nicht. Zum einen sei der eigene Tod vielfach nicht vorhersehbar, zum anderen sei ein „solch kollektives Fehlverhalten“ nicht zu erwarten. Denn wie die wissenschaftlichen Erkenntnisse zur Spendenbereitschaft zeigten, seien ja viele Bürgerinnen und Bürger bereit, zu spenden – sie müssten dazu aber auch „effektiv bewegt werden“. Die Sorge vor dem eigenen Nachteil werde viele Menschen zu der Einsicht bewegen, ihre Bereitschaft dauerhaft zu manifestieren, so B. Den Verfassungsbeschwerden spricht er nach alledem keine Erfolgchancen zu.

Fallfrage

Haben die von J und T gemeinsam eingereichten Verfassungsbeschwerden gegen § 12 TPG in seiner durch das GSSO geänderten Fassung Aussicht auf Erfolg? Aus der Zulässigkeit ist allein die Beschwerdebefugnis zu prüfen.

Bearbeitungsvermerk

Es ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen, ggf. hilfsgutachtlich, einzugehen. Bearbeitungszeitpunkt ist der 1. Juli 2023.

Andere als die im Sachverhalt oder Bearbeitungsvermerk erwähnten Normen des Transplantationsgesetzes (TPG) sind nicht zu beachten, wobei von ihrer Verfassungsmäßigkeit auszugehen ist (dies gilt nicht für die durch das GSSO neu eingefügten Regelungen in § 12 TPG). Auf die Lebendorganspende gem. § 8 TPG ist nicht einzugehen. Die Richtlinien der Bundesärztekammer gem. § 16 Abs. 1 S. 1 TPG sind nur insoweit einzubeziehen, als sie im Sachverhalt beschrieben sind. Auch von ihrer Verfassungsmäßigkeit ist auszugehen.

Gehen Sie weiter davon aus, dass für alle organbezogenen Wartelisten eine Priorisierung im Wege eines Punktesystems erfolgt. Auf § 2 Abs. 1a TPG wird hingewiesen. Auf Regelungen der Sozialgesetzbücher ist nicht einzugehen. Ob B durch seine öffentlichen Äußerungen gegen Pflichten aus der Ver-

fassung verstößt, ist nicht zu prüfen. Eine Verletzung der Beschwerdeführerinnen in ihrem Grundrecht aus Art. 14 GG ist nicht zu prüfen.

Lösungsvorschlag

A. Zulässigkeit	741
I. Beschwerdebefugnis	741
1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung	741
2. Qualifizierte Betroffenheit	741
a) Selbstbetroffenheit	741
b) Gegenwärtigkeit	742
c) Unmittelbarkeit	743
II. Zwischenergebnis	743
B. Begründetheit	743
I. Religionsfreiheit, Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG der T	743
1. Schutzbereich	743
a) Persönlicher Schutzbereich	743
b) Sachlicher Schutzbereich	744
2. Eingriff	745
a) Klassischer Eingriffsbegriff	745
aa) Rechtsförmigkeit	745
bb) Finalität	745
cc) Imperativität	745
b) Mittelbarer Eingriff	746
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	746
a) Schranke des Art. 4 Abs. 1 Var. 1 GG	746
b) Schranken-Schranken, insb. Verhältnismäßigkeit	747
aa) Legitimer Zweck	747
bb) Geeignetheit	747
cc) Erforderlichkeit	747
dd) Angemessenheit	748
(1) Abstrakte Gewichtung der abzuwägenden Verfassungsgüter	748
(2) Konkrete Gewichtung	748
II. Recht der J und T auf freie Entscheidung über den Umgang mit den Organen nach dem Tod	749
1. Herleitung	749

2. Spezialität	750
3. Schutzbereich	751
4. Eingriff	751
5. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung, insbesondere Verhältnismäßigkeit	751
a) Schranke des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts	751
b) Schranken-Schranken, insbesondere Verhältnismäßigkeit	752
aa) Maßstab	752
bb) Legitimer Zweck	752
cc) Geeignetheit und Erforderlichkeit der Regelung	752
dd) Angemessenheit der Regelung	752
III. Gewissensfreiheit, Art. 4 Abs. 1 Var. 2 GG von T und J	754
1. Schutzbereich	754
2. Ergebnis	754
IV. Weltanschauungsfreiheit, Art. 4 Abs. 1 Var. 4 GG von T und J	754
1. Schutzbereich	754
2. Ergebnis	755
V. Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG von T und J	755
VI. Grundrecht auf Gleichbehandlung, Art. 3 Abs. 1 GG durch Zusatzpunkte für Spendenwillige	755
1. Kein spezieller Gleichheitssatz	755
2. Ungleichbehandlung	756
3. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	756
a) Prüfungsmaßstab	756
b) Rechtfertigungsprüfung	757
aa) Begünstigung von Spendenwilligen	757
bb) Anreizsetzung	758
c) Zwischenergebnis	760
4. Zwischenergebnis	760
VII. Ergebnis zur Begründetheit	760
C. Endergebnis	760

Die Verfassungsbeschwerden der T und J haben Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet sind.

A. Zulässigkeit

Die Zulässigkeit setzt zunächst die Erfüllung der allgemeinen und besonderen Sachentscheidungs-voraussetzungen voraus, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG.

I. Beschwerdebefugnis

T und J müssten gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG, beschwerdebefugt sein. Dazu müssten beide die Möglichkeit einer qualifizierten Grundrechtsverletzung behaupten können.¹

1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung

Zunächst dürfte die Möglichkeit einer Verletzung von Grundrechten der Beschwerdeführerinnen nicht schlechthin ausgeschlossen sein.²

T argumentiert, dass § 12 TPG n.F. durch die in Rede stehende Priorisierung von Spendern zu einer Entscheidung für die Organspende dränge, die mit ihrer Glaubensüberzeugung unvereinbar sei. Somit erscheint es nicht ausgeschlossen, dass § 12 Abs. 3 S. 2, S. 3, Abs. 3a TPG das Grundrecht der Religionsfreiheit, Art. 4 Abs. 1 Var. 1 GG, der T verletzt.

Durch die Gesetzesänderung sehen sich beide Beschwerdeführerinnen gezwungen, sich mit der Entscheidung hinsichtlich des Verfahrens mit ihrem Körper nach dem eigenen Tod zu befassen, womit ein gewisser Entscheidungsdruck hinsichtlich einer persönlichkeitsnahen Entscheidung entstehen kann. So ist es nicht von vornherein auszuschließen, dass T und J hierdurch in ihrem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) verletzt sein könnten. Gleichermaßen ist auch eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) zumindest denkbar.

Weiter werden durch § 12 TPG organspendenbereite Personen priorisiert und somit anders behandelt als Spendenunwillige, denen diese Priorisierung nicht zukommt. Mithin ist auch eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1, 3 GG nicht von vornherein ausgeschlossen. Somit besteht die Möglichkeit der Grundrechtsverletzung bezüglich T und J.

2. Qualifizierte Betroffenheit

T und J müssten weiter qualifiziert, also selbst, gegenwärtig und unmittelbar durch die hoheitliche Maßnahme – § 12 Abs. 3 S. 2, S. 3, Abs. 3a TPG als Akt der Legislative – betroffen sein.

a) Selbstbetroffenheit

Selbstbetroffen sind T und J, wenn sie Adressatinnen der Norm sind. § 12 Abs. 3 S. 2, S. 3 TPG führen zur Priorisierung bei der Organvergabe, wenn die Personen sich zuvor selbst zu einer Organspende bereiterklärt haben, und damit zum Entscheidungsdruck für jeden, der als potenzieller Organspender³ in Betracht kommt. T ist zur Organspende befugt und fällt nicht unter die Ausnahme des § 12 Abs. 3a S. 2 TPG. Fraglich ist allein, ob auch J aufgrund ihres Alters bereits Adressatin der Norm ist.

¹ BVerfGE 89, 155 (171); *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 53. Lfg., Stand: Februar 2018, § 90 Rn. 339.

² Vgl. *Grünwald*, in: BeckOK BVerfGG, Stand: 1.6.2024, § 90 Rn. 81 f. m.w.N.

³ Im Sinne einer besseren Lesbarkeit wird im Text das generische Maskulinum verwendet, sofern sich aus dem Fall kein anderes ergibt. Gemeint sind jedoch immer alle Geschlechter.

Wegen der Ausnahmeregelung in Abs. 3a Nr. 2 TPG gelten die gesetzlichen Regelungen erst für Personen, die das 17. Lebensjahr vollendet haben. Zum Zeitpunkt des Eintretens der Wirkung einer Entscheidung und einer entsprechenden Priorisierung am 1.7.2024 ist J 17 Jahre alt und fällt somit auch nicht mehr unter die Ausnahmeregelung des Abs. 3a Nr. 2 TPG. Folglich ist auch J Adressatin der Norm und sowohl T als auch J sind auch selbst betroffen.

b) Gegenwärtigkeit

Zudem müssten T und J gegenwärtig betroffen sein. Dies ist der Fall, wenn der Akt der öffentlichen Gewalt die Beschwerdeführer schon oder noch in eigenen Rechten betrifft.⁴

Dazu müsste der Beschwerdegegenstand die Beschwerdeführer bereits jetzt und nicht erst irgendwann in Zukunft betreffen.⁵ Ausnahmsweise kann jedoch eine wahrscheinliche, zukünftige Betroffenheit ausreichen, wenn konkret absehbar ist, *dass* und *wie* der Beschwerdeführer zukünftig betroffen sein wird.⁶

§ 12 Abs. 3, 3a TPG ist bereits in Kraft getreten. Problematisch könnte sein, dass zum aktuellen Zeitpunkt weder T noch J ein Spenderorgan benötigen, sodass zumindest die Priorisierung zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht erfolgt. Die Auswirkungen der Bevorteilung oder Benachteiligung im Vergleich zu anderen Personen werden zudem erst dann deutlich, wenn der Adressat ein Spenderorgan benötigt und auf die Warteliste aufgenommen wird. Insoweit ist auch nicht durchschlagend, dass Überlegungen zur Organspende bereits *im heute* beginnen mögen: Denn will man eine ausbleibende Priorisierung verhindern, ist mit der Entscheidung noch bis zum 1.1.2024 Zeit, da die eigene Spendenbereitschaft erst ab dem 6.7.2024 – sechs Monate später – die Allokation beeinflusst, vgl. § 12 Abs. 3a Nr. 1 TPG.

Andererseits verändert sich die Rechtsstellung durch die Priorisierungsregel ganz unabhängig vom Organbedarf. Im Lichte dessen ist neben dem *wann* der künftigen Betroffenheit von dieser Priorisierung auch bereits vorhersehbar, *dass* und *wie* die Entscheidung über die eigene Spendenbereitschaft Auswirkungen auf die Rechtsstellung von T und J haben wird. Außerdem ist auch konkret absehbar, dass und wie die Regelung eine Beeinflussung der Entscheidungsfindung für oder gegen die Erklärung der eigenen Organspendebereitschaft zukünftig hervorrufen kann. Das genügt nach dem oben dargestellten Maßstab für die gegenwärtige Betroffenheit.⁷

In Bezug auf J ergibt sich die Besonderheit, dass diese noch 16 Jahre alt ist. Allerdings fällt sie, wie bereits dargestellt, nicht unter die Ausnahmeregelung des Abs. 3a Nr. 2 TPG, sodass J gleichermaßen heute mit den Überlegungen beginnen muss. Damit hat ihr Alter keine Auswirkungen auf die Gegenwärtigkeit.

Folglich sind T und J gegenwärtig betroffen.

Hinweis: In den vorstehenden Kriterien der qualifizierten Betroffenheit schlichen sich bei vielen Studierenden Fehler ein, da entweder verkannt wurde, dass J am 1.7.2024 17 Jahre alt sein wird, und/oder die Bedeutung der Formulierung „das 17. Lebensjahr nicht vollendet“ verkannt wurde. Auch die

⁴ Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 53. Lfg., Stand: Februar 2018, § 90 Rn. 366 m.w.N.

⁵ Vgl. Grünwald, in: BeckOK BVerfGG, Stand: 1.6.2024, § 90 Abs. 1 Rn. 94.

⁶ Vgl. zur gegenwärtigen Relevanz erst künftiger Wirkungen bzgl. Entscheidungen im „Jetzt“: Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 53. Lfg., Stand: Februar 2018, § 90 Rn. 367 f. m.w.N.; Grünwald, in: BeckOK BVerfGG, Stand: 1.6.2024, § 90 Abs. 1 Rn. 95; BVerfGE 60, 360 (372).

⁷ Vgl. Fn. 6.

Anforderungen an die Gegenwärtigkeit wurden teils verengt dargestellt. Die Ausführungen rund um das Alter konnten kürzer ausfallen, ganz unabhängig davon, ob die zukünftige Betroffenheit auch in Art und Ausmaß feststeht.

c) Unmittelbarkeit

Die Beschwerdeführerinnen müssten auch unmittelbar betroffen sein. Die Unmittelbarkeit ist zu verneinen, wenn zur Durchführung des Gesetzes ein weiterer Vollzugsakt notwendig ist.⁸

§ 12 Abs. 3 S. 2, S. 3 TPG bedarf zu seiner Wirkung in Form der Priorisierung und Beeinflussung der Entscheidung keines Vollzugsaktes. Zwar kommt die Priorisierung erst durch die Warteliste zu tragen, Art und Umfang werden jedoch durch das Gesetz unmittelbar bestimmt. T und J sind folglich unmittelbar betroffen.

Mithin sind J und T qualifiziert betroffen und somit insgesamt beschwerdebefugt.

II. Zwischenergebnis

Die Verfassungsbeschwerden von T und J sind damit zulässig.

Aufbauhinweis: Eine getrennte Prüfung der Verfassungsbeschwerden ist selbstverständlich möglich.

B. Begründetheit

Weiterhin müssten die Verfassungsbeschwerden auch begründet sein. Dies ist der Fall, wenn eine oder beide der Beschwerdeführerinnen in einem ihrer Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt sind, vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG.

I. Religionsfreiheit, Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG der T

Zunächst könnte T durch § 12 Abs. 3 S. 2, S. 3, Abs. 3a TPG in ihrem Grundrecht auf Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG verletzt sein.

1. Schutzbereich

Dazu müsste zunächst der Schutzbereich des Grundrechts in persönlicher und sachlicher Hinsicht eröffnet sein.

a) Persönlicher Schutzbereich

Einerseits müsste der persönliche Schutzbereich eröffnet sein. In persönlicher Hinsicht schützt Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG jedermann, also jedenfalls jede natürliche Person und damit auch T. Damit ist der persönliche Schutzbereich eröffnet.

⁸ Vgl. Meyer, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl. 2021, Art. 93 Rn. 113; st. Rspr., vgl. BVerfGE 1, 97 (102 f.); 109, 279 (305); 115, 118 (137).

b) Sachlicher Schutzbereich

Ebenso müsste § 12 Abs. 3 S. 2, S. 3, Abs. 3a TPG ein Verhalten betreffen, das vom sachlichen Schutzbereich der Glaubens- und Religionsfreiheit umfasst ist. Im Glauben äußert sich die religiöse Sinndeutung von Welt und Mensch.⁹ Geschützt wird zum einen das Recht, einen Glauben innezuhaben und diesen der Beeinflussung des Staates zu entziehen, was dem *forum internum* zuzuordnen ist,¹⁰ und zum anderen das *forum externum* und damit das Recht, den Glauben kundzutun und das gesamte Verhalten an den Lehren dieses Glaubens auszurichten und demgemäß zu handeln.¹¹

T hat bestimmte Vorstellungen darüber, welche Folgen eine Organspende auf ihr Leben nach dem Tod hat, und sieht sich daher durch das Gesetz in ihrer individuellen Entscheidungsfindung eingeschränkt. Fraglich ist dabei, ob diese zugrundeliegende Glaubensinterpretation der T ausreicht oder der Glaube an eine konkrete Religionsgemeinschaft angebunden sein muss.

Die Definitionshoheit über Glauben und Religion zu individualisieren, birgt das Risiko, dass jedwedes Verhalten unter Verweis auf eine (vermeintliche) religiöse Überzeugung unter einen besonderen Schutz gestellt werden könnte.¹² So könnte jedes staatliche Gesetz einen Eingriff in die Religionsfreiheit begründen. Deshalb wird teilweise erwogen, die Interpretation institutionell an Religionsgemeinschaften anzuknüpfen.

Dem ist jedoch zu schon in systematischer Hinsicht zu entgegnen, dass es sich bei Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG um ein Individualgrundrecht handelt. Die Anknüpfung an Religionsgemeinschaften und eine „Mehrheitsüberzeugung“ würde den Schutzbereich erheblich verengen und den Freiheitsschutz des Einzelnen in Abhängigkeit zu anderen stellen. Richtig ist aber auch, dass nach dem oben Gesagten durchaus ein Missbrauchsrisiko besteht. Dem zu begegnen, ist jedoch gleichermaßen innerhalb einer subjektiven Schutzbereichsbestimmung¹³ möglich. So ist vor allem eine hinreichend substantiierende Darlegung zu verlangen, dass das Verhalten tatsächlich nach geistigem Gehalt und äußerer Erscheinung in plausibler Weise einer religiösen Motivation folgt (Plausibilitätskontrolle).¹⁴

Die Glaubensvorstellung muss folglich nicht von der Allgemeinheit der Gläubigen geteilt oder religionswissenschaftlich beweisbar sein. Sie muss insbesondere nicht an eine bestimmte Religionsgemeinschaft gekoppelt werden.¹⁵

T legt vorliegend dar, dass sie durch das Gesetz einem Entscheidungsdruck ausgesetzt ist, bei dem eine Entscheidung zur Organspende mit ihren *bindenden* Glaubensvorstellungen kollidiert. Dabei beruft sie sich auf persönliche Vorstellungen, welche an die christlichen Kirchen angebunden sind, jedoch nicht vollständig mit ihnen übereinstimmen.

Sie lebt streng religiös und glaubt an ein Leben nach dem Tod, welches sie jedoch nur als „ganzer Mensch“ mit ihren Organen führen könne. Auch wenn die Vorstellung einer Auferstehung rational unplausibel erscheinen mag, so ist sie doch verschiedensten religiösen Strömungen bekannt. T stellt hierzu einen eigens interpretierten, aber im Lichte dessen nicht unschlüssigen Zusammenhang her. Die Darstellung ist damit plausibel. So verstanden ist eine Organspende mit der Auferstehung und damit ihrem religiösen Konzept unvereinbar. Die freie Entscheidung über die Organspende ist also

⁹ Vgl. Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 39. Aufl. 2023, § 12 Rn. 709.

¹⁰ Sydow, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl. 2023, Art. 4 Rn. 112 m.w.N.

¹¹ Vgl. nur Sydow, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 4 Rn. 112 m.w.N.

¹² Vgl. etwa Classen, Religionsrecht, 3. Aufl. 2021, S. 86.

¹³ Vgl. BVerfGE 24, 236 (247 f.), fortgeführt durch BVerfGE 32, 98 (106 f.), seitdem st. Rspr.; Sydow, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 4 Rn. 83 f.

¹⁴ Vgl. nur BVerfGE 108, 282 (299); Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 92. Lfg., Stand: August 2020, Art. 4 Rn. 80.

¹⁵ Vgl. BVerfGE 33, 23 (28 f.); überblickend nur Germann, in: BeckOK Grundgesetz, Stand: 15.6.2024, Art. 4 Rn. 15 ff.

Teil des forum externum des Glaubens der T.

Der Schutzbereich ist somit auch in sachlicher Hinsicht und damit insgesamt eröffnet.

2. Eingriff

§ 12 Abs. 3 S. 2, S. 3, Abs. 3a TPG müsste in den Schutzbereich der Religionsfreiheit eingreifen.

a) Klassischer Eingriffsbegriff

Nach dem klassischen Eingriffsbegriff wird ein Eingriff als „ein rechtsförmiger Vorgang verstanden, der unmittelbar und gezielt (final) durch ein vom Staat verfügbares, erforderlichenfalls zwangsweise durchzusetzendes Ge- oder Verbot, also imperativ, zu einer Verkürzung grundrechtlicher Freiheiten führt“.¹⁶

aa) Rechtsförmigkeit

§ 12 TPG als formelles Gesetz ist ein Hoheitsakt (der Legislative) und damit rechtsförmig.

bb) Finalität

Weiter müsste dieser Akt final sein, also eine Verkürzung der Freiheit bezwecken.¹⁷ Der Gesetzgeber müsste beabsichtigt haben, einen Entscheidungsdruck bei den Adressaten auszulösen. Ist der Zweck jedoch allein die Priorisierung, so wäre ein Eingriff in Gleichheitsrechte denkbar, einem Eingriff in die Religionsfreiheit genügt dies nicht. Ziel der Gesetzesänderung ist eine Erhöhung der Spenderzahlen. Allein durch eine Priorisierung von spendenwilligen Personen erfolgt jedoch keine automatische Steigerung der Spenderzahlen. Vielmehr erfolgt die Priorisierung nicht nur „priorisierungshalber“, sondern gerade zur Erhöhung der Spenden durch den Druck, der mit der Priorisierung einhergeht. Die Setzung von Anreizen für eine Entscheidung zugunsten der Organspende steht damit im Vordergrund. Dies wirkt auch gegenüber Personen, die dies aus religiösen Gründen ganz oder teilweise ablehnen. Somit wird mit der Norm auch bezweckt, dass die Entscheidung von Personen beeinflusst wird, die aufgrund ihres Glaubens aus Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG nicht spenden wollen oder können. Somit ist der Hoheitsakt auch final.

Hinweis: Eine andere Auffassung ist hier sehr gut vertretbar. Dann sollte schon insoweit auf die Kategorie des mittelbaren, influenzierenden Eingriffs eingegangen werden. Auch von vornherein hierauf abzustellen, wurde nicht negativ bewertet.

cc) Imperativität

Ebenso müsste das staatliche Handeln – hier die Beeinflussung – imperativ wirken, also mit Zwang durchsetzbar sein.¹⁸ Das Gesetz knüpft an eine Entscheidung für oder gegen eine Organspende Priorisierungsfolgen im Krankheitsfalle. Hingegen kann der Einzelne nicht gezwungen werden, sich überhaupt zu entscheiden. Eine Durchsetzung mit Zwangsmitteln ist folglich nicht möglich. Der Hoheitsakt wirkt somit nicht imperativ, womit kein klassischer Eingriff ersichtlich ist.

¹⁶ Vgl. BVerfGE 105, 279 (299 f.).

¹⁷ Vgl. nur Durner, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 98. Lfg., Stand: März 2022, Art. 11 Rn. 138.

¹⁸ Vgl. BVerfGE 105, 279 (299 f.).

b) Mittelbarer Eingriff

Die Grundrechte sollen zusätzlich auch vor faktischen oder mittelbaren Beeinträchtigungen durch den Hoheitsträger schützen.¹⁹ Dazu gehören auch sog. influenzierende Eingriffe, bei denen eine Grundrechtsausübung mit einem spürbaren Nachteil verbunden²⁰ und so Einfluss auf die Willensbildung der Grundrechtsträger genommen wird. Insofern kann auf das Erfordernis der Imperativität verzichtet werden, sofern durch staatliches Handeln eine Verhaltenssteuerung intendiert ist und menschliches Handeln durch das Setzen von Anreizstrukturen in eine bestimmte Richtung gelenkt wird (sog. Nudging).²¹

Wie bereits herausgestellt, beeinflusst die Änderung des TPG die Entscheidungsfindung der Grundrechtsträger. Durch das Gesetz kann T sich nicht frei und entsprechend ihrer religiösen Überzeugung für oder gegen eine Organspende entscheiden. Somit wird durch das Gesetz ein grundrechtlich geschütztes Verhalten erschwert und ein mittelbarer Eingriff liegt vor.

§ 12 Abs. 3 S. 2, S. 3, Abs. 3a TPG greift folglich in die Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG ein.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff in den Schutzbereich der Religionsfreiheit könnte jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

a) Schranke des Art. 4 Abs. 1 Var. 1 GG

Das setzt zunächst die Einschränkung des Grundrechts aus Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG voraus. Art. 4 Abs. 1 und 2 GG nennen keine Schranken der Religionsfreiheit. Trotz fehlender gesetzlicher Normierung kann auch dieses Grundrecht nicht schrankenlos gelten.²² Stattdessen sind mit dem BVerfG verfassungsimmanente Schranken heranzuziehen.²³

Hinweis: Hier wird im Sinne der Schwerpunktsetzung auf die Diskussion der Frage verzichtet, ob für Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG die Schranken des Art. 136 Abs. 1, 137 Abs. 3 S. 1 WRV herangezogen werden können.²⁴

Um dem zu genügen, müsste § 12 Abs. 3 S. 2, S. 3, Abs. 3a TPG als einfach-gesetzliche Regelung Rechtsgütern von Verfassungsrang dienen und diese konkretisieren.

Die Änderungen im TPG zielen auf eine Steigerung der Organspenderzahlen und damit einhergehend einer Senkung der hohen Todeszahlen auf den Wartelisten ab. Zudem führt eine Erhöhung der Spenderanzahl zu einem geringeren Anteil von High-Urgency-Transplantationen, die regelmäßig geringere Erfolgsaussichten aufweisen.²⁵ Mit der Regelung verfolgt der Gesetzgeber also den Schutz von Leben und Gesundheit der Wartelistenpatienten und kommt seiner Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2

¹⁹ Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, vor Art. 1 Rn. 28.

²⁰ Vgl. BVerfGE 110, 177 (191).

²¹ Vgl. Sauer, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, vor Art. 1 Rn. 149.

²² Augsberg, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 1 Rn. 275.

²³ BVerfGE 32, 98 (107 f.); vgl. auch Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 92. Lfg., Stand: August 2020, Art. 4 Rn. 85.

²⁴ Dazu Germann, in: BeckOK Grundgesetz, Stand: 15.6.2024, Art. 4 Rn. 47.2.; BVerwGE 112, 227 (231 ff.).

²⁵ Vgl. zu diesem Zielkonflikt des TPG nur Dannecker/Streng, JZ 2012, 444 m.w.N.

S. 1 GG in eigenem Ermessen nach. Folglich dient die Norm Rechtsgütern von Verfassungsrang und stellt somit eine taugliche Schranke des Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG dar.

b) Schranken-Schranken, insb. Verhältnismäßigkeit

Der Grundrechtseingriff müsste insbesondere verhältnismäßig sein, wozu die kollidierenden Rechtsgüter innerhalb der Abwägung in einen Ausgleich zu bringen sind. Dabei ist aufgrund der verfassungsimmanenten Schranke des Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG das Prinzip der praktischen Konkordanz zu beachten.²⁶ Das bedeutet, dass die kollidierenden Rechtsgüter in einen *optimalen* Ausgleich zu bringen sind und ein besonders strenger Maßstab für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit anzusetzen ist.²⁷

aa) Legitimer Zweck

Zuerst müsste ein legitimer Zweck, also ein Allgemeinwohlbelang, vorliegen. Bei einem schrankenlosen Grundrecht bedarf es dazu eines Zwecks von Verfassungsrang.²⁸ Das ist nach dem Gesagten hier der Schutz von Leib und Leben i.S.d. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Ein legitimer Zweck besteht.

bb) Geeignetheit

Das Gesetz müsste auch geeignet sein. Das ist der Fall, wenn es nicht schlechthin untauglich ist, den legitimen Zweck zumindest zu fördern.²⁹ § 12 Abs. 3 S. 2, S. 3, Abs. 3a TPG bezweckt nach obigen Ausführungen den Schutz von Leben und Gesundheit der Wartelistenpatienten. Der Geeignetheit entgegenstehen könnte derweil die Möglichkeit eines späteren Opt-outs. Denn Personen können zunächst ihren Spenderwillen erklären, um die Vorteile der Priorisierung zu nutzen und die Einwilligung im hohen Alter oder in Ansehung einer lebensgefährdenden Erkrankung wieder zurückziehen. Daraus ergibt sich eine nicht unerhebliche Umgehungsgefahr.

Mit Blick auf die breite, aber nicht schriftlich niedergelegte Zustimmung zur Organspende und der meist fehlenden Vorausssehbarkeit des Zeitpunkts des eigenen Todes ist eine Umgehung durch die Möglichkeit eines Opt-Outs in solch einem Umfang, dass keine relevante Steigerung der Spenderzahl mehr erreicht werden kann, fernliegend. Eine Förderung des Zwecks ist damit erwartbar. Daher ist die Regelung geeignet.

cc) Erforderlichkeit

Ebenso müsste die Regelung erforderlich sein. Dazu dürfte zur Förderung des legitimen Zwecks kein milderes Mittel gleicher Eignung ersichtlich sein.³⁰ Eine Alternative stellen Appelle an die Bevölkerung dar, sich für eine Organspende zu entscheiden. Mit der Einführung der sog. Entscheidungslösung im Jahr 2021 erfolgte eine verstärkte Bereitstellung von Informationsmaterialien, die Schaffung ärztlicher Beratungsgespräche sowie eine Integration von Grundwissen zur Organspende in Erste-Hilfe-Kursen. All diese Maßnahmen gehen ohne ersichtliche Grundrechtseingriffe einher – sind damit mildere Mittel. Die Anzahl der Organspender konnte aber auch durch diese nicht erhöht werden. Sie sind damit nicht gleichermaßen geeignet. Weiter könnte man an die Einführung einer Wider-

²⁶ Siehe nur Hufen, Staatsrecht II, Grundrechte, 10. Aufl. 2023, § 9 Rn. 31 m.w.N.; zur Anwendung in der Fallbearbeitung etwa Kaltenborn, JA 2016, 6–12.

²⁷ Hufen, Staatsrecht II, Grundrechte, 10. Aufl. 2023, § 9 Rn. 31; Kaltenborn, JA 2016, 6 (8).

²⁸ Michael/Morlok, Grundrechte, 8. Aufl. 2022, § 23 Rn. 734; vgl. BVerfGE 153, 1 (29).

²⁹ Vgl. Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 102. Lfg., Stand: August 2023, Art. 12 Rn. 171.

³⁰ Vgl. nur Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 97. Lfg., Stand: Januar 2022, Art. 20 Rn. 175 ff.

spruchslösung denken, die jedoch aufgrund des entstehenden, mittelbaren Zwangs, sich mit der Organspende auseinanderzusetzen und eine Entscheidung zu treffen,³¹ nicht milder ist. Bei alternativen Maßnahmen, wie beispielsweise der Adressierung von Mängeln in der Spendererkennung oder der Zulassung von Spenden nach Feststellung des irreversiblen Herztods, ist die Eignung nur schwer vorhersehbar, zumal insoweit eine Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers besteht. Die Regelung ist also erforderlich.

Hinweis: Möglich ist hier durchaus, weitergehend auf die erheblichen Defizite in der Spendererkennung und das damit einhergehende Potential, aber auch auf andere Regelungsoptionen einzugehen.³² Die Einordnung der dazu vorhandenen Literatur und Studienlage ist jedoch äußerst komplex und für eine Anfängerhausarbeit nicht zu erwarten.

dd) Angemessenheit

Die Einschränkung des Grundrechts müsste auch angemessen sein. Die Gesamtabwägung von der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der rechtfertigenden Gründe müsste zugunsten der Rechtfertigung ausgehen.³³ Dabei ist eine praktische Konkordanz herzustellen (siehe oben).

(1) Abstrakte Gewichtung der abzuwägenden Verfassungsgüter

In einer abstrakten Betrachtung stehen sich vorliegend die Schutzpflicht des Staates für Gesundheit und insbesondere das Leben der Wartelistenpatienten (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) und die Freiheit religiöser Überzeugungen potentieller Spender gegenüber. Die Schrankenlosigkeit der Religionsfreiheit unterstreicht dabei ihre besondere verfassungsrechtliche Relevanz. Die Gewährleistung des Lebens der Grundrechtsträger, die der Staat gem. Art. 2 Abs. 2 GG verfolgt, ist zwar „allein“ eine Schutzpflicht des Staates, welche vorliegend einem Individualrechtsgut gegenübersteht, jedoch auch Voraussetzung der individuellen Grundrechtsausübung.³⁴

(2) Konkrete Gewichtung

Es gilt nun, das Verhältnis zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Grad der Zweckerreichung konkret abzuwägen.

Die Organe stehen in der Verfügungsgewalt der jeweiligen Personen. Die Entscheidung, wie mit diesen nach ihrem Tod verfahren werden soll, wird jedoch durch § 12 Abs. 3 S. 2, S. 3, Abs. 3a TPG beeinflusst, wodurch in das Grundrecht auf Religionsfreiheit einzelner Personen eingegriffen wird. Demgegenüber steht jedoch die Schutzpflicht des Staates gegenüber aktuellen und zukünftigen Wartelistenpatienten. Der Staat kann seiner Schutzpflicht durch die Erhöhung von Spenderzahlen besser Rechnung tragen, sodass jeder Grundrechtsträger von der Gesetzesänderung profitieren kann.

³¹ So auch Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Ausarbeitung „Verteilung von Spenderorganen: zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Berücksichtigung der eigenen Spendebereitschaft“, WD 3 – 280/07, S. 12.

³² Vgl. umfassend zu Lösungsansätzen im Bereich der Spendererkennung etwa Breyer u.a., Organmangel, 2006, S. 65 ff.; zu alternativen Konzepten auch Lindner, Gesundheitsrecht.blog Nr. 4, 2023, abrufbar unter https://hss-opus.ub.ruhr-uni-bochum.de/opus4/frontdoor/deliver/index/docId/9583/file/04_Lindner_Gesundheitsrecht.blog_2023.pdf (17.7.2024).

³³ Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 102. Lfg., Stand: Januar 2024, Art. 12 Abs. 1 Rn. 177.

³⁴ Huster, in: Kischel/Kube, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1, 2023, § 21 Rn. 1: „Der ubiquitäre verfassungsrechtliche Schutz von Leben und Gesundheit lässt sich auf den besonderen Stellenwert dieser Rechtsgüter für die Entfaltung personaler Autonomie zurückführen: Leben und Gesundheit stellen existenzielle und konditionale Rechtsgüter dar.“

Die Religionsfreiheit ist derweil für viele Grundrechtsträger von zentraler Bedeutung, weshalb eine Ausnahmeregelung (parallel zu den geregelten Ausnahmen) für Menschen, deren Glauben eine Organspende verbietet, notwendig sein könnte. Dies würde allerdings auf eine Bevorzugung aufgrund eines bestimmten Glaubens hinauslaufen. Außerdem könnte dies mit vermehrten Schutzbehauptungen einhergehen: Grundrechtsträger könnten sich wahrheitswidrig auf die ergänzende Ausnahmeregelung berufen.

Die Gesetzesänderung birgt jedoch auch jetzt schon, durch die Möglichkeit des Opt-Outs, eine Missbrauchsgefahr. Wenn dadurch die Zahl der Organspenden letzten Endes nur wenig gesteigert werden kann, kann der Eingriff nicht gerechtfertigt sein. Das Risiko eines solchen Missbrauchs ist aufgrund der Unvorhersehbarkeit des eigenen Todes jedoch als gering einzuschätzen.

Das Gesetz drängt in doppelter Hinsicht zu einer Entscheidung für eine Organspende, indem es an die Entscheidung zur Organspende gleich mehrere positive Folgen knüpft. Somit ist die Beeinflussung der Entscheidung von gesteigerter Intensität.

Dennoch ist zu bedenken, dass laut Sachverhalt³⁵ die Mehrheit der Bevölkerung (90 %) einer Organentgegennahme zustimmt. Während 84 % eine Organspende befürworten, haben allerdings nur 40 % der Bevölkerung ihre Entscheidung auch dokumentiert. Daher ist zu überlegen, ob der Staat eine solche „Trittbrettfahrerei“ limitieren kann. Denn einerseits verstärken Personen, die sich gegen eine Organspende entscheiden, die Organknappheit. Andererseits wollen eine Vielzahl dieser Personen im Bedarfsfall ein Organ zugeteilt bekommen – erwarten also Solidarität anderer Mitbürger. Im Rahmen einer gerechten Verteilung von medizinischen Ressourcen scheint es daher auch legitim, dass der Gesetzgeber einem solchen Verhalten entgegenwirkt. Zumal die Änderung in § 12 Abs. 3 S. 2, S. 3, Abs. 3a TPG dabei noch eine weniger einschränkende Lösung darstellt: Wer selbst kein Organspender sein möchte, der wird nicht von der Versorgung ausgeschlossen und in Situationen extremer Dringlichkeit (sog. HU-Status) wie bisher priorisiert.

Indem der Gesetzgeber damit gleichermaßen auf den Schutz Spendenunwilliger abzielt und Priorisierungsanreize auch in ihrem Interesse setzt, kann die Ausübung des Drucks zur positiven Entscheidung einen Ausgleich der Grundrechtspositionen schaffen. So überwiegt die entgegenstehende Schutzpflicht des Staates für Gesundheit und insbesondere Leben der Wartelistenpatienten (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), weshalb das Gesetz angemessen und somit insgesamt verhältnismäßig ist.

§ 12 Abs. 3 S. 2, S. 3, Abs. 3a TPG stellt somit eine verfassungsrechtlich gerechtfertigte, taugliche Schranke der Religionsfreiheit dar. Der Eingriff in das Grundrecht der T aus Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG ist mithin verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist hier mit entsprechender Begründung (sehr) gut vertretbar.

II. Recht der J und T auf freie Entscheidung über den Umgang mit den Organen nach dem Tod

Weiter könnte das TPG T und J in ihrer Entscheidung über den Umgang mit den Organen nach dem Tod ungerechtfertigt einschränken.

1. Herleitung

Fraglich ist zunächst, durch welches Grundrecht die Entscheidung über die Organe nach dem Tod

³⁵ Die der Hausarbeit zugrunde gelegten Statistiken zur Organspendenbereitschaft sind abrufbar unter <https://www.organspende-info.de/zahlen-und-fakten/einstellungen-und-wissen/> (17.7.2024).

geschützt wird.

Die Entscheidung über die Frage, ob nach dem Tod Organe zur Verfügung gestellt werden, betrifft nicht direkt die körperliche Unversehrtheit, sondern vielmehr die *lebzeitige Entscheidung*, wie mit dem hirntoten Körper zu verfahren ist. Folglich fällt auch die Entscheidung über eine Organspende nach dem Tod überzeugenderweise in den Schutzbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (APR) aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.³⁶

Hinweis: Die vorstehende Zuordnung wird in der Literatur durchaus verschiedentlich vorgenommen, wobei die Frage teils offengelassen wird. Aufgrund der Komplexität der Frage wurde eine Streitdarstellung hier nicht zwingend verlangt, aber positiv honoriert. Alle Ansichten sind gleichermaßen vertretbar.

Einer anderen als der vorstehenden Ansicht nach fällt die Entscheidung ausschließlich unter Art. 2 Abs. 2 GG, denn dieser umfasse auch das Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper.³⁷ Gleichmaßen könnte man beide Ansätze für anwendbar halten und das Selbstbestimmungsrecht hinsichtlich einer Organspende sowohl aus Art. 2 Abs. 2 GG als auch aus dem APR ableiten.³⁸

Für die zweite Ansicht spräche, dass das APR Lücken zum Schutz würderelevanter Verhalten schließen soll. Dem bedürfte es nicht, wenn Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG die Entscheidung über eine Organspende erfasse. Allerdings handelt es sich, wie oben dargestellt, bei der Entscheidung, ob nach dem Tod eine Organspende stattfinden soll, nicht direkt um eine die körperliche Unversehrtheit betreffende Entscheidung, sondern vielmehr um die Frage, wie mit dem hirntoten Körper zu verfahren ist. Zudem wird in der Rechtsprechung schon bei der Selbsttötung unter Verweis auf den Schwerpunkt, der in solchen Fällen auf der Entscheidungsfindung liegt und nicht auf den Eingriff in die körperliche Unversehrtheit, auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht abgestellt.³⁹ Dann spricht vieles dafür, erst recht die Entscheidung über die Organspende unter das APR zu fassen. Offenlassen sollte man die Frage, entgegen teilweise vertretener Auffassung,⁴⁰ mit Blick auf die unterschiedlichen Schranken der Grundrechte jedoch nicht.

Die vorstehenden Überlegungen können auch erst im Rahmen des Schutzbereichs angesprochen werden.

2. Spezialität

Da bezüglich der von T geltend gemachten Beeinflussung bereits der sachliche Schutzbereich der Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG eröffnet ist, stellt sich die Frage der Anwendbarkeit des

³⁶ Rosenau, in: Lilie/Rosenau/Hakeri, Die Organtransplantation – Rechtsfragen bei knappen medizinischen Ressourcen, 2011, S. 67; Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 39. Lfg., Stand: Juli 2001, Art. 2 Abs. 1 Rn. 206; Kunig/Kämmerer, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 63.

³⁷ BVerfGE 158, 131; Lang, in: BeckOK Grundgesetz, Stand: 15.6.2024, Art. 2 Rn. 217; Lang, Stellungnahme v. 22.9.2019, abrufbar unter https://www.bundestag.de/re-ource/blob/659066/73d08d1b74563e4a37b264af61cd31a7/19_14_0095-19-Prof-Dr-Heinrich-Lang_Organspende-data.pdf (17.7.2024); ausdrücklich dagegen Hufen, NVwZ 2019, 1325 (1327); Rixen, in: Sachs, GG, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 207.

³⁸ Hufen, NVwZ 2019, 1325 (1327); ders., in: Lindner, Transplantationsmedizinrecht, 2019, S. 28; offen Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 39. Lfg., Stand: Juli 2001, Art. 2 Abs. 1 Rn. 204.

³⁹ BVerfGE 153, 182 (259).

⁴⁰ Huber/Lindner, MedR 2019, 849 (851 Fn. 22).

APR. Einerseits könnte das APR im Wege der Spezialität hinter Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG zurücktreten.⁴¹ Speziellere Freiheitsrechte wie dieses gewähren jedoch nur einen Teilbereich des Schutzes des APR.⁴²

Während also der religiöse Aspekt unter Art. 4 Abs. 1. Var. 1 GG gedeckt wird, ist die darüberhinausgehende Selbstbestimmung der T nicht durch die Religionsfreiheit geschützt und das APR anwendbar.

3. Schutzbereich

Der Schutzbereich des APR müsste in persönlicher und sachlicher Hinsicht eröffnet sein. Persönlich steht jedermann unter dem Schutz des APR also auch J und T. Ebenso müsste das Verhalten von J und T vom sachlichen Schutzbereich umfasst werden. Das APR kennzeichnet sich durch Flexibilität⁴³ und umfasst die Sicherung der personalen Selbstentfaltung: Dazu zählen die Selbstdarstellung, Grundbedingungen freier Entfaltung sowie informationelle Selbstbestimmung.⁴⁴ Ebenso ist das Verfügungs- bzw. Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper umfasst,⁴⁵ sowohl positiv als auch das negative Selbstbestimmungsrecht.⁴⁶ Das in Rede stehende Verhalten ist hier die autonome, *lebzeitige* Entscheidung über die *postmortale* Organspende, welche unter den sachlichen Schutzbereich des APR fällt.⁴⁷

Der Schutzbereich ist folglich eröffnet.

4. Eingriff

§ 12 Abs. 3 S. 2, S. 3, Abs. 3a TPG müsste in das APR eingreifen. Grundrechte dienen auch dem Schutz vor faktischen oder mittelbaren Beeinträchtigungen (vgl. oben).

Das Gesetz beeinflusst die freie Willensbildung und damit auch die Möglichkeit, eine autonome Entscheidung ohne staatliche Einflussnahme bezüglich einer Organspende zu treffen. Durch die Norm werden die Grundrechtsträger gezwungen, sich mit der Frage, wie mit ihrem hirntoten Körper nach dem Tod zu verfahren ist, auseinanderzusetzen. Aufgrund des Entscheidungsdrucks wird das Recht zur selbstbestimmten Entscheidung verkürzt.

Ein mittelbarer Eingriff liegt folglich vor.

5. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung, insbesondere Verhältnismäßigkeit

Dieser Eingriff müsste verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

a) Schranke des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Für die Rechtfertigung von Eingriffen in das APR gelten die Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG.⁴⁸ Somit dienen als Schranken die Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung, sowie die Sittengesetze.

⁴¹ Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 39. Lfg., Stand: Juli 2001, Art. 2 Abs. 1 Rn. 127.

⁴² Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 39. Lfg., Stand: Juli 2001, Art. 2 Abs. 1 Rn. 127 m.w.N.

⁴³ In der Rspr. betont seit BVerfGE 54, 148 (153); aus jüngerer Zeit BVerfGE 118, 168 (183); 120, 274 (303).

⁴⁴ Dreier, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 2 Abs. 1 Rn. 77.

⁴⁵ Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 39. Lfg., Stand: Juli 2001, Art. 2 Abs. 1 Rn. 204.

⁴⁶ Vgl. Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 39. Lfg., Stand: Juli 2001, Art. 2 Abs. 1 Rn. 206.

⁴⁷ Siehe dazu bereits in der Herleitung mit den verschiedenen Ansätzen unter B. II. 1.

⁴⁸ Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Art. 2 Rn. 65 m.w.N.

Dabei meint die verfassungsmäßige Ordnung die Gesamtheit aller verfassungsgemäßen Rechtsnormen.⁴⁹ § 12 TPG kann also eine taugliche Schranke darstellen, sofern er mit der Verfassung in Einklang steht.

b) Schranken-Schranken, insbesondere Verhältnismäßigkeit

Das ist der Fall, soweit die Norm den Schranken-Schranken, insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gerecht wird.

aa) Maßstab

Die Selbstbestimmung, welche im Rahmen des APR eine zentrale Rolle spielt, kann auf unterschiedlichen Ebenen betroffen sein.⁵⁰ Eine Einordnung erfolgt im Wege einer Einzelfallbetrachtung unter Würdigung der Gesamtumstände und unter Heranziehung der sog. Sphärentheorie.⁵¹

Unterschieden wird zwischen der unantastbaren Intimsphäre, der Privatsphäre, welche aufgrund ihres Sozialbezugs grundsätzlich rechtlichen Regelungen zugänglich ist,⁵² und der Sozialsphäre.⁵³ Je näher der Eingriff an den Kern des Persönlichkeitsrechts heranreicht, desto strengere Anforderungen sind an die Rechtfertigung zu stellen.

Bei der Entscheidung über das Verfahren mit dem Körper nach dem Tod, handelt es sich um eine innere Entscheidung, welche neben den Grundrechtsträgern auch potentielle Organempfänger betrifft und sich Institutionen des Gesundheitswesens offenbart. Die Entscheidung ist damit der Allgemeinheit entzogen, gleichwohl aber nicht jedermann. Folglich fällt die Entscheidungsfindung in den Bereich der Privatsphäre. Eingriffe hierin sind nur zulässig, sofern ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit besteht und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz strikt eingehalten ist.⁵⁴

Aufbauhinweis: Die vorstehenden Erwägungen können gleichermaßen innerhalb der Angemessenheit der Regelung angeführt werden.

bb) Legitimer Zweck

Der Schutz von Leib und Leben ist ein Schutzgut von Verfassungsrang (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) und liegt als Grundbedürfnis des Menschen auf Leben und Gesundheit auch im Interesse der Allgemeinheit. Folglich sind die strengen Anforderungen an den legitimen Zweck gewahrt.

cc) Geeignetheit und Erforderlichkeit der Regelung

Das Gesetz ist nach dem oben Gesagten auch insoweit geeignet und erforderlich, diesen legitimen Zweck zu fördern.

dd) Angemessenheit der Regelung

Gleichermaßen müsste die Regelung auch angemessen sein. Bei der Abwägung der Angemessenheit

⁴⁹ Vgl. nur *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 39. Lfg., Stand: Juli 2001, Art. 2 Abs. 1 Rn. 39.

⁵⁰ *Lang*, in: BeckOK Grundgesetz, Stand: 15.6.2024, Art. 2 Rn. 75 ff. m.w.N.

⁵¹ *Lang*, in: BeckOK Grundgesetz, Stand: 15.6.2024, Art. 2 Rn. 75 ff. m.w.N.

⁵² Vgl. BVerfGE 80, 367 (374).

⁵³ *Lang*, in: BeckOK Grundgesetz, Stand: 15.6.2024, Art. 2 Rn. 95 ff.

⁵⁴ *Lang*, in: BeckOK Grundgesetz, Stand: 15.6.2024, Art. 2 Rn. 93. m.w.N.

findet eine Beurteilung der Gesamtumstände statt. Dabei sind aufgrund der Würderelevanz und des damit bestehenden Einflusses von Art. 1 Abs. 1 GG auf das APR strenge Anforderungen an die Angemessenheit zu stellen.⁵⁵ Dies folgt auch aus der Zuordnung zur Privatsphäre (siehe oben).

Das APR der Spender steht hier der Schutzpflicht des Staates hinsichtlich der Gesundheit der Wartelistenpatienten gegenüber. Insofern kann auf die Abwägungen zur Angemessenheit, insbesondere zur Umsetzung des Gesundheitsschutzes durch § 12 Abs. 3 S. 2, S. 3, Abs. 3a TPG und der Bedeutsamkeit des Gesundheitsschutzes, nach oben verwiesen werden.

Zu berücksichtigen ist ferner die Intensität des Eingriffs in das APR durch die Gesetzesänderung. Das Gesetz knüpft an die Entscheidung zugunsten einer Organspende gleich zwei positive Folgen: Zum einen die Faktorpriorisierung und zum anderen die Bevorzugung in Pattsituationen. Eine solche Pattsituation liegt vor, wenn sich zwei Personen gegenüberstehen, die beide ein Spenderorgan bedürfen und denen nach medizinischen Maßgaben damit dieselbe Priorität zur Behandlung zukommt.

Dadurch entsteht ein erhöhtes Maß an Entscheidungsdruck. Dieser Entscheidungsdruck wirkt auf jeden Adressaten des Gesetzes, sodass die autonome Entscheidung ohne Einflussnahme des Staates für jedermann erschwert wird. Zudem handelt es sich bei der Entscheidung, wie mit dem eigenen Körper nach dem Tod zu verfahren ist, um eine sensible und persönliche Entscheidung, welche der Persönlichkeitssphäre zuzuordnen ist. Deshalb sollte die Entscheidung im Ermessen des Einzelnen stehen und nicht durch Gesetz oder die Allgemeinheit vorgegeben werden.

Dem ist entgegenzuhalten, dass das Gesetz durch die Ausnahme in § 12 Abs. 3a TPG einen Ausnahmetatbestand für Minderjährige schafft. Es wird gewährleistet, dass der Minderjährige erst eine Entscheidung treffen muss, wenn nahe liegt, dass dieser auch geistig dazu in der Lage ist. Auch bei der Grundrechtsmündigkeit kommt es nicht auf die gesetzliche Volljährigkeit an, sondern vielmehr auf die geistige Reife und Einsichtsfähigkeit. Somit wird das Ausmaß der Regelung insgesamt beschränkt.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass Patienten in einer High-Urgency-Situation weiterhin gem. § 16 Abs. 1 S. 1 Nrn. 2, 5 TPG bevorzugt behandelt werden. Dieser Umstand spricht für eine geringere Beeinflussung der Entscheidungsfindung, da der Patient bei besonders hoher Dringlichkeit auch ohne die Entscheidung für eine Organspende ein Spenderorgan zugeteilt bekommt. Aufgrund der daraus resultierenden, vergleichsweise geringen Eingriffsintensität überwiegt das Interesse der Allgemeinheit und das des Staates, seiner Schutzpflicht hinsichtlich der Gesundheit der Wartelistenpatienten Genüge zu tun.

Folglich ist der Eingriff angemessen und verhältnismäßig. Demnach ist der Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt und § 12 Abs. 3 S. 2, S. 3, Abs. 3a TPG verletzt T und J nicht in ihrem APR aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist hier mit entsprechender Begründung (sehr) gut vertretbar.

Ggf.: Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 GG

Hinweis: Wer sich zuvor gegen die Anwendbarkeit des APR oder für eine Herleitung des Rechts auf Selbstbestimmung über die Verwendung der Organe sowohl aus dem APR als auch Art. 2 Abs. 2 GG entschieden hat, sollte eben dieses Grundrecht nun ansprechen.

⁵⁵ Vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Art. 2 Abs. 1 Rn. 70; Jarass, NJW 1989, 875 (861).

III. Gewissensfreiheit, Art. 4 Abs. 1 Var. 2 GG von T und J

Allerdings könnten T und J in ihrem Grundrecht auf Gewissensfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 Var. 2 GG verletzt sein.

1. Schutzbereich

Der Schutzbereich müsste in persönlicher und sachlicher Hinsicht eröffnet sein. In persönlicher Hinsicht schützt Art. 4 Abs. 1 GG jedermann.⁵⁶ Zumindest also jede natürliche Person und somit auch T und J. Der Schutzbereich ist in persönlicher Hinsicht eröffnet.

In sachlicher Hinsicht schützt die Gewissensfreiheit die Handlung, sich nach eigenen sittlichen Maßstäben frei zu entscheiden.⁵⁷ Eine solche Gewissensentscheidung ist „jede ernste sittliche, d.h. an den Kategorien von ‚Gut‘ und ‚Böse‘ orientierte Entscheidung [...], die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, sodass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte“.⁵⁸

Im Hinblick auf T ist zu beachten, dass diese ihre Überzeugungen ihrem Glauben entnimmt (siehe oben), wofür Art. 4 Abs. 1 Var. 1 GG spezielleres Grundrecht ist.⁵⁹

J hingegen gibt an, dass sie sich in einer Entscheidung mit offenem Ausgang beeinflusst fühlt. Es wird jedoch nicht deutlich, dass sie sich durch § 12 Abs. 3 S. 2, S. 3, Abs. 3a TPG nicht mehr nach ihren eigenen Maßstäben entscheiden kann, zumal sie insoweit keine *Überzeugung* darlegt. Damit beeinflusst die o.g. Vorschrift keine Gewissensüberzeugung⁶⁰, sodass der sachliche Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 Var. 2 GG nicht eröffnet ist.

2. Ergebnis

Folglich sind T und J nicht in ihrem Grundrecht auf Gewissensfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 Var. 2 GG verletzt.

IV. Weltanschauungsfreiheit, Art. 4 Abs. 1 Var. 4 GG von T und J

Anzudenken ist zudem eine Verletzung der Freiheit des weltanschaulichen Bekenntnisses nach Art. 4 Abs. 1 Var. 4 GG bezüglich T und J.

1. Schutzbereich

Der Schutzbereich des Grundrechts müsste in persönlicher und sachlicher Hinsicht eröffnet sein. Hinsichtlich des persönlichen Schutzbereichs gilt das Gesagte entsprechend.

Durch Art. 4 Abs. 1 Var. 4 GG wird der sachliche Schutzbereich auf das weltanschauliche Bekenntnis erstreckt. Das bedeutet, dass der Begriff des Glaubens neben dem religiösen Glauben auch den weltanschaulichen Glauben umfasst.⁶¹ Verlangt wird ein innerweltlicher, immanenter Bezug⁶², also

⁵⁶ Vgl. auch hier nur *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 92. Lfg., Stand: August 2020, Art. 4 Rn. 52.

⁵⁷ *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 92. Lfg., Stand: August 2020, Art. 4 Rn. 48.

⁵⁸ BVerfGE 12, 45 (55).

⁵⁹ Zur Glaubensfreiheit als *lex specialis* *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Art. 4 Rn. 44.

⁶⁰ Vgl. *Germann*, in: BeckOK Grundgesetz, Stand: 15.6.2024, Art. 4 Rn. 91.

⁶¹ *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 92. Lfg., Stand: August 2020, Art. 4 Rn. 70.

⁶² BVerfGE 90, 112 (115).

die Überzeugung von der immanenten Wahrheit des Weltganzen und der prinzipiellen Stellung der Menschen in dieser Welt.⁶³

Bezüglich T, die ihre Überzeugung auf Argumente stützt, die transzendenten Ursprungs sind, ist die Religionsfreiheit spezieller.⁶⁴ J hingegen fühlt sich nur in eine Richtung der Entscheidung gedrängt (siehe oben), somit handelt es sich gerade nicht um eine weltanschauliche Gewissheit,⁶⁵ die durch § 12 TPG n.F. beeinflusst werden könnte.

Der sachliche Schutzbereich ist folglich weder für T noch für J eröffnet.

2. Ergebnis

T und J sind nicht in ihrem Grundrecht auf Weltanschauungsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 Var. 4 GG verletzt.

V. Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG von T und J

Die Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) tritt aus Gründen der Subsidiarität bezüglich T hinter Art. 4 Abs. 1 Var. 1 GG; bezüglich J tritt Art. 2 Abs. 1 GG hinter dem APR zurück.

VI. Grundrecht auf Gleichbehandlung, Art. 3 Abs. 1 GG durch Zusatzpunkte für Spendenwillige

Schließlich könnten T und J in ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG verletzt sein. Dazu müsste der allgemeine Gleichheitssatz anwendbar sein und eine Ungleichbehandlung vorliegen, die verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen ist. In Betracht kommt dies hier mit Blick darauf, dass J und T als – zumindest *noch* – Spendenunwillige im Falle ihrer Bedürftigkeit bei der Organvergabe durch die gesetzliche Neuregelung nicht priorisiert würden, ihr Teilhabeanspruch insoweit also von jenem zur Spende bereiter Personen abweicht.

Hinweis: Zu Art. 3 Abs. 1 GG finden sich in der (Ausbildungs-)Literatur verschiedene Aufbau- und Prüfungsschemata. Im vorliegenden Fall sind verschiedene Strukturen denkbar, auch weil mit der Ungleichbehandlung verschiedene Zwecke⁶⁶ verfolgt werden. Wie sich im Folgenden zeigt, ist es aber überzeugend, nicht pauschal Verhältnismäßigkeitsprüfungen durchzuführen. Vielmehr ist auch insoweit der jeweilige Differenzierungszweck maßgeblich.

1. Kein spezieller Gleichheitssatz

Der allgemeine Gleichheitssatz ist subsidiär zu den spezielleren Gleichheitsgrundrechten.⁶⁷ Fraglich ist, ob eine Differenzierung „wegen“ des Glaubens i.S.d. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG vorliegt. Dafür bedürfte es einer direkten Diskriminierung, welche die benachteiligende Maßnahme unmittelbar auf den

⁶³ Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 92. Lfg., Stand: August 2020, Art. 4 Rn. 70.

⁶⁴ Auch das BVerfG grenzt religiöse Motivationen und eine weltanschauliche Bekenntnisausübung ab, BVerfGE 24, 236 (245).

⁶⁵ So die heute gängige Definition, vgl. BVerwGE 90, 112 (115); zum Ganzen vgl. Germann, in: BeckOK Grundgesetz, Stand: 15.6.2024, Art. 4 Rn. 11 ff. m.w.N.

⁶⁶ Vgl. zu den Zwecken der Ungleichbehandlung die Ausführungen unter B. VII. 3. b).

⁶⁷ Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Art. 3 Rn. 4 m.w.N.

Glauben bezieht.⁶⁸ Das Gesetz knüpft jedoch nicht offen an den Glauben an, sodass keine solche unmittelbare Differenzierung vorliegt. In Frage kommt allenfalls eine mittelbare Ungleichbehandlung von Personengruppen. Auch wenn die Anerkennung einer solchen mittelbaren Ungleichbehandlung i.R.d. Art. 3 Abs. 3 GG durchaus umstritten ist⁶⁹, kommt es darauf zumindest nicht an, wenn eine solche nicht vorliegt.

Es ist nicht typisch, dass allein bestimmte Religionen sich gegen eine Organspende aussprechen und rein tatsächlich so nur oder ganz überwiegend Personen mit einer Religionsangehörigkeit (mittelbar) benachteiligt werden. Vielmehr gibt es auch Menschen, die sich aus anderen Motiven gegen eine Organspende entscheiden. Somit liegt auch eine mittelbar-faktische Diskriminierung wegen des Glaubens schon nicht vor. Somit ist Art. 3 Abs. 3 GG nicht einschlägig, sodass der allgemeine Gleichheitssatz anwendbar ist.

2. Ungleichbehandlung

§ 12 Abs. 3 S. 2 TPG vergibt Zusatzpunkte für spendenwillige Personen für den Fall ihrer Organbedürftigkeit, wobei die Punkte nur vor der Organbedürftigkeit durch die eigene Entscheidung für die Organspende „erworben“ werden können. Nach § 12 Abs. 3 S. 3 TPG erfolgt dann auch Priorisierung zugunsten Spendenwilliger in Pattsituationen. Hingegen werden Spendenunwilligen diese Vorteile bei der Vergabe nicht zuteil. Insoweit liegt eine Ungleichbehandlung von potenziellen Organspendern in Bezug auf ihren Teilhabeanspruch vor.

3. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Diese Ungleichbehandlung von Spendenwilligen und -unwilligen könnte verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

a) Prüfungsmaßstab

Für die Prüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes gilt ein gleitender Prüfungsmaßstab. Die Verfassungsrechtsprechung hat das folgendermaßen zusammengefasst:

„Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen. Die Abstufung der Anforderungen folgt aus Wortlaut und Sinn des Art. 3 Abs. 1 GG sowie aus seinem Zusammenhang mit anderen Verfassungsnormen. Da der Grundsatz, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, in erster Linie eine ungerechtfertigte Verschiedenbehandlung von Personen verhindern soll, unterliegt der Gesetzgeber bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen regelmäßig einer strengen Bindung. Diese Bindung ist umso enger, je mehr sich die personenbezogenen Merkmale den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten annähern und je größer deshalb die Gefahr ist, dass eine an sie anknüpfende Ungleichbehandlung zur Diskriminierung einer Minderheit führt. Die engere Bindung ist jedoch nicht auf personenbezogene Differenzierungen beschränkt. Sie gilt vielmehr auch, wenn eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personen bewirkt. Bei ledig-

⁶⁸ Vgl. Baer/Markard, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 427.

⁶⁹ Kischel, in: BeckOK Grundgesetz, Stand: 15.6.2024, Art. 3 Rn. 215; Baer/Markard, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 429 ff.

lich verhaltensbezogenen Unterscheidungen hängt das Maß der Bindung davon ab, inwieweit die Betroffenen in der Lage sind, durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Merkmale zu beeinflussen, nach denen unterschieden wird. (...) Der unterschiedlichen Weite des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums entspricht eine abgestufte Kontrolldichte bei der verfassungsgerichtlichen Prüfung. Kommt als Maßstab nur das Willkürverbot in Betracht, so kann ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG nur festgestellt werden, wenn die Unsachlichkeit der Differenzierung evident ist. Dagegen prüft das Bundesverfassungsgericht bei Regelungen, die Personengruppen verschieden behandeln [...], im Einzelnen nach, ob für die vorgesehene Differenzierung Gründe von solcher Art und solchen Gewicht bestehen, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können.“⁷⁰

b) Rechtfertigungsprüfung

Die gesetzliche Differenzierung knüpft vorliegend an die Spendenbereitschaft an, mithin nach dem dargestellten Maßstab an ein verhaltensbezogenes Merkmal. Andererseits berührt die Differenzierung mit der Selbstbestimmung, der körperlichen Unversehrtheit und ggf. dem Leben grundrechtliche Schutzgüter. Insgesamt ist daher nicht von einer reinen Willkürkontrolle auszugehen, sondern zu fragen, ob zwischen den Vergleichspersonen Unterschiede von *solcher Art* und *solchem Gewicht* bestehen, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen können.

Durch die Neuregelung(en) werden derweil zwei Ziele verfolgt: Einerseits die Begünstigung spendenbereiter Personen und andererseits die hierdurch bewirkte Anreizsetzung, selbst die Spendenbereitschaft zu erklären.

aa) Begünstigung von Spendenwilligen

Die Spendenbereitschaft bzw. Spendenunwilligkeit stellt einen relevanten Unterschied zwischen den Vergleichspersonen dar, der für die Organverteilung auch nicht sachfremd ist: In einem geschlossenen System der Organallokation ist es nicht fernliegend, dass vorrangig diejenigen mit einem Organ bedacht werden, die auch selbst zu dem Organaufkommen beizutragen bereit sind. Damit liegt der Art nach ein Differenzierungsgrund vor, der die Begünstigung rechtfertigen kann. Indem die Spendenbereitschaft erst dazu führt, dass es ein zu verteilendes Gut gibt, ist sie als Grund der Ungleichbehandlung hier von größtem Gewicht – mit anderen Worten: Sie ist existenzielle Voraussetzung einer Organallokation. Damit besteht hier ein Unterschied, der nach Art und Gewicht die Ungleichbehandlung rechtfertigt.

Hinweis: Teils wird auch in Bezug auf solche „interne“ Zwecke, also Zwecke, bei denen die Ungleichbehandlung nicht in Verhältnis mit einer außerhalb der Personen stehenden Zielverfolgung stehen, eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt. Das ist jedoch dogmatisch fragwürdig:⁷¹ Wenn etwa nach der Geeignetheit gefragt würde, müsste hier formuliert werden: „Fraglich ist, ob die Begünstigung Spendenwilliger geeignet ist, den legitimen Zweck der Begünstigung Spendenwilliger zumin-

⁷⁰ BVerfGE 88, 87 (96 f.); ebenso oder sehr ähnlich formuliert der 1. Senat in BVerfGE 90, 46 (56); 91, 346 (362 f.); 91, 389 (401); 92, 26 (51 f.); 92, 53 (68 f.); 92, 365 (407 f.); 95, 267 (316 f.); 97, 169 (180 f.); 97, 271 (290 f.); 98, 365 (389); 99, 367 (388 f.); 101, 54 (101). Bei juristischen Personen soll insoweit auf die „Betroffenheit der hinter den juristischen Personen stehenden natürlichen Personen“ abgestellt werden, die „je nach Rechtsform, Größe, Mitgliederstruktur und Vereinigungszweck unterschiedlich ausgeprägt“ sein könne; vgl. BVerfGE 95, 267 (317); 99, 367 (389).

⁷¹ Vgl. zur Differenzierung nach internen und externen Zwecken nur Huster, JZ 1994, 541 (542 ff.); grundlegend Huster, Rechte und Ziele, 1993, S. 165 ff.

dest zu fördern.“ Das kann nicht richtig sein. Wenn der Zweck der Differenzierung die Differenzierung selbst ist, und kein externer Zweck (wie im Folgenden die Anreizsetzung), dann sollte insoweit auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung verzichtet werden und allein gefragt werden, ob die Unterschiede der Vergleichsgruppen solcher Art und solchen Gewichts sind, die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen. Das ist aber nicht dasselbe wie eine Verhältnismäßigkeitsprüfung. Die Erwägungen insbesondere zu der Umgehungsmöglichkeit der Regelung, die im Folgenden unter der Anreizsetzung diskutiert werden, könnten hingegen durchaus auch in die Bewertung des Gewichts der Ungleichbehandlung einfließen.

bb) Anreizsetzung

Auch die zweite Zwecksetzung, die Spendenbereitschaft durch Anreizsetzung zu erhöhen und damit die Versorgung mit Organen zu verbessern, könnte die Ungleichbehandlung rechtfertigen. Sie dient dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) und ist damit legitim. Die Differenzierung bei der Organallokation nach der Spendenbereitschaft ist geeignet, dieses Ziel zu fördern – insbesondere wecken potenzielle Umgehungsmöglichkeiten durch ein späteres Opt-Out nach dem zuvor in der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Religionsfreiheit Gesagten keine durchgreifenden Bedenken. Auch ist keine andere Differenzierung ersichtlich, die dies in gleicher Weise erreicht, sodass die Ungleichbehandlung auch erforderlich ist.

Mit Blick auf die Angemessenheit der Differenzierung ist jedoch fraglich, ob verhaltensbezogene Kriterien wie die Spendenbereitschaft zur Verfolgung des externen Zwecks überhaupt berücksichtigt werden dürfen.

Eine Ansicht lehnt eine Anknüpfung an verhaltensbezogene Kriterien mit der Begründung ab, dass ein Teilhabeanspruch voraussetzungslos bestünde und sich die Zuteilungsentscheidung allein nach der Dringlichkeit und Bedürftigkeit richten dürfe.⁷²

Andererseits wird vertreten, dass eine Anknüpfung an ein verhaltensbezogenes Kriterium, wie die Spendenbereitschaft, zulässig sei: Außermedizinische Kriterien seien nicht per se ausgeschlossen, vielmehr handele es sich bei dem Kriterium der Spendenbereitschaft um ein sachbezogenes Kriterium, welches Berücksichtigung finden darf. Aufgrund der Organknappheit müssten Kriterien zur Entscheidungsfindung herangezogen werden und selbst bei Anknüpfen an Kriterien wie der Spendenbereitschaft bliebe der Zugang und die Motivationsgrundlage für alle Menschen gleich.⁷³

Für die zweite Ansicht spricht, dass sich aus verfassungsrechtlicher Sicht keine Anhaltspunkte ergeben, bei Knappheit allein nach medizinischen Kriterien zu differenzieren. Insbesondere in Entscheidungssituationen, bei denen die Patienten *dieselbe* medizinische Lage aufweisen, ist eine medizinische Entscheidung schon nicht möglich, gleichwohl notwendig. Außerdem folgt schon aus der Gewichtung medizinischer Kriterien immer auch eine Wertentscheidung – eine rein-medizinische Priorisierung ist damit kaum möglich.⁷⁴ Andernfalls müsste nach dem Zufallsprinzip oder immerzu allein nach Dringlichkeit entschieden werden. Dass dies verfassungsrechtlich zwingend ist, ist nicht ersichtlich. Folglich ist eine Anknüpfung an verhaltensbezogene Kriterien bei der Entscheidung über die Zuteilung eines Organs zulässig, sofern diese zumindest sachbezogen sind.

⁷² Vgl. Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Ausarbeitung „Verteilung von Spenderorganen: zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Berücksichtigung der eigenen Spendebereitschaft“, WD 3 – 280/07, S. 8 f.

⁷³ Vergleichbar dargestellt vom Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Ausarbeitung „Verteilung von Spenderorganen: zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Berücksichtigung der eigenen Spendebereitschaft“, WD 3 – 280/07, S. 9; Breyer u.a., Organmangel, 2006, S. 220.

⁷⁴ Vgl. dazu nur Bidmon, MedR 2023, 755 (756) m.w.N.

Dennoch muss das bezweckte Ziel der Differenzierung in einer konkreten Abwägung gegenüber der Grundrechtseinschränkung überwiegen.

Für eine Angemessenheit der Differenzierung durch § 12 Abs. 3 S. 2, S. 3, Abs. 3a TPG spricht, dass er Ausnahmen für einwilligungsunfähige Personen sowie Wartezeiten vorsieht. Ebenso wird eine informierte Einwilligung sichergestellt. Eine ähnliche Differenzierung nach dem Vorverhalten kennt das deutsche Recht zudem im Krankenkassensystem: Wer entgegen seiner Pflicht keine Beiträge zahlt, fällt auf eine Minimalversorgung zurück.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass eine Organvergabe eine lebensnotwendige Behandlung darstellt. Solche beinhaltet auch die Minimalversorgung. Zudem können Patienten nur innerhalb des Systems des TPG an ein Spenderorgan gelangen, weshalb dem Staat im Zusammenhang mit der Organtransplantation eine Monopolstellung bezüglich einer knappen Ressource zukommt. Derweil ergibt sich aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ein gleichwertiger Teilhabeanspruch aller Menschen.⁷⁵ Konkret bedeutet dies, dass jeder Mensch einen gleichheitskonformen Zugangsanspruch zu Gesundheitsleistungen hat. Daraus folgt, dass die aufgrund der Ungleichbehandlung entstehenden Nachteile von hoher Intensität sind.

Bedenken bestehen zunächst bezüglich der Priorisierung nach § 12 Abs. 3 S. 2 TPG: Durch die Priorisierung um den Faktor 1,5 wird der Spendenbereitschaft ein erhebliches Gewicht eingeräumt, das die medizinischen Nöte zu verdrängen droht. Zudem könnte durch die Regelung eine Priorisierung zur Regel werden, wenn die überwiegende Mehrheit der Bevölkerung sich für eine Spende entscheidet.

Dem ist zu erwidern, dass eine erhebliche Priorisierung einen starken Anreiz zur Spende schafft. Eine hohe Anzahl von Spendenwilligen hilft zum einen mehr Menschen lebensrettende Organe zuzuteilen. Zum anderen profitieren gerade auch die Spendenunwilligen erheblich von einer so entstehenden Erweiterung des Spendenpools. Dass eine Spendeneinwilligung „zur Regel“ wird, wäre somit gerade auch im Interesse der Nicht-Spender und für sie in Teilen vorteilhaft.

Problematisch erscheint, dass der Faktor für die Priorisierung ohne wissenschaftliche Grundlage festgelegt wurde. Jedoch sind Priorisierungsentscheidungen immer auch wertend und nicht stets einer Evidenz zugänglich. So muss dem Staat insoweit ein gewisser Gestaltungsspielraum zustehen. Die Priorisierung um den Faktor 1,5 erscheint mit Blick auf eine potenzielle Erhöhung der Spenderzahlen nicht außer Verhältnis. Zwar ist die Faktorisierung um 1,5 von erheblichem Gewicht. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass gemäß der Regelungen nach dem TPG weiterhin in erster Linie, genau genommen zu 2/3, an medizinische Kriterien angeknüpft wird und dass in High-Urgency-Situationen die Entscheidung ohne Ansehung der eigenen Spendenbereitschaft zugunsten des Patienten, der sich in der dringlich(st)en Situation befindet, erfolgt.

Bedenken in Bezug auf die Angemessenheit der gesetzgeberischen Gewichtung bestehen auch im Hinblick auf die Priorisierung in Pattsituationen nach § 12 Abs. 3. S. 3 TPG, denn insbesondere in dieser Differenzierung könnte ein Verstoß gegen die Lebenswertindifferenz liegen:⁷⁶ Der Lebenswertindifferenzlehre nach ist menschliches Leben keiner Bewertung zugänglich.⁷⁷ Demzufolge wäre ein Gesetz, das bestimmte Personen oder Personengruppen von lebenserhaltenden Leistungen ausschließt und dies mit dem geringeren Nutzen des Lebenserhalts begründet, verfassungswidrig.⁷⁸ Jedoch wird eine Benachteiligung hier nicht mit dem „weniger-Wert-sein“ der Spendenunwilligen

⁷⁵ Vgl. Gutmann/Fateh-Moghadam, in: Gutmann u.a., Rechtsfragen der Organverteilung, 2003, S. 37 ff. (78).

⁷⁶ So auch angedacht von Bader, Organmangel und Organverteilung, 2010, S. 493 m.w.N.

⁷⁷ Vgl. BVerfGE 39, 1 (59).

⁷⁸ Hübner u.a., Dtsch Med Wochenschr 2020, 687 (690); vgl. auch Gutmann u.a., in: Gutmann u.a., Rechtsfragen der Organverteilung, 2003, S. 199 ff. (214 f.).

begründet.⁷⁹ Es wird nicht zwischen lebenswertem und -unwertem Leben entschieden, sondern an ein sachbezogenes Vorverhalten angeknüpft, um ein Patt aufzulösen. Die Entscheidung muss in diesen – sehr seltenen, wenn nicht hypothetischen – Fällen also zwangsläufig erfolgen.

Auch wenn die Differenzierung faktisch bewirkt, dass Spendenunwillige auf Grundlage ihres Verhaltens schlechter gestellt werden, ist zu berücksichtigen, dass das System der Organverteilung auf dem Prinzip der Solidarität beruht. Daher kann die Zuweisung von Organen, auch an Personen, die eine Spende ablehnen, erleichtert werden, wenn Vorschriften gezielt den Gedanken der Solidarität umsetzen und fördern, was zu einer größeren Anzahl verfügbarer Spenderorgane führt. Die Privilegierung der spendenbereiten Personen trägt somit zu einer gerechteren und abgesicherten Teilhabe aller Patienten bei.

Folglich überwiegt der Zweck der Differenzierung – die Anreizsetzung – gegenüber der Grundrechtseinschränkung hinsichtlich beider Regelungen. Somit ist die Ungleichbehandlung angemessen und insgesamt verhältnismäßig.

c) Zwischenergebnis

Die Ungleichbehandlung(en) Spendenwilliger bzw. Spendenunwilliger in § 12 TPG n.F. sind verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist hier mit entsprechender Begründung (sehr) gut vertretbar.

4. Zwischenergebnis

Mithin verletzen die Regelungen auch Art. 3 Abs. 1 GG nicht.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist hier mit entsprechender Begründung (sehr) gut vertretbar.

VII. Ergebnis zur Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerden von J und T sind zulässig, aber unbegründet.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist hier mit entsprechender Begründung (sehr) gut vertretbar.

C. Endergebnis

Die Verfassungsbeschwerden haben keinen Erfolg.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist hier mit entsprechender Begründung (sehr) gut vertretbar.

⁷⁹ Vgl. dazu auch Huber/Lindner, MedR 2019, 849 (852), die das Anknüpfen an ein Verhalten nicht als Verstoß gegen die Lebenswertindifferenz sehen.

Übungsfall im Verwaltungsrecht: Werbung für die Weihnachtslotterie

Wiss. Mitarbeiter Kaie Lemken, Wiss. Mitarbeiter Christopher Paskowski, Hamburg*

*Es handelt sich um eine inhaltlich überdurchschnittlich anspruchsvolle und leicht überdurchschnittlich umfangreiche Klausur. Sie wurde im Herbsttrimester 2023 als Fortgeschrittenenklausur mit einer Bearbeitungszeit von 180 Minuten gestellt. Eine Bearbeitung im Umfang der nachfolgenden Ausführungen wurde nicht erwartet. Die Bearbeiter*innen konnten sich insbesondere bei den weniger problematischen Aspekten kürzer fassen. Der Fall basiert auf einer Eilentscheidung des Verwaltungsgerichts Hamburg, siehe VG Hamburg, Beschl. v. 20.12.2022 – 14 E 3058/22.*

Sachverhalt

Die Dorothee-Henriette-Pagliarini-Stiftung (S) ist eine Stiftung bürgerlichen Rechts mit Sitz in Hamburg und veranstaltet regelmäßig Soziallotterien. Die Vorständin Hannah Meier (V) plant eine Neuauflage der bereits in den vergangenen Jahren äußerst erfolgreichen Lotterie. Hierzu beantragt sie bei der zuständigen Behörde am 15.6.2023 die Erlaubnis, die Lotterie der S unter dem Namen „Weihnachtslotterie“ in allen deutschen Bundesländern durchführen zu dürfen.

Mit Bescheid vom 18.7.2023 erging die Erlaubnis unter anderem mit folgendem Zusatz:

Die Erlaubnisinhaberin darf nach Maßgabe der folgenden Inhalts- und Nebenbestimmungen für ihr mit diesem Bescheid erlaubtes Glücksspielangebot werben:

- a) Influencer*innen-Marketing ist unzulässig.
- b) [Dieser Buchstabe enthält eine weitere, rechtmäßige Nebenbestimmung.]

Die Erlaubnisvoraussetzungen für die Erlaubnis des Glücksspiels liegen vor. Gesetzliche Versagensgründe für die Erlaubnis sind nicht einschlägig.

Zur Begründung von lit. a heißt es im Bescheid, dass diese den Einsatz von Influencer*innen-Marketing zu Werbezwecken verbiete. Influencer*innen-Marketing im Sinne dieser Verpflichtung sei das geplante Zusammenwirken von Veranstalter*innen oder Vermittler*innen von Glücksspielen mit Social-Media-Multiplikator*innen (Influencer*innen), um durch deren Empfehlungen die Wertigkeit von Markenbotschaften zu steigern und um das Glücksspielverhalten der Zielgruppe positiv zu beeinflussen. Im Gegensatz zu traditionellen Werbemaßnahmen, bei denen die Veranstalter*innen ganzheitlich Einfluss auf den Inhalt und die Darstellung der Maßnahmen hätten, sei diese Möglichkeit bei Influencer*innen nicht gegeben. Diese entschieden vielmehr selbst über den Inhalt und die Art und Weise der Darstellung. Hierdurch sei nicht mehr durch die Veranstalterin gewährleistet, dass die Vorgaben zur Werbung im Staatsvertrag zur Neuregulierung des Glücksspielwesens in Deutschland von 2021 (GlüStV) eingehalten würden. Denn Influencer*innen seien nicht nur auf die Erfüllung der

* Die Autoren sind Wiss. Mitarbeiter am Dieter Hubertus Pawlik Stiftungslehrstuhl Kritik des Rechts – Grundlagen und Praxis des demokratischen Rechtsstaates (Prof. Dr. Felix Hanschmann) an der Bucerius Law School, Hamburg. Sie danken Amilia Hartmann für ihre Unterstützung dabei, die Klausur für die Veröffentlichung zu überarbeiten.

vertraglich zugesagten Werbeinhalte bedacht, sondern zielten auch in ganz erheblichem Maße darauf ab, Aufmerksamkeit und Resonanz sowohl in Verbraucher*innen- wie auch in Unternehmer*innenkreisen zu erzielen. Das Verbot des Influencer*innen-Marketings sei eine angemessene Umsetzung des Begrenzungsauftrags beziehungsweise des Übermaßverbots sowie des Sachlichkeitsgebots aus § 5 Abs. 2 S. 2 GlüStV.

Die S sieht sich durch diese Verpflichtung aus lit. a unzulässig beeinträchtigt.

Sie sieht nicht ein, warum zwischen dem Einsatz von Influencer*innen und dem Marketing mit klassischen Werbebotschafter*innen und Werbemaßnahmen in traditionellen Medien unterschieden werden sollte und worin die Unterschiede bestünden. Sämtliche Werbemaßnahmen würden von Seiten der S mit der gleichen Sorgfalt geplant. Die Zielgenauigkeit der Werbung mit Influencer*innen sei für sie als Veranstalterin einer Lotterie mit geringem Gefährdungspotential besonders wichtig. Die erforderliche Zielgenauigkeit sei ohne die Nutzung moderner Werbestrategien nicht zu erreichen.

Zutreffend ist, dass der Gesetzgeber, anders als im Glücksspielstaatsvertrag von 2012, im neuen Staatsvertrag von 2021 Werbung für Glücksspiel als grundsätzlich zulässig wertet. Gleichzeitig zielt die gesetzgeberische Erlaubnis von Glücksspielwerbung aber nur darauf ab, Spieler*innen zu legalen Angeboten zu ziehen. Werbung soll keine neuen Spieler*innen generieren. Die Glücksspielaufsicht kann gem. § 9 Abs. 1 S. 2 GlüStV sowohl gegenüber Glücksspielanbieter*innen als auch gegenüber Werbenden Maßnahmen ergreifen, um die gesetzlichen Vorgaben zur Glücksspielwerbung durchsetzen.

V überlegt, wie sie nun am besten vorgeht. Sie möchte an der Erlaubnis festhalten, aber gerne die zusätzliche Verpflichtung aus lit. a loswerden. Sie legt daher form- und fristgerecht Widerspruch ausschließlich gegen die Verpflichtung aus lit. a ein. Die Behörde hält in ihrem Widerspruchsbescheid vom Freitag, den 25.8.2023, welcher der S am Samstag, den 26.8.2023, zugestellt wird, an sämtlichen Verpflichtungen fest. Die S legt daher am Dienstag, den 26.9.2023, Klage beim Verwaltungsgericht Hamburg ein.

Aufgabe

Prüfen Sie in einem Gutachten die Erfolgsaussichten der Klage der S. Gehen Sie auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. in einem Hilfsgutachten – ein.

Bearbeitungsvermerk

Die formelle Rechtmäßigkeit des behördlichen Bescheids, die materielle Rechtmäßigkeit des Grundverwaltungsakts mit Ausnahme der Anforderungen von § 5 Abs. 1 S. 3 des Staatsvertrages zur Neuordnung des Glücksspielwesens in Deutschland aus 2021 (GlüStV) sowie die Verfassungsmäßigkeit des GlüStV sind zu unterstellen.

Der Staatsvertrag ist ein zwischen allen 16 deutschen Bundesländern geschlossener Vertrag, der bundeseinheitliche Rahmenbedingungen für die Veranstaltung von Glücksspielen schuf. Die Regelungen des Staatsvertrages werden durch Gesetz auf Landesebene ratifiziert und gelten im Rang von Landesrecht.

Auszug aus dem BGB

§ 84 Stiftungsorgane

(1) Die Stiftung muss einen Vorstand haben. Der Vorstand führt die Geschäfte der Stiftung.

(2) Der Vorstand vertritt die Stiftung gerichtlich und außergerichtlich; er hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters. [...]

Auszug aus dem GlüStV 2021

§ 3 Begriffsbestimmungen

(1) Ein Glücksspiel liegt vor, wenn im Rahmen eines Spiels für den Erwerb einer Gewinnchance ein Entgelt verlangt wird und die Entscheidung über den Gewinn ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt. [...]

§ 4 Allgemeine Bestimmungen zur Erlaubniserteilung

(1) Öffentliche Glücksspiele dürfen nur mit Erlaubnis der zuständigen Behörde des jeweiligen Landes veranstaltet oder vermittelt werden. [...]

(2) Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn das Veranstalten oder das Vermitteln des Glücksspiels den Zielen des § 1 zuwiderläuft. [...]

§ 5 Werbung

(1) Inhaber einer Erlaubnis nach § 4 dürfen vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelungen für die erlaubten Glücksspiele werben und Sponsoring betreiben. Sie können Dritte mit der Durchführung der Werbung beauftragen. In der Erlaubnis nach § 4 sind Inhalts- und Nebenbestimmungen zur Ausgestaltung der Werbung für öffentliches Glücksspiel, insbesondere im Fernsehen und im Internet einschließlich fernsehähnlichen Telemedien und Video-Sharing-Diensten, sowie zu Pflichthinweisen festzulegen. Werbung über Telekommunikationsanlagen ist verboten. [...]

(2) Art und Umfang der Werbung für öffentliches Glücksspiel darf den Zielen des § 1 nicht zuwiderlaufen. Die Werbung darf nicht übermäßig sein. Bei der Werbung für einzelne Glücksspiele dürfen besondere Merkmale des jeweiligen Glücksspiels herausgehoben werden. Werbung darf sich nicht an Minderjährige oder vergleichbar gefährdete Zielgruppen richten. Soweit möglich, sind Minderjährige als Empfänger von Werbung auszunehmen. Irreführende Werbung für öffentliches Glücksspiel, insbesondere solche, die unzutreffende Aussagen über die Gewinnchancen oder Art und Höhe der Gewinne enthält, ist verboten. In der Werbung dürfen die Ergebnisse von Glücksspielen nicht als durch den Spieler beeinflussbar und Glücksspiele nicht als Lösung für finanzielle Probleme dargestellt werden. Werbung, die den Eindruck erweckt, ein redaktionell gestalteter Inhalt zu sein, ist unzulässig. [...]

§ 9 Glücksspielaufsicht

Die Glücksspielaufsicht hat die Aufgabe, die Erfüllung der nach diesem Staatsvertrag bestehenden oder auf Grund dieses Staatsvertrages begründeten öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen zu überwachen sowie darauf hinzuwirken, dass unerlaubtes Glücksspiel und die Werbung hierfür unterbleiben. Die für alle Länder oder in dem jeweiligen Land zuständige Behörde kann die erforderlichen Anordnungen im Einzelfall erlassen. [...]

Lösungsvorschlag

A. Zulässigkeit	765
I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs.....	765
II. Statthafte Klageart	766
1. Anfechtungsklage	766
a) Verwaltungsakt oder Teil eines Verwaltungsakts (Nebenbestimmung)	766
b) Isolierte Anfechtbarkeit der Auflage	768

aa) Abgrenzung nach Art der Nebenbestimmung.....	768
bb) Abgrenzung nach Art des Hauptverwaltungsakts.....	768
cc) Abgrenzung nach Rechtmäßigkeit des Rest-Verwaltungsakts.....	768
dd) Zwischenergebnis	770
c) Zwischenergebnis.....	770
2. Verpflichtungsklage.....	770
III. Klagebefugnis	770
IV. Vorverfahren	771
V. Frist	771
VI. Sachliche und örtliche Zuständigkeit	771
VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit.....	772
VIII. Rechtsschutzbedürfnis.....	772
IX. Zwischenergebnis	772
B. Objektive Klagehäufung.....	772
C. Begründetheit.....	772
I. Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmungen	772
1. Taugliche Ermächtigungsgrundlage.....	773
2. Formelle Rechtmäßigkeit.....	773
3. Materielle Rechtmäßigkeit	773
a) Anforderungen des § 5 Abs. 1 S. 3 GlüStV	773
aa) Nebenbestimmung zu einer Glücksspielerlaubnis	773
bb) Rechtsfolge von § 5 Abs. 1 S. 3 GlüStV.....	773
cc) Verhältnis zum Zweck des Grundverwaltungsakts.....	773
b) Ermessensausübung	774
aa) Bestimmtheitsgrundsatz	774
bb) Verhältnismäßigkeit.....	775
(1) Legitimer Zweck	775
(2) Geeignetheit	775
(3) Erforderlichkeit.....	775
(4) Angemessenheit	776
(5) Zwischenergebnis.....	776
cc) Zwischenergebnis	777
c) Zwischenergebnis.....	777
4. Zwischenergebnis.....	777
II. Hilfsgutachten: Materielle Trennbarkeit.....	777

III. Zwischenergebnis	778
D. Ergebnis.....	778

Die Klage der S hat Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

A. Zulässigkeit¹

Die Klage müsste zulässig sein.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Hierfür müsste zunächst der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Mangels aufdrängender Sonderzuweisungen ist die Generalklausel aus § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO einschlägig. Danach ist der Verwaltungsrechtsweg für jede öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, wenn keine abdrängende Sonderzuweisung vorliegt.

Öffentlich-rechtlich ist die Streitigkeit, wenn sich der Streitgegenstand nach Normen des öffentlichen Rechts bestimmt. Hierfür ist wiederum die Natur des Rechtsverhältnisses maßgeblich, aus dem der geltend gemachte Anspruch hergeleitet wird.² Es handelt sich um öffentlich-rechtliche Normen, soweit diese ausschließlich Hoheitsträger*innen zum Tätigwerden berechtigen und verpflichten (sog. modifizierte Subjektstheorie³). Streitgegenstand ist vorliegend eine behördliche Verpflichtung der S, eine bestimmte Art und Weise der Werbung für Glücksspiele zu unterlassen. Die entscheidenden Normen finden sich im Staatsvertrag zur Neuregulierung des Glücksspielwesens in Deutschland (GlüStV), insbesondere in § 5 Abs. 1 S. 3 GlüStV, wonach die Behörde in der Erlaubnis für das Glücksspiel Inhalts- und Nebenbestimmungen zur Ausgestaltung der Werbung festzulegen hat. Nach dem GlüStV ist nur die zuständige Behörde berechtigt, die entsprechenden Regelungen zu treffen. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit ist somit gegeben.

Ferner setzt § 40 Abs. 1 VwGO voraus, dass die Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art ist. Eine Streitigkeit ist nach dem Grundsatz der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit dann verfassungsrechtlicher Art, wenn es sich zum einen um einen Streit zwischen am Verfassungsleben beteiligten Rechtsträger*innen handelt und diese sich zum anderen über Rechte und Pflichten streiten, die sich unmittelbar aus der Verfassung ergeben.⁴ Vorliegend streitet sich S mit der zuständigen Behörde über die Zulässigkeit einer bestimmten Art der Werbung für Glücksspiele. Weder sind an dem Streit Verfassungsorgane beteiligt, noch wird um Rechte und Pflichten unmittelbar aus der Verfassung gestritten. Der Streit ist somit auch nichtverfassungsrechtlicher Art.

Da keine abdrängende Sonderzuweisung ersichtlich ist, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

¹ Siehe zur Frage der Bezeichnung des Prüfungsschrittes (Zulässigkeit, Sachentscheidungsvoraussetzungen, Vorprüfung) Heidebach, Jura 2009, 172.

² VGH Mannheim, Beschl. v. 26.4.2022 – 2 S 762/22 = NVwZ-RR 2022, 643.

³ Siehe zu den Defiziten dieser vor allem in der Literatur vorherrschenden Theorie *Unruh*, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2021, § 40 Rn. 95–97.

⁴ Siehe detaillierter zu den vertretenen Auffassungen, wann es sich um eine Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt Reimer, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.1.2023, § 40 Rn. 91 ff.

Hinweis: Die Prüfung der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs kann auch knapper und feststellender erfolgen, sofern alle Prüfungsschritte Erwähnung finden.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem klägerischen Begehren, § 88 VwGO. Hier wendet sich die S nicht gegen die erteilte Erlaubnis als solche, sondern gegen eine zusätzliche, sie belastende Anordnung der Behörde. Um ihrem Begehren zu entsprechen, kommen die Erhebung einer (isolierten) Anfechtungsklage auf Aufhebung der ergangenen Anordnung und die Erhebung einer Verpflichtungsklage auf uneingeschränkte Genehmigung des Glücksspiels in Betracht. Grundsätzlich ist die Anfechtungsklage als Gestaltungsklage unter Gesichtspunkten eines effektiven Rechtsschutzes vorzuzugswürdig.⁵

1. Anfechtungsklage

Fraglich ist daher, ob hier eine Anfechtungsklage i.S.d. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO statthaft ist.

a) Verwaltungsakt oder Teil eines Verwaltungsakts (Nebenbestimmung)

Dies setzt voraus, dass die erlassene Anordnung, welche die Art und Weise der Werbung für das erlaubte Glücksspiel einschränkt, ein Verwaltungsakt oder ein selbstständig anfechtbarer Teil eines Verwaltungsakts ist. Die fragliche Regelung ist von der zuständigen Behörde ausdrücklich als „Inhalts- und Nebenbestimmung“ erlassen worden. Wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen von Inhaltsbestimmungen gegenüber Auflagen und Bedingungen als Nebenbestimmungen macht diese unpräzise Bezeichnung seitens der Behörde eine Abgrenzung erforderlich.

Bleibt im Einzelfall unklar, ob und welche Nebenbestimmung oder ob ein sonstiger Zusatz bzw. eine Inhaltsbestimmung gemeint ist, ist dies durch Auslegung der behördlichen Erklärung zu ermitteln. Entscheidendes Kriterium dafür ist nicht der subjektive Behördenwille. Vielmehr ist für die Auslegung öffentlich-rechtlicher Willenserklärungen – dazu gehören auch der Verwaltungsakt und seine Bestandteile – entsprechend der auch im öffentlichen Recht anwendbaren Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB der objektive Erklärungswert maßgebend. Daher ist danach zu fragen, wie sich die Erklärung aus der Sicht einer (objektiven) Empfängerin in der Lage der*des Betroffenen darstellt. Es muss deshalb nicht entscheidend sein, wie die Behörde die Nebenbestimmung oder den Zusatz bezeichnet hat.⁶

Es handelt sich vorliegend nicht um eine Nebenbestimmung in Form einer Bedingung. Hierunter ist eine Bestimmung zu verstehen, nach der der Eintritt oder der Wegfall einer Vergünstigung oder einer Belastung von dem ungewissen Eintritt eines zukünftigen Ereignisses abhängt, § 36 Abs. 2 Nr. 2 LVwVfG. Die Regelung in lit. a ist schon dem Wortlaut nach nicht so zu verstehen, dass die Behörde die Wirkung der Erlaubnis für das Glücksspiel von der Art und Weise der Werbung für dieses abhängig machen möchte. Eine Bedingung liegt nicht vor.

⁵ So Wysk, in: Wysk, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 3. Aufl. 2020, § 42 Rn. 4; siehe mit Nachweisen zu anderen Ansichten Schmidt-Kötters, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.1.2024, § 42 Rn. 46.

⁶ OVG Magdeburg, Beschl. v. 15.6.2023 – 3 M 24/23 = BeckRS 2023, 17072 Rn. 10; Störmer, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2021, § 36 Rn. 43; v. Alemann/Scheffczyk, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.4.2023, § 35 Rn. 46 zur Auslegung öffentlich-rechtlicher Willenserklärungen.

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich jedoch bei der Abgrenzung zwischen Inhaltsbestimmungen und Auflagen. Hier sind die Übergänge mitunter fließend. In Rechtsprechung und Literatur sind verschiedene Abgrenzungskriterien entwickelt worden. Maßgeblich ist wiederum der objektive Erklärungsgehalt der Regelung. Zu seiner Bestimmung ist zunächst darauf abzustellen, ob die Regelung das genehmigte Verhalten selbst näher bestimmt bzw. die Beschaffenheit oder beispielsweise das Betreiben einer Anlage, also das technische oder betriebliche Konzept unmittelbar betrifft (dann Inhaltsbestimmung), oder ob sie als zusätzlich zu der Genehmigung hinzutretendes, selbstständiges Handlungs- oder Unterlassungsgebot verstanden werden muss (dann Auflage).⁷

Ein weiteres Abgrenzungskriterium ist die Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenpflichten. Handelt es sich nach dem Gewicht und der Wesentlichkeit der Genehmigungsvoraussetzung, deren Sicherstellung die Regelung dienen soll, um (bloße) Nebenpflichten, ist in der Regel von einer Auflage auszugehen. Betrifft dagegen die Regelung unmittelbar die Errichtung, Beschaffenheit oder die Art und Weise des Betriebs einer genehmigten Anlage oder der Durchführung genehmigter Tätigkeiten und soll die Genehmigung mit der Einhaltung dieser Regelung gewissermaßen stehen oder fallen, so ist von einer Inhaltsbestimmung auszugehen.⁸

Verbleiben nach alledem bei der Auslegung Unklarheiten, so müssen diese auch bei der Abgrenzung von Auflagen und Inhaltsbestimmungen zulasten der Verwaltung gehen, da es grundsätzlich deren Verantwortung ist, klar, bestimmt, verständlich und widerspruchsfrei zum Ausdruck zu bringen, was gemeint ist und gelten soll. Bei verbleibenden Zweifeln ist daher von einer Auflage auszugehen, da diese insofern weniger belastend ist, als ein Verstoß gegen sie nicht – wie bei der (Genehmigungs-)Inhaltsbestimmung – ein Handeln ohne Genehmigung bedeutet und regelmäßig auch nicht strafbewehrt ist.⁹

Die Erlaubnis des Glücksspiels ist gem. § 5 Abs. 1 S. 3 GlüStV mit Inhalts- und Nebenbestimmungen zu versehen. Dies spricht zwar für einen engen inhaltlichen Zusammenhang zwischen der Erlaubnis des Glücksspiels und den zusätzlichen Regelungen, die unter anderem die Werbung betreffen. Die Werbung ist jedoch nicht notwendiger Bestandteil der Durchführung von Glücksspielen. Es stünde der S offen, das Glücksspiel ohne Werbung durchzuführen. Darüber hinaus erlegt die Regelung ihr ein selbstständiges Unterlassungsgebot hinsichtlich der Werbung über Influencer*innen auf. Zudem hätte die Glücksspielerlaubnis auch ohne die zusätzliche Regelung zur Werbung einen vollziehbaren Gehalt.

In der Gesamtschau handelt es sich vorliegend daher um eine Nebenbestimmung in Form einer Auflage.¹⁰

⁷ Störmer, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2021, § 36 Rn. 49.

⁸ Störmer, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2021, § 36 Rn. 50.

⁹ Störmer, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2021, § 36 Rn. 52.

¹⁰ Siehe zu weiteren Beispielen zur Unterscheidung zwischen Inhalts- und Nebenbestimmungen OVG Magdeburg, Beschl. v. 15.6.2023 – 3 M 24/23 = BeckRS 2023, 17072 Rn. 10: Bei Lotterien mit geringem Gefährdungspotential hat das Bundesverwaltungsgericht angenommen, dass Merkmale, die nicht gem. § 17 GlüStV 2021 „insbesondere“ in der Erlaubnis festzulegen sind, nicht den Gegenstand der Erlaubnis selbst bilden, also isoliert anfechtbare Nebenbestimmungen sind (BVerwG, Ur. v. 6.11.2019 – 8 C 14/18, Rn. 22 [juris]). Als Beschränkungen, die unmittelbar die inhaltliche Ausgestaltung der Erlaubnis betreffen, wurden im Glücksspielrecht Regelungen über die Regionalität (HambOVG, Ur. v. 22.6.2017 – 4 Bf 160/14, Rn. 68 [juris]), die zeitliche Befristung (VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 11.8.2022 – 6 S 790/22, Rn. 16 [juris]; HambOVG, Ur. v. 22.6.2017 – 4 Bf 160/14, Rn. 68 [juris]) und die Mindestspieldauer (OVG Schleswig-Holstein, Ur. v. 23.3.2017 – 4 LB 4/16, Rn. 24 ff. [juris]) bewertet. Dagegen wurden etwa Anzeigepflicht bzw. Zustimmungsvorbehalt bei Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zustimmungsvorbehalt bei Produktänderungen, Regelungen zur Einschaltung zuverlässiger Dritter, Anzeigepflicht bzw. Erlaubnisvorbehalt bei Änderungen der Rechtsform der Spielvermittlerin oder beauftragten Dritten, Vorgabe einer geschlossenen Benutzer-

b) Isolierte Anfechtbarkeit der Auflage

Aufgrund des engen inhaltlichen Zusammenhanges zwischen Auflage und Hauptregelung ist die isolierte Anfechtbarkeit der Auflage allerdings trotz ihres Verwaltungsakts-Charakters nicht unumstritten.

aa) Abgrenzung nach Art der Nebenbestimmung

Teilweise wird die Frage der isolierten Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen davon abhängig gemacht, um welche Art von Nebenbestimmung es sich handelt. Bei Bedingungen und Befristungen soll, da es sich um sog. unselbständige Nebenbestimmungen handelt, die Erhebung einer Verpflichtungsklage notwendig sein, während bei Auflagen, die als selbständige Nebenbestimmungen gelten, eine isolierte Anfechtung statthaft sei.¹¹ Im konkreten Fall wäre nach dieser Ansicht also eine Anfechtungsklage statthaft.

bb) Abgrenzung nach Art des Hauptverwaltungsakts

Demgegenüber differenziert eine weitere Ansicht nicht nach der Art der Nebenbestimmung, sondern nach der Art der Hauptregelung. Zum Schutz der Entscheidungsspielräume der Verwaltung soll eine isolierte Anfechtung lediglich bei gebundenen Verwaltungsakten zulässig sein, während bei Verwaltungsakten, die im Ermessen der Behörde stehen, eine Verpflichtungsklage zu erheben sei.¹²

§ 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV macht die Veranstaltung und Vermittlung öffentlicher Glücksspiele von der vorherigen Erlaubniserteilung durch die zuständige Behörde des jeweiligen Landes abhängig. Es handelt sich um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.¹³ Teilweise wird vertreten, dass es sich um eine Ermessensentscheidung der Behörde handele. Allerdings sprechen im Zweifel die Grundrechte und die (europäische) Dienstleistungsfreiheit für die Erlaubnisform mit der geringeren Beschränkung. Sofern die spezifischen Erlaubnisvoraussetzungen erfüllt sind und keine Versagensgründe vorliegen, hat die Behörde die Erlaubnis daher zu erteilen.¹⁴ Es handelt sich insofern um eine gebundene Entscheidung.

Hinweis: Str., a.A.¹⁵ gut vertretbar.

Im konkreten Fall wäre nach dieser Ansicht eine Anfechtungsklage statthaft.

cc) Abgrenzung nach Rechtmäßigkeit des Rest-Verwaltungsakts

Insbesondere in der Rechtsprechung wird demgegenüber grundsätzlich eine Anfechtungsklage für statthaft gehalten, soweit der nach erfolgreicher Anfechtung verbleibende Haupt-Verwaltungsakt

gruppe, Berichtspflichten, Vorgaben eines Technikstandards zur Datensicherheit, Verpflichtung, ggf. beauftragten Dritten die dem*der Beklagten zustehenden Rechte zu gewähren und Auflagenvorbehalt (HambOVG, UrT. v. 22.6.2017 – 4 Bf 160/14, Rn. 67 [juris]), Regelungen zum Spieler-Monitoring, zur individuellen Limit-erhöhung und zur Identifizierung von Bestandskunden (VG Darmstadt, Beschl. v. 22.12.2021 – 3 L 675/21.DA = BeckRS 2021, 62536) als isoliert anfechtbare Nebenbestimmungen angesehen.

¹¹ Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 24. Aufl. 2023, § 36 Rn. 89 m.w.N.

¹² Z.B. Brenner, JuS 1996, 282 (287).

¹³ Bringmann, in: Dünchheim, Glücksspielrecht, Glücksspielstaatsvertrag, Kommentar, 2021, § 4 Rn. 17 f.

¹⁴ Helmes/Otto, in: Hamacher/Krings/Otto, Glücksspielrecht, Handkommentar, 2022, GlüStV § 4 Rn. 4.

¹⁵ Bringmann, in: Dünchheim, Glücksspielrecht, Glücksspielstaatsvertrag, Kommentar, 2021, § 4 Rn. 30.

nicht offensichtlich rechtswidrig wäre.¹⁶ Ob die Nebenbestimmung aufgehoben werden kann, ist eine Frage der Begründetheit der Anfechtungsklage. Die Aufhebung erfolgt, wenn die Nebenbestimmung rechtswidrig ist und der Verwaltungsakt ohne die Nebenbestimmung „sinnvoller- und rechtmäßigerweise“ bestehen bleiben kann.¹⁷ Diese Ansicht greift auch nicht unzulässigerweise in den Entscheidungsspielraum der Behörden ein. Für den Fall, dass die isolierte Anfechtungsklage gegen die Nebenbestimmung begründet ist, weil diese rechtswidrig ist, besteht für die Behörde die Möglichkeit des Widerrufs eines von ihr nicht gewollten Verwaltungsakts.¹⁸

Nach kurzzeitig diskutierter, mittlerweile aber wieder verworfener Auffassung des 8. *Senats* des BVerwG¹⁹ dürfe eine belastende Nebenbestimmung, die einem begünstigenden Verwaltungsakt beigefügt wurde, im Anfechtungsprozess nur dann isoliert aufgehoben werden, wenn der verbleibende Verwaltungsakt für sich genommen rechtmäßig sei. Nur dann könne dieser im Sinne der bisherigen Rechtsprechung des BVerwG rechtmäßigerweise bestehen bleiben. Sei der verbleibende Verwaltungsakt für sich genommen aber schon nicht rechtmäßig (beispielsweise aufgrund eines formellen Fehlers), sei die Anfechtungsklage trotz rechtswidriger Nebenbestimmung unbegründet, da kein Interesse an dem Erhalt des für sich genommen bereits rechtswidrigen Verwaltungsakts bestehe. Dies konnte zu der dogmatisch fragwürdigen Situation führen, dass eine rechtswidrige Nebenbestimmung und ein rechtswidriger Hauptverwaltungsakt dennoch nicht zu einer begründeten Anfechtungsklage führen. Der 8. *Senat* begründete seinen umfassenden Zugriff auf die Rechtmäßigkeit des Hauptverwaltungsakts damit, dass der von § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO vorausgesetzte materiell-rechtliche Aufhebungsanspruch mit dem Leistungsanspruch korrespondiere.

An dieser Auffassung wird kritisiert, dass sie nicht erklären könne, weshalb eine zulässige Anfechtungsklage ohne Erfolg bleiben soll, obwohl die Voraussetzungen von § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO vorliegen, nämlich die Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmung und damit verbunden die Verletzung subjektiver Rechte der klagenden Person.²⁰

Hinweis: Die Frage, ob sich die isolierte Anfechtung der Nebenbestimmungen primär an der prozessualen Trennbarkeit orientiert (so die bisherige Rechtsprechung) oder an der materiell-rechtlichen Situation, war innerhalb der Rechtsprechung nach einem Anfragebeschluss des 4. *Senats* des BVerwG²¹ beim 8. *Senat* des BVerwG, ob dieser an der oben genannten Auffassung festhalten möchte, kurzzeitig ungeklärt. Die dogmatisch in sich grundsätzlich ebenfalls überzeugende Lösung über die Ansätze, die ihren Ausgangspunkt in der Rechtsstellung haben, die dem*der späteren Kläger*in gegenüber der Genehmigungsbehörde in der Situation der Antragstellung vom Gesetz eingeräumt ist, stellte die bisherige prozessual orientierte Lösung vor Schwierigkeiten.²² Der 8. *Senat* des BVerwG hat an seiner Auffassung nach dem Anfragebeschluss des 4. *Senats* jedoch nicht festgehalten.²³

Liegen die genannten Voraussetzungen für eine isolierte Aufhebung der Nebenbestimmung nicht vor, ist eine Anfechtungsklage gem. § 88 VwGO in eine Verpflichtungsklage auf Erlass eines neuen Verwaltungsakts ohne die belastende Nebenbestimmung umzudeuten. Auch dieser Ansicht zufolge

¹⁶ BVerwGE 112, 263 (264).

¹⁷ Vgl. zum Stand der Diskussion *Funke*, NVwZ 2021, 114.

¹⁸ Vgl. *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 24. Aufl. 2023, § 36 Rn. 91.

¹⁹ BVerwG, Urt. v. 6.11.2019 – 8 C 14/18 = NVwZ 2020, 163.

²⁰ *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 24. Aufl. 2023, § 36 Rn. 91.

²¹ BVerwG, Beschl. v. 29.3.2022 – 4 C 4/20 = NVwZ 2022, 1798.

²² *Funke*, NVwZ 2021, 114 (117).

²³ BVerwG, Beschl. v. 12.10.2022 – 8 AV 1/22 = NVwZ 2022, 1801.

wäre hier eine Anfechtungsklage statthaft und die Frage der Rechtmäßigkeit sowie der materiellen Trennbarkeit der Nebenbestimmung eine Frage der Begründetheit.

dd) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist die Auflage isoliert anfechtbar.

c) Zwischenergebnis

Vorliegend ist eine Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO statthaft.

2. Verpflichtungsklage

Hilfsweise kommt nach dem klägerischen Begehren eine Verpflichtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO in Betracht. Korrespondierend mit der oben erläuterten prozessualen Konstellation und der Diskussion um die materielle Trennbarkeit ist sinnvollerweise hilfsweise eine Verpflichtungsklage zu erheben.²⁴

Eine hilfsweise erhobene Verpflichtungsklage auf ermessensfehlerfreie Neubescheidung über den Antrag auf Erlaubnis zur Durchführung des Glücksspiels in Form einer Versagungsgegenklage gem. § 42 Abs. 1 Var. 2 VwGO ist daher statthaft.

Hinweis: Ausführungen zu der hilfsweise zu erhebenden Verpflichtungsklage und der daraus resultierenden Eventualklagehäufung nach § 44 VwGO sind stark positiv zu werten. Aufgrund des Bearbeitungshinweises können die Bearbeiter*innen nach entsprechender Abwägung in der Verhältnismäßigkeit theoretisch dazu kommen, dass die Nebenbestimmung rechtswidrig ist und der Grundverwaltungsakt ebenfalls rechtswidrig ist, weil er entsprechend § 5 Abs. 1 S. 3 GlüStV ohne Nebenbestimmungen nicht rechtmäßig erlassen werden konnte. In diesem Fall stellt sich bei entsprechender Auslegung des Klagebegehrens die Frage nach der Erhebung einer Verpflichtungsklage auf ermessensfehlerfreie Bescheidung.

Über die Rechtmäßigkeit der weiteren, hier nicht angegriffenen Nebenbestimmung kann an dem Punkt der Prüfung der statthaften Klageart noch keine Aussage getroffen werden. Die Rechtmäßigkeit der übrigen Nebenbestimmungen kann erst im späteren Verlauf der Prüfung (laut Bearbeitungsvermerk) unterstellt werden. Daher sind Überlegungen zu einer hilfsweise zu erhebenden Verpflichtungsklage an diesem frühen Punkt der Prüfung theoretisch angezeigt.

Es wird nicht erwartet, dass die Bearbeiter*innen diese Problematik erkennen, geschweige denn um den Stand der Diskussion hinsichtlich der isolierten Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen wissen. Fehlende Ausführungen sind daher nicht negativ, erfolgte Ausführungen aber stark positiv zu werten. Erwartet werden jedoch ein sauberer Aufbau sowie eine saubere Subsumtion unter die bisher vertretenen Ansichten zur isolierten Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen.

III. Klagebefugnis

S müsste auch klagebefugt gem. § 42 Abs. 2 VwGO sein. Dies ist der Fall, wenn nicht von vornherein ausgeschlossen ist, dass die Klägerin durch die hoheitliche Maßnahme in einem subjektiv-öffentli-

²⁴ Einen zweiten, bei der vorigen Instanz vor dem OVG hilfsweise gestellten Verpflichtungsantrag nahm der Kläger in der mündlichen Verhandlung zurück, vgl. die Darstellung bei *Funke*, NVwZ 2021, 114 (115).

chen Recht verletzt ist.

Für die Klagebefugnis im Hinblick auf eine belastende Nebenbestimmung als Teil eines Verwaltungsakts reicht es aus, wenn die Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmung unter Berufung auf die Stellung als Adressat*in der hoheitlichen Maßnahme geltend gemacht wird. Die Klagebefugnis wäre in diesem Fall nur zu verneinen, wenn eine klägerische Rechtsverletzung von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen ist. Hinsichtlich der Anfechtung der belastenden Nebenbestimmungen, die der S eine bestimmte Art und Weise der Werbung für das von ihr durchgeführte Glücksspiel verbieten, ist sie als Adressatin des Verbots klagebefugt (sog. Adressat*innentheorie).

Bezogen auf die hilfsweise erhobene Verpflichtungsklage ist die S klagebefugt, wenn sie geltend machen kann, durch den Nichterlass der beantragten Erlaubnis ohne die belastenden Nebenbestimmungen in ihren Rechten verletzt worden zu sein. Auch dies scheint vorliegend nicht von vornherein ausgeschlossen.

IV. Vorverfahren

Die S müsste vor Erhebung der Anfechtungsklage Widerspruch eingelegt haben, um die Rechtmäßigkeit und die Zweckmäßigkeit des Verwaltungsakts in einem Vorverfahren nachprüfen zu lassen, § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO. Der Widerspruch kann auf einen Teil des Verwaltungsakts beschränkt werden, wenn dieser inhaltlich teilbar ist. Die Grundsätze zur isolierten Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen vor Gericht gelten entsprechend.²⁵ Die S hat form- und fristgerecht Widerspruch eingelegt, dem die Behörde nicht abgeholfen hat. Das Vorverfahren für die Anfechtungsklage wurde ordnungsgemäß durchgeführt.

Mit Blick auf die hilfsweise erhobene Verpflichtungsklage, für die nach § 68 Abs. 2 VwGO die Vorschriften über das Vorverfahren entsprechend Anwendung finden, ergibt sich keine abweichende Bewertung.

V. Frist

Die Klage müsste fristgerecht innerhalb eines Monats nach Zustellung des Widerspruchsbescheids eingelegt worden sein, § 74 Abs. 1 S. 1 VwGO. Die Berechnung der Klagefrist erfolgt gem. § 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 222 Abs. 1 ZPO nach §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB. Die Zustellung des Widerspruchsbescheids erfolgte am 26.8.2023. Die Frist läuft gem. § 188 Abs. 2 BGB mit Ablauf des 26.9.2023 ab. Die S legte am 26.9.2023 und damit fristgerecht Klage ein.

Auch die hilfsweise erhobene Verpflichtungsklage wurde fristgerecht erhoben, § 74 Abs. 2 VwGO.

VI. Sachliche und örtliche Zuständigkeit

Das Verwaltungsgericht ist sachlich nach § 45 VwGO zuständig. Die örtliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts Hamburg ergibt sich aus § 52 Nr. 3 S. 1 VwGO.²⁶

²⁵ Geis, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 68 Rn. 89.

²⁶ Die Gemeinsame Glücksspielbehörde der Länder (§ 27a GlüStV) ist im vorliegenden Fall nicht zuständig (vgl. den Zuständigkeitskatalog in § 27f GlüStV). Für den Fall der Zuständigkeit der Gemeinsamen Glücksspielbehörde der Länder richtet sich die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts nach § 52 Nr. 3 S. 2 VwGO, was vorliegend ebenfalls zur Zuständigkeit des VG Hamburg führen würde. Die Verteilung der Gerichtsprozesse auf den Bezirk, in dem die beschwerte Partei ihren Sitz hat, dient dazu, die Konzentration von Prozessen bei dem Gericht zu vermeiden, das sonst an dem Sitz einer Behörde zuständig wäre, Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 29. Aufl. 2023, § 52 Rn. 13.

VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Die Beteiligtenfähigkeit ergibt sich für die S aus § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO. Ihre Prozessfähigkeit ergibt sich aus § 62 Abs. 3 VwGO. Sie wird durch ihre Vorständin vertreten, der nach § 84 Abs. 2 Hs. 2 BGB die Stellung einer gesetzlichen Vertreterin zukommt. Die Freie und Hansestadt Hamburg ist eine Gebietskörperschaft und damit als juristische Person gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligungsfähig. Im Prozess muss sie sich gem. § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 6 Abs. 1 HmbVerwBehG durch die Leitung der Behörde für Inneres und Sport als dem*der gesetzlichen Vertreter*in der Behörde, in deren Geschäftsbereich die Glücksspielaufsicht fällt, vertreten lassen.

VIII. Rechtsschutzbedürfnis

Da kein schnellerer, effektiverer und kostengünstigerer Weg für die S ersichtlich ist, um ihr Rechtsschutzziel zu erreichen, besteht auch ein Rechtsschutzbedürfnis.

IX. Zwischenergebnis

Die Klage ist zulässig.

B. Objektive Klagehäufung

Vorliegend kommt eine objektive Klagehäufung in Betracht, § 44 VwGO. Voraussetzungen hierfür sind, dass sich die verschiedenen Klagebegehren gegen dieselbe*denselben Beklagte*n richten, ein Zusammenhang zwischen den Klagebegehren besteht und dasselbe Gericht sachlich und örtlich zuständig ist. Es reicht aus, dass die Klagebegehren rein tatsächlich dem gleichen Lebenssachverhalt zuzuordnen sind. Nicht erforderlich ist, dass es sich um gleichartige Klagebegehren handelt. Zulässig ist darüber hinaus nur eine eventuale objektive Klagehäufung, bei der zwar der Hauptantrag unbedingt, der Hilfsantrag aber bedingt gestellt ist.²⁷

Beide Klagebegehren richten sich gegen dieselbe Beklagte. Zudem betreffen sie beide den Sachverhalt der Werbung für das beantragte Glücksspiel. Für beide Klagen ist dasselbe Gericht zuständig. Die Verpflichtungsklage wird für den Fall erhoben, dass die Anfechtungsklage unbegründet und die Nebenbestimmung nicht materiell trennbar vom Haupt-Verwaltungsakt ist. Damit handelt es sich um eine zulässige innerprozessuale Bedingung. Eine objektive Klagehäufung liegt vor.

C. Begründetheit

Die Anfechtungsklage ist gem. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO begründet, soweit die angefochtene Nebenbestimmung rechtswidrig und die Klägerin dadurch in ihren Rechten verletzt ist. Außerdem müsste die Auflage von der Erlaubniserteilung als Grundverwaltungsakt materiell trennbar sein.

I. Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmungen

Die Nebenbestimmungen müssten auf einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage basieren und darüber hinaus formell sowie materiell rechtmäßig sein.

²⁷ Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 29. Aufl. 2023, § 44 Rn. 4–7.

1. Taugliche Ermächtigungsgrundlage

Die Ermächtigungsgrundlage liegt hier in § 5 Abs. 1 S. 3 GlüStV als spezielle Ermächtigung, Nebenbestimmungen bezüglich der Ausgestaltung von Werbung für das in der Erlaubnis zugelassene Glücksspiel zu erlassen. Auf die Frage der Einordnung in die Systematik des § 36 VwVfG, also ob die Erlaubniserteilung gem. § 4 Abs. 1, 2 GlüStV eine gebundene Entscheidung oder eine Ermessensentscheidung ist,²⁸ kommt es daher nicht an. Die Verfassungsmäßigkeit der Regelungen des GlüStV ist zu unterstellen.

Hinweis: Ein Hinweis auf § 36 LVwVfG wird nicht verlangt, eine knappe Einordnung in § 36 LVwVfG wiegt aber nicht negativ. Die Nebenbestimmung nur unmittelbar auf § 36 LVwVfG zu stützen wäre ein Fehler.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Die formelle Rechtmäßigkeit der Nebenbestimmung ist zu unterstellen.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Nebenbestimmung müsste materiell rechtmäßig sein. Das ist der Fall, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage erfüllt sind und eine zulässige, insbesondere auch verfassungskonforme Rechtsfolge gewählt wurde.

a) Anforderungen des § 5 Abs. 1 S. 3 GlüStV

aa) Nebenbestimmung zu einer Glücksspielerlaubnis

Die gegenständlichen Regelungen stellen Nebenbestimmungen i.S.v. § 36 LVwVfG zu einer Glücksspielerlaubnis nach § 4 GlüStV dar. Ansonsten stellt § 5 Abs. 1 S. 3 GlüStV keine tatbestandlichen Anforderungen.

bb) Rechtsfolge von § 5 Abs. 1 S. 3 GlüStV

Die Nebenbestimmungen müssten sich im Rahmen der von § 5 Abs. 1 S. 3 GlüStV gedeckten Rechtsfolgen bewegen. Die Regelung ermöglicht Bestimmungen dahingehend, wie die Werbung für das durch die Erlaubnis zugelassene Glücksspiel ausgestaltet wird, ermöglicht also umfassende Regelungen bezüglich Inhalt, Umfang und Modalitäten der Werbung. Die Nebenbestimmung in lit. a betrifft Modalitäten der Werbung. Dies stellt eine nach § 5 Abs. 1 S. 3 GlüStGV zulässige Nebenbestimmung und damit eine zulässige Rechtsfolge dar.

cc) Verhältnis zum Zweck des Grundverwaltungsakts

Die Nebenbestimmung läuft dem Zweck des Grundverwaltungsakts, nämlich ein Glücksspiel in bestimmten Modalitäten zu erlauben, nicht zuwider. Es liegt kein Verstoß gegen § 36 Abs. 3 LVwVfG vor.

²⁸ Das ist str., vgl. Otto, in: Hamacher/Krings/Otto, Glücksspielrecht, Handkommentar, 2022, § 4 Rn. 4, 15.

b) Ermessensausübung

§ 5 Abs. 1 S. 3 GlüStV räumt zwar kein Entschließungsermessen, aber ein Auswahlermessen hinsichtlich der Bestimmungen darüber ein, wie die Werbung gestaltet werden darf („sind [...] festzulegen“).²⁹ Dieses dürfte gem. § 40 LVwVfG nicht ermessensfehlerhaft ausgeübt worden sein. Ein Ermessensfehler kann in einem Ermessensnichtgebrauch, einem Fehlgebrauch oder einer Ermessensüberschreitung liegen.

Die Behörde hat sich für das Verbot des Influencer*innenmarketings entschieden, um auf eine Einhaltung der Vorgaben des § 5 Abs. 2 GlüStV hinzuwirken und Überlegungen darüber angestellt, ob das Verbot ein angemessenes Mittel ist, um diesem Zweck zu dienen. Es liegen also weder ein Ermessensausfall noch ein Ermessens Fehlgebrauch vor. Es könnte aber eine Ermessensüberschreitung vorliegen, wenn die Nebenbestimmung gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz oder das Bestimmtheitsgebot gem. § 37 Abs. 1 LVwVfG³⁰ verstößt.

aa) Bestimmtheitsgrundsatz

Die Nebenbestimmung in lit. a wäre mit dem Bestimmtheitsgebot nicht vereinbar, wenn sie Tatbestand und Rechtsfolge nicht klar erkennen ließe.³¹ Ebenfalls könnte sich eine Unbestimmtheit daraus ergeben, dass nicht klargestellt wird, ob es sich bei der Regelung um eine Inhalts- oder Nebenbestimmung handelt.³² Die Anforderungen an die Bestimmtheit sind jedoch erfüllt, sofern die Bestimmungen durch Auslegung bestimmbar sind.

Im Bescheid wird nicht klargestellt, ob es sich bei der Bestimmung lit. a um eine Neben- oder Inhaltsbestimmung handelt. Dies lässt sich mittels Auslegung aber eindeutig klären (siehe oben). In dieser Hinsicht liegt also eine hinreichende Bestimmtheit vor.³³

Fraglich ist aber, ob der Begriff des „Influencer*innen-Marketings“ hinreichend bestimmt ist. Dafür müsste es möglich sein, Influencer*innen-Marketing von klassischen Werbemaßnahmen klar abzugrenzen. Influencer*innen bezeichnen typischerweise Werbende, die in sozialen Medien Produktempfehlungen aussprechen. Allein aus der Formulierung der Bestimmung lit. a ist nicht klar, ob es hier um den Ausschluss von Werbung durch bestimmte Personen geht, die in sozialen Medien auch durch Produktwerbung eine Bekanntheit haben, oder ob es um das Format der Werbung in sozialen Medien durch content creators geht. Die Begründung des Bescheids macht allerdings deutlich, dass das Ziel der Regelung ist, eigenständige Werbung durch content creators in sozialen Medien zu vermeiden, nicht hingegen, über soziale Medien bekannte Personen als Werbende auszuschließen. Die Bestimmung lit. a ist damit durch Auslegung bestimmbar. Die Grenze des § 37 Abs. 1 LVwVfG ist gewahrt.

Hinweis: Das Problem der Bestimmtheit war, wenn auch nicht besonders im Vordergrund, im Sachverhalt angelegt. Es ist ebenfalls vertretbar, eine hinreichende Bestimmtheit hier abzulehnen. Gute Bearbeitungen zeichnen sich dadurch aus, dass sie unterschiedliche Auslegungsvarianten aufzeigen.

²⁹ Dünchheim, in: Dünchheim, Glücksspielrecht, Glücksspielstaatsvertrag, Kommentar, 2021, § 5 Rn. 54.

³⁰ Anwendbarkeit von § 37 Abs. 1 LVwVfG auch auf Nebenbestimmungen, vgl. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 36 Rn. 27.

³¹ Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 37 Rn. 27.

³² Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 37 Rn. 27, § 36 Rn. 69.

³³ Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 37 Rn. 27.

Es wird nicht erwartet, dass als Problem im Rahmen der Bestimmtheit thematisiert wird, ob erkennbar eine Inhalts- oder Nebenbestimmung vorliegt.

bb) Verhältnismäßigkeit

Das Verbot der Influencer*innen-Werbung müsste auch verhältnismäßig sein.

(1) Legitimer Zweck

Zunächst müsste ein legitimer Zweck vorliegen. Das Verbot verfolgt den Zweck, die insbesondere in § 5 Abs. 2 GlüStV geregelten Grenzen zulässiger Werbung für erlaubtes Glücksspiel einzuhalten. Außerdem zielt die Regelung darauf ab, zu verhindern, dass Dritte mit gem. § 5 Abs. 1 S. 2 GlüStV verbotener eigenständiger Werbung beauftragt werden. Ein legitimer Zweck liegt damit vor.

(2) Geeignetheit

Das Verbot von Influencer*innen-Werbung müsste zur Zweckerreichung geeignet sein. Dies ist der Fall, wenn der legitime Zweck zumindest gefördert wird. Die S hat über Werbung auf sozialen Medien auf Accounts Dritter, wo Influencer*innen-Marketing typischerweise stattfindet, weniger Kontrolle. Es ist nicht ausgeschlossen, dass ein Verbot solcher Werbung durch Personen, die mit der Werbung auch eigene Interessen wie eine erhöhte Reichweite oder Gewinnabsichten verfolgen, geeignet ist, dazu beizutragen, dass die Anforderungen von § 5 Abs. 2 GlüStV, z.B. das Übermaßverbot, eingehalten werden. Insbesondere ist es auf sozialen Medien schwerer zu verhindern, dass Minderjährige adressiert werden.³⁴ Hinsichtlich dieses Zwecks ist die Regelung geeignet.

Hinsichtlich des Verbots eigenständiger Werbung gem. § 5 Abs. 1 S. 2 GlüStV ist die Regelung aber ungeeignet. Sofern Influencer*innen eigenständig werben, ist diese Tätigkeit bereits verboten. Denn die Beauftragungserlaubnis bezieht sich nur auf die Durchführung der Werbung. Dies hat die Konsequenz, dass die Werbung dem*der Inhaber*in der Erlaubnis stets zurechenbar sein muss und diese*r nicht die Werbung insgesamt, sondern nur deren Durchführung an Dritte delegieren darf. Sofern Influencer*innenwerbung nicht eigenständig stattfindet, hat deren gesonderte Regelung keine über die ohnehin schon bestehende Gesetzeslage hinausgehende Auswirkung. Hinsichtlich dieses Zwecks liegt also keine Geeignetheit vor.

(3) Erforderlichkeit

Hinsichtlich der Einhaltung der Grenzen von § 5 Abs. 2 GlüStV müsste die Bestimmung in lit. a auch erforderlich sein, es dürfte also kein gleich geeignetes milderes Mittel geben. Ein milderes Mittel wäre die bloße konsequente Durchsetzung der Grenzen des § 5 Abs. 2 GlüStV mit den in § 9 GlüStV geregelten aufsichtsrechtlichen Mitteln, mit denen auch direkt gegen Werbende vorgegangen werden kann.³⁵ Dieses Vorgehen müsste aber gleich geeignet sein. § 9 Abs. 1 S. 2 GlüStV ermächtigt dazu, im Einzelfall erforderliche Anforderungen zu erlassen. Damit die Anordnungen erforderlich sind, muss hierfür aber eine konkrete Gefahr der Verletzung von § 5 Abs. 2 GlüStV drohen, also es müssten z.B. konkret Influencer*innen beauftragt werden, die gezielt Inhalte für Minderjährige produzieren.³⁶ Das Mittel ist also nicht gleich geeignet. Auf die Frage, ob ein milderes Mittel auch gleich kosteneffizient

³⁴ Vgl. *Dünchheim*, in: *Dünchheim, Glücksspielrecht, Glücksspielstaatsvertrag, Kommentar*, 2021, § 5 Rn. 69.

³⁵ Vgl. zur Störer*innenauswahl *Dünchheim*, in: *Dünchheim, Glücksspielrecht, Glücksspielstaatsvertrag, Kommentar*, 2021, § 9 Rn. 13.

³⁶ *Dünchheim*, in: *Dünchheim, Glücksspielrecht, Glücksspielstaatsvertrag, Kommentar*, 2021, § 9 Rn. 12.

sein müsste, kommt es insofern nicht an. Ein abstraktes Verbot von Influencer*innenwerbung ist daher auch erforderlich.

(4) Angemessenheit

Das Verbot von Influencer*innenwerbung müsste schließlich auch angemessen sein. Der verfolgte Zweck, die Einhaltung der Grenzen des § 5 Abs. 2 GlüStV zu fördern, dürfte also nicht außer Verhältnis zu den Belastungen stehen, die sich aus dem Verbot des Influencer*innen-Marketings ergeben.

§ 5 Abs. 2 GlüStV soll verhindern, dass Werbung den Zielen des § 1 GlüStV zuwiderläuft. Zu diesen gehören insbesondere, dass die Entstehung von Spiel- und Wettsüchten verhindert werden sollen, außerdem der Jugendschutz. Letzterer wird durch § 5 Abs. 2 S. 4 und S. 5 GlüStV noch besonders hervorgehoben. Der Schutz der Gesundheit ist außerdem gem. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ein Verfassungsauftrag, der durch die werbungsbegrenzenden Regelungen gesetzlich umgesetzt und ausgestaltet wird. Influencer*innenwerbung findet in sozialen Medien statt und ist insbesondere deshalb wirkungsvoll, weil Produktempfehlungen dort weniger den Charakter einer klassischen Werbung und mehr den einer persönlichen Empfehlung haben. Eine wirkungsvollere Werbung, die es Konsument*innen schwer macht, Werbung von sonstigen Inhalten zu treffen, kann die Entstehung von Spiel- und Wettsüchten mehr als andere Werbung befördern. Außerdem ist es auf sozialen Medien schwierig, Minderjährige als Empfänger*innen auszuschließen, was der gesetzgeberischen Wertung gem. § 5 Abs. 2 S. 3 GlüStV widerspricht. All dies spricht dafür, dass die Nebenbestimmung lit. a einen gewichtigen Zweck verfolgt. Demgegenüber hat das an S adressierte Verbot, Influencer*innen mit Werbung zu beauftragen, neben den bestehenden gesetzlichen Möglichkeiten der Aufsichtsbehörden, sowohl gegenüber S als auch gegenüber Influencer*innen selbst einzuschreiten, wenn die Grenzen des § 5 Abs. 2 GlüStV überschritten werden, wenig zusätzlichen Effekt.

Die S verliert durch das Verbot den Zugang zu einer modernen und effektiven Werbemaßnahme. Anders als im Glücksspielstaatsvertrag von 2012 wertet der Gesetzgeber im neuen Staatsvertrag von 2021 Werbung für Glücksspiel als grundsätzlich zulässig. Gleichzeitig zielt die gesetzgeberische Erlaubnis von Glücksspielwerbung aber nur darauf ab, Spieler*innen zu legalen Angeboten zu ziehen. Werbung soll keine neuen Spieler*innen generieren.³⁷ Leichter regulierbare Werbung, die diese Zwecksetzung besser erfüllt, steht S weiter offen. Vor diesem Hintergrund ist die Belastung für die S durch das pauschale Verbot von leichter bis mittlerer Intensität. Weil die Nebenbestimmung zwar keinen starken zusätzlich schützenden Effekt hat, aber einem hochrangigen Schutzgut dient, stellt sich die Nebenbestimmung als verhältnismäßig dar.

(5) Zwischenergebnis

Die Nebenbestimmung ist verhältnismäßig.

Hinweis: Die gegenteilige Ansicht ist mit entsprechender Begründung ebenfalls vertretbar. Für den Fall, dass die Bearbeiter*innen hier zur Unverhältnismäßigkeit und damit zur Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmung gelangen, ist in einem Hilfgutachten weiter zu prüfen. Die Verletzung der S in eigenen Rechten durch die rechtswidrige Nebenbestimmung ist dann knapp zu bejahen. Unabhängig davon sollte in deutlich überdurchschnittlichen Klausuren die Frage der materiellen Trennbarkeit in einem Hilfgutachten erörtert werden (siehe unten).

³⁷ OVG Magdeburg, Beschl. v. 15.6.2023 – 3 M 24/23 = BeckRS 2023, 17072 Rn. 42.

cc) Zwischenergebnis

Es liegt keine Ermessensüberschreitung vor.

c) Zwischenergebnis

Die Nebenbestimmung ist materiell rechtmäßig.

4. Zwischenergebnis

Damit ist die Nebenbestimmung auch insgesamt rechtmäßig.

II. Hilfsgutachten: Materielle Trennbarkeit

Damit die isolierte Anfechtung der Nebenbestimmung möglich ist, müssen Grundverwaltungsakt und Nebenbestimmung trennbar sein. Das bedeutet, dass nach Maßgabe des materiellen Rechts der Grundverwaltungsakt auch ohne Nebenbestimmung rechtmäßig und sinnvoll bestehen bleiben können muss.³⁸ Der Grundverwaltungsakt kann bei Auflagen grundsätzlich sinnvoll bestehen bleiben, denn Auflagen verlangen von den Adressat*innen ein vom Grundverwaltungsakt losgelöstes Tun, Dulden oder Unterlassen. Diese Verpflichtung kann entfallen, ohne dass die Wirksamkeit des Grundverwaltungsakts berührt ist.

Die Rechtmäßigkeit des Grundverwaltungsakts, soweit diese unabhängig von der Nebenbestimmung betrachtet werden kann, ist zu unterstellen.

Hinweis: Würde dies übersehen, wäre ggf. zu thematisieren, ob die gesamte Rechtmäßigkeit des Grundverwaltungsakts an dieser Stelle zu überprüfen ist (siehe oben). Dabei spricht die Möglichkeit der Behörde, einen rechtswidrigen Verwaltungsakt gem. § 48 LVwVfG selbst aufzuheben, dafür, dass der Grundverwaltungsakt nicht gerichtlich vollständig auf seine Rechtmäßigkeit überprüft werden muss. Eine vollständige Überprüfung des Grundverwaltungsakts widerspricht auch der Dispositionsmaxime gem. § 81 VwGO, nach der der Kläger*in über den Klagegegenstand bestimmt. In ihrer neuesten Entwicklung hat die Rechtsprechung es aufgegeben, auf die Rechtmäßigkeit der Restregelung abzustellen.³⁹ Eine Anfechtungsklage kann demnach auch erfolgreich sein, wenn der verbleibende Hauptverwaltungsakt nicht mit geltendem Recht vereinbar ist.⁴⁰

Es sind allerdings die Rechtmäßigkeitsbedingungen zu überprüfen, die mit der Nebenbestimmung in Zusammenhang stehen. Die Frage ist also, ob eine entsprechende Erlaubnis auch ohne die angefochtene Nebenbestimmung grundsätzlich im Einklang mit der Rechtsordnung steht.⁴¹ § 5 Abs. 1 S. 3 GlüStV lässt kein Entschließungsermessen hinsichtlich der Frage zu, ob überhaupt Nebenbestimmungen zur Glücksspielwerbung dem Verwaltungsakt hinzugefügt werden. Im vorliegenden Fall ist die Regelung zur Influencer*innen-Werbung jedoch nicht die einzige Nebenbestimmung. Der Grundverwaltungsakt kann damit ohne die angefochtene Nebenbestimmung bestehen bleiben.

³⁸ BVerwGE 60, 274 = NJW 1980, 2773.

³⁹ BVerwG, Beschl. v. 29.3.2022 – 4 C 4/20 = NVwZ 2022, 1798.

⁴⁰ Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 24. Aufl. 2023, § 36 Rn. 90.

⁴¹ Vgl. BVerwG, Beschl. v. 29.3.2022 – 4 C 4/20 = NVwZ 2022, 1798 m.w.N. Diesem Maßstab hat sich auch der 8. Senat angeschlossen, BVerwG, Beschl. v. 12.10.2022 – 8 AV 1.22, 4 C 4.20 = NVwZ 2022, 1801.

III. Zwischenergebnis

Die Klage ist unbegründet.

D. Ergebnis

Die Klage ist zulässig, aber unbegründet und hat daher keinen Erfolg.

Anfängerklausur: Das Haus am See

Wiss. Mitarbeiter Maximilian Schach, Stud. Hilfskraft Johanna Hager, München*

Sachverhalt

Die erfolgreiche Fußballerin Fiona (F) wohnt in zweiter Reihe an einem der schönen bayerischen Seen. Zwischen ihrem Grundstück und der Uferpromenade liegt unglücklicherweise die Villa ihres Nachbarn Norbert (N), der viele Gartengeräte hat. Als seine Gerätesammlung für die Garage zu groß wird, lässt Norbert eines Tages bauordnungsgemäß eine Hütte in seinem Garten aufstellen, um seine Geräte nunmehr darin aufzubewahren. Die Hütte umfasst eine Grundfläche von 8 x 8 Metern bei einer durchgängigen Innenraumhöhe von 2,5 Metern. Die Wände sind gemauert und das überhängende Dach wird am Eingang nach Art einer Veranda von hölzernen Stützpfeilern gehalten. Fiona möchte diese massive Beeinträchtigung ihres Seeblicks nicht hinnehmen. Am Abend des 21.12.2023 steigt sie deshalb über das verschlossene Tor des umzäunten Nachbargartens. Im Schutze der Dunkelheit schleicht sie zum Neubau und schlägt mit einer Axt fest auf einen der hölzernen Stützpfeiler der noch leeren Hütte ein, sodass die Hütte vollständig in sich zusammenbricht. Das hatte Fiona auch so geplant.

Was sie aber nicht wusste: Zum Schutz der wertvollen Gartengeräte hatte Norbert eine Überwachungskamera installiert. Als Norbert am Morgen des 22.12.2023 den Schaden bemerkt, weiß er deshalb sofort, dass Fiona dafür verantwortlich ist. Er klingelt daraufhin bei ihr, um sie zur Rede zu stellen. Fiona öffnet zwar die Türe, weist aber jede Schuld von sich. Zu Ende des Gesprächs kündigt ihr Norbert deshalb wütend an, das Video der Überwachungskamera der Polizei sowie der Klatschpresse zuzuleiten. Fiona bekommt es nun mit der Angst zu tun. Zwar rechnet Sie nicht damit, dass Norbert sie tatsächlich bei Polizei oder Staatsanwaltschaft anschwärzen werde, da N eine bekannte Abneigung gegen die Polizei hat. Sie fürchtet aber, durch unvorteilhafte Presseartikel zum Gespött der ganzen Nation zu werden und ihren guten Ruf als Fußballerin zu verlieren. Sie wartet deshalb, bis Norbert sich bereits zum Gehen umgedreht hat und mit dem Rücken zu ihr steht. Dann nimmt Fiona blitzschnell die Axt, die sie von letzter Nacht noch hinter der Haustüre stehen hat, und schlägt sie Norbert mit tödlicher Wirkung auf den Kopf. Schockiert über ihre eigene Tat, lässt Fiona die Axt fallen, schnappt sich ihren Autoschlüssel und rennt zu ihrem vor dem Haus geparkten Porsche, um das Weite zu suchen.

Das ganze Geschehen konnte allerdings Norberts Lebensgefährtin Ludwig (L) aus dem Fenster von Norberts Villa beobachten. Er erkennt sofort, dass sein geliebter Norbert soeben getötet wurde, sprintet zur Haustüre hinaus und erreicht Fiona gerade als sie in das Auto einsteigen will. Der schwächliche Ludwig wirft sich mit den Worten „Dafür kommst du vor Gericht!“ auf sie und bringt sie zu Boden, wo er die erheblich kräftigere, zappelnde Fiona fixiert, indem er auf ihr kniet. Er will Fiona der Strafverfolgung zuführen und nimmt billigend in Kauf, dass dazu auch leichte Verletzungen eintreten. Tatsächlich erleidet Fiona durch den Sturz schmerzhafte Blutergüsse an der rechten Schulter und an der Hüfte. Auch dass Ludwig auf ihr kniet, verursacht bei ihr Schmerzen. Ludwig zückt in Windeseile sein Handy, um die Polizei zu informieren. Fiona aber nutzt ihren starken rechten Fuß

* 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. Johanna Hager war Stud. Hilfskraft an diesem Lehrstuhl.

und tritt Norbert mit ihren Stollenschuhen mit den Stollen voraus gezielt zwischen die Beine, um sich aus der Situation zu befreien. Sie springt in ihren Porsche und düst davon. Der Tritt verursacht bei Ludwig eine schmerzhafte Schwellung der Weichteile.

Aufgabe

Wie haben sich Fiona und Ludwig nach dem StGB strafbar gemacht? Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt. Delikte des 18. Abschnitts des StGB sind nicht zu prüfen.

Lösungsvorschlag

Tatkomplex 1: Norberts Garten 781

I. Strafbarkeit der F nach § 123 Abs. 1 StGB durch Übersteigen des Gartentors 781

1. Tatbestandsmäßigkeit 781
 - a) Objektiver Tatbestand 781
 - b) Subjektiver Tatbestand 782
2. Rechtswidrigkeit und Schuld 782
3. Strafantrag 782
4. Ergebnis 782

II. Strafbarkeit der F nach § 305 Abs. 1 StGB durch Einschlagen auf Hütte 782

1. Tatbestandsmäßigkeit 782
 - a) Objektiver Tatbestand 782
 - b) Subjektiver Tatbestand 783
2. Rechtswidrigkeit und Schuld 783
3. Ergebnis 783

III. Ergebnis zu Tatkomplex 1 783

Tatkomplex 2: Fionas Haus 784

I. Strafbarkeit der F nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 StGB durch Schlag auf N 784

1. Tatbestandsmäßigkeit 784
 - a) Objektiver Tatbestand 784
 - aa) Objektiver Tatbestand des Grunddelikts 784
 - bb) Tatbezogene Mordmerkmale 784
 - b) Subjektiver Tatbestand 786
 - aa) Subjektiver Tatbestand des Grunddelikts und hinsichtlich der tatbezogenen Mordmerkmale 786
 - bb) Täterbezogene Mordmerkmale 786
2. Rechtswidrigkeit und Schuld 786
3. Ergebnis 786

II. Strafbarkeit des L nach § 223 Abs. 1 StGB durch Sich-Werfen auf und Fixierung der F	786
1. Tatbestandsmäßigkeit	787
a) Objektiver Tatbestand.....	787
b) Subjektiver Tatbestand	787
2. Rechtswidrigkeit.....	787
a) Festnahmelage	787
b) Festnahmehandlung	788
c) Subjektives Rechtfertigungselement.....	788
3. Ergebnis	788
III. Strafbarkeit der F nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2 Var. 2 StGB durch das Treten mit Stollenschuh	788
1. Tatbestandsmäßigkeit	788
a) Objektiver Tatbestand.....	788
b) Subjektiver Tatbestand	789
2. Rechtswidrigkeit.....	789
3. Schuld	789
4. Ergebnis	789
IV. Ergebnis zu Tatkomplex 2	789
Gesamtergebnis	789

Tatkomplex 1: Norberts Garten

I. Strafbarkeit der F nach § 123 Abs. 1 StGB durch Übersteigen des Gartentors

F könnte sich eines Hausfriedensbruchs nach § 123 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem sie das Gartentor überstieg.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

Als Tatobjekt kommt hier das befriedete Besitztum eines anderen in Betracht. Damit ist ein Grundstück gemeint, das äußerlich erkennbar durch zusammenhängende Schutzwehren gegen das beliebige Betreten durch andere gesichert ist.¹ Nicht erforderlich ist, dass die Sicherung physisch ein schwer überwindbares Hindernis bildet.² Der Garten des N ist von einem Gartenzaun mit verschlos-

¹ Zöller/Mavany, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2020, Rn. 431; Feilcke, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 14.

² Feilcke, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 14; Rackow, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2024, § 123 Rn. 8.

senem Tor umgeben und stellt dadurch einen hinreichend gesicherten Bereich, mithin ein taugliches Tatobjekt dar.

Darin könnte F eingedrungen sein. Dafür ist das Betreten des Bereiches gegen den Willen des Berechtigten erforderlich.³ F stieg über das verschlossene Tor in den Garten hinein. Der entgegenstehende Wille des Berechtigten, also des Hausrechtsinhabers N, ergibt sich konkludent aus der Tatsache der Umzäunung und dem Verschließen des Tores.

Damit ist F in das befriedete Besitztum eines anderen eingedrungen.

b) Subjektiver Tatbestand

F handelte mit Wissen und Wollen hinsichtlich aller Elemente des objektiven Tatbestands, mithin vorsätzlich (§ 15 StGB).⁴

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

F handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Strafantrag

Der nach § 123 Abs. 2 StGB erforderliche Strafantrag ist gestellt.

4. Ergebnis

F hat sich eines Hausfriedensbruchs nach § 123 Abs. 1 StGB schuldig gemacht, indem sie über das Tor stieg.

II. Strafbarkeit der F nach § 305 Abs. 1 StGB durch Einschlagen auf Hütte

F könnte sich darüber hinaus einer Zerstörung von Bauwerken nach § 305 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem sie mit der Axt auf den Stützpfeiler der Hütte einschlug.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

Die gemauerte Hütte könnte ein Gebäude sein. Dazu ist ein Bauwerk mit Dach und Wänden erforderlich, das relativ fest mit dem Boden verbunden und zum Betreten durch Menschen geeignet ist.⁵ Die gemauerte Hütte im Garten des N ist schon aufgrund ihres aus der erheblichen Größe folgenden Eigengewichts fest mit dem Erdboden verbunden⁶ und weist sowohl ein Dach als auch Wände auf. Aufgrund der Maße gestattet es nicht nur die Aufbewahrung von Rasenmähern, sondern auch die Betretung durch Personen. Damit handelt es sich um ein Gebäude.

³ Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 30 Rn. 8; Rackow, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2024, § 123 Rn. 13.

⁴ Vgl. allgemein Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 313.

⁵ Kargl, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 305 Rn. 4; Wieck-Noodt, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 305 Rn. 7.

⁶ Vgl. allgemein Wieck-Noodt, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 305 Rn. 7.

Hinweis: Eine genaue Definitionskenntnis wird nicht erwartet. Es sollte aber erkannt werden, dass es sich entweder um ein Gebäude oder ein anderes Bauwerk handelt und gegebenenfalls mit eigenen Definitionen gearbeitet werden. Hier wird erwartet, dass die Bearbeiter zeigen, dass sie mit ihren bisherigen Kenntnissen auch mit einem unbekannten Straftatbestand umgehen können.

Die Hütte müsste in fremdem Eigentum stehen, das heißt im Allein-, Mit- oder Gesamthandseigentum eines anderen.⁷ Die Hütte ist wesentlicher Bestandteil des Villengrundstücks (§ 94 Abs. 1 S. 1 BGB) und steht somit im Eigentum des Grundstückseigentümers N. Sie ist mithin fremd.

Als Tathandlung verlangt § 305 Abs. 1 StGB das ganz oder teilweise Zerstören. Wie bei § 303 Abs. 1 StGB liegt eine vollständige Zerstörung vor, wenn die Substanz so wesentlich beeinträchtigt ist, dass das Bauwerk als Einheit nicht mehr besteht oder für eine erhebliche Zeit nicht mehr bestimmungsgemäß verwendbar ist.⁸ Durch das Einschlagen auf den Stützpfeiler ist die Hütte vollständig in sich zusammengebrochen und besteht daher nicht mehr. Sie ist deshalb zerstört.

Das Einschlagen durch F kann auch nicht hinweg gedacht werden, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel.⁹ Mit dem Einschlagen auf das Gebäude hat F auch die rechtlich missbilligte Gefahr des Zusammensturzes geschaffen, die sich im tatbestandsmäßigen Erfolg realisiert hat.¹⁰

b) Subjektiver Tatbestand

F kam es auch auf den vollständigen Einsturz der Hütte an. Sie handelte somit vorsätzlich i.S.d. § 15 StGB.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

F handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

F hat sich durch das Einschlagen auf den Stützpfeiler nach § 305 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

III. Ergebnis zu Tatkomplex 1

F hat § 123 Abs. 1 StGB und § 305 Abs. 1 StGB erfüllt. Fraglich ist, in welchem Verhältnis beide Taten stehen. Einerseits hat der Hausfriedensbruch der Ermöglichung des Sachbeschädigungsdelikts gedient, weshalb beide Delikte auf einem einheitlichen Beschluss beruhen. Sie stehen auch in eher enger zeitlicher und räumlicher Nähe.¹¹ Andererseits überschneiden sich die Ausführungsstadien von § 123 StGB und § 305 StGB nicht, weil nicht davon auszugehen ist, dass bereits mit dem Überwinden des Zauns der Beginn des Versuchs der Zerstörung von Gebäuden erreicht ist.¹² Die bloße Zweck-

⁷ Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil II, 46. Aufl. 2023, Rn. 20.

⁸ Kargl, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 305 Rn. 12; Wieck-Noodt, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 305 Rn. 14.

⁹ Vgl. allgemein Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 13 Rn. 3.

¹⁰ Allgemein zur objektiven Zurechnung Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 13 Rn. 46.

¹¹ Für Tateinheit in solchen Situationen Fahl/Zimmermann, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 123 Rn. 30; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 123 Rn. 45.

¹² Zur Relevanz des Versuchsbeginns Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 31 Rn. 29; a.A. mit Hinweis auf den Dauerdeliktscharakter Fahl/Zimmermann, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 123 Rn. 30.

Mittel-Relation hat keinen Einfluss auf die Bestimmung des Konkurrenzverhältnisses.¹³ Im Ergebnis hat sich F deshalb wegen § 123 Abs. 1 StGB in Tateinheit (§ 53 StGB) mit § 305 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: A.A. sehr gut vertretbar. Eine so ausführliche Diskussion wird nicht erwartet.

§ 305 Abs. 1 StGB stellt eine Qualifikation zu § 303 Abs. 1 StGB dar, sodass letzterer dahinter zurücktritt (Spezialität).¹⁴

Tatkomplex 2: Fionas Haus

I. Strafbarkeit der F nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 StGB durch Schlag auf N

F könnte sich durch den Schlag mit der Axt auf Ns Kopf wegen Mordes nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gruppe 2 Var. 1, Gruppe 3 Var. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

aa) Objektiver Tatbestand des Grunddelikts

Mit dem Tod des N ist der Tod eines anderen Menschen eingetreten. Der Schlag mit der Axt kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass dieser Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfielen, war also auch kausal für den Tod. Mit dem Schlag hat F zudem eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen, die sich auch im tatbestandsmäßigen Erfolg verwirklicht hat.

bb) Tatbezogene Mordmerkmale

Zunächst kommt die Heimtücke in Betracht. Diese setzt ein bewusstes Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers zur Tötung voraus.¹⁵

Arglos ist das Opfer, wenn es sich zum Zeitpunkt des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs keines Angriffs auf seinen Leib oder sein Leben versieht.¹⁶ Zwar betraf die Konversation zwischen N und F eine Straftat, sie blieb aber friedlich, sodass sich N – bereits im Gehen begriffen – umdrehte und in diesem Moment keine Tat gegen sich fürchtete. Er war also arglos.

Wehrlosigkeit meint zumindest eine Einschränkung in der Abwehrfähigkeit, wobei dies auf der

¹³ Feilcke, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 69; Kuhli, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 123 Rn. 54; Graf v. Schlieffen, in: AnwaltKommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 123 Rn. 36; Sternberg-Lieben/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 123 Rn. 36.

¹⁴ Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 6, 10. Aufl. 2023, § 305 Rn. 7; Wieck-Noodt, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 305 Rn. 22.

¹⁵ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 4 Rn. 48; Zöller/Mavany, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2020, Rn. 47.

¹⁶ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 4 Rn. 51; Zöller/Mavany, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2020, Rn. 49; Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 211 Rn. 24.

Arglosigkeit beruhen muss.¹⁷ Weil N sich keiner Gefahr bewusst war, drehte er sich mit dem Rücken zu F und hatte deshalb keine Möglichkeit, den von hinten kommenden Angriff abzuwehren. Auch seine Wehrlosigkeit ist damit gegeben.

Die Arg- und Wehrlosigkeit müssen darüber hinaus auch bewusst zur Tötung ausgenutzt werden, die Tatsituation vom Täter also auch in ihrer Bedeutung erfasst und genutzt werden.¹⁸ Trotz des eher spontanen Tötungsentschlusses hat F die Bedeutung der erleichterten Tatbegehung durch das Umdrehen des N kurzfristig erfasst und entsprechend abgewartet.¹⁹ Sie hatte deshalb das erforderliche Ausnutzungsbewusstsein.

Aufgrund der absoluten Strafdrohung des Mordtatbestandes bedarf insbesondere die Heimtücke einer restriktiven Auslegung.²⁰ Dazu fordert vor allem die Rechtsprechung klassischerweise einen Angriff in feindlicher Willensrichtung, also nicht zum vermeintlich Besten des Opfers.²¹ Die Tötung des N sollte nicht zu seinem Besten erfolgen, sondern um die Weitergabe des Videomaterials an die Presse zu verhindern. Somit wäre nach dieser Ansicht Heimtücke objektiv gegeben. Erst recht gilt das, wenn man den Anwendungsbereich dieses Restriktionsmerkmals mit der jüngeren Rechtsprechung noch weiter einschränkt und eine feindliche Willensrichtung nur bei einer ausdrücklichen Willensäußerung des Opfers oder – ausnahmsweise – bei entsprechendem mutmaßlichem Willen entfallen lässt²².

Eine andere Auffassung fordert ein tückisch-verschlagenes Vorgehen, also das planmäßige Ausnutzen günstiger Tatumstände.²³ Auch, wenn F den Tötungsentschluss spontan fasste, wartete sie noch gezielt ab, bis N sich mit dem Rücken zu ihr gedreht hatte, um die Axt zu benutzen. Auch ein tückisch-verschlagenes Vorgehen wäre damit zu bejahen.

Zuletzt wird teilweise auch ein verwerflicher Vertrauensbruch vorausgesetzt.²⁴ Ein irgendwie geartetes, zu brechendes Vertrauensverhältnis ist insbesondere nach dem Streitgespräch zwischen N und F nicht zu erkennen, sodass die Heimtücke zu verneinen wäre. Würde man allerdings dieser Ansicht folgen, hätte das zur Konsequenz, dass der typische Fall des Meuchelmordes meist nicht mehr von der Heimtücke erfasst wäre und damit regelmäßig nicht mehr als Mord zu qualifizieren wäre.²⁵ Darüber hinaus bleibt das Kriterium „Vertrauensverhältnis“ konturlos und interpretations-offen.²⁶ Überzeugender erscheint es daher, im Einklang mit den beiden anderen Ansichten, die Heimtücke zu bejahen.

¹⁷ Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 4 Rn. 68; Zöller/Mavany, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2020, Rn. 53.

¹⁸ Zöller/Mavany, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2020, Rn. 54; Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 211 Rn. 25.

¹⁹ Vgl. allgemein Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 4 Rn. 90 m.w.N.

²⁰ BVerfGE 45, 187 (260 f.).

²¹ BGHSt 9, 385 (390); 30, 105 (119); 37, 376 (377 f.); BGH NSTZ 2008, 93 (94).

²² BGH NJW 2019, 2413 (2416 Rn. 28) m. krit. Anm. Mitsch.

²³ Wessels/Hettinger/Engländer, *Strafrecht*, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, § 2 Rn. 61, 68; Saliger, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 211 Rn. 72; grundlegend Spendel, JR 1983, 269 (272 f.).

²⁴ Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 211 Rn. 26 f.; Meyer, JR 1979, 485 (486 f.).

²⁵ Saliger, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 211 Rn. 49; Schneider, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 211 Rn. 208.

²⁶ Wessels/Hettinger/Engländer, *Strafrecht*, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, § 2 Rn. 61; Safferling, in: Matt/Renzikowski, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 211 Rn. 53.

b) Subjektiver Tatbestand**aa) Subjektiver Tatbestand des Grunddelikts und hinsichtlich der tatbezogenen Mordmerkmale**

F handelte mit Wissen und Wollen hinsichtlich der heimtückischen Tötung des N, mithin vorsätzlich.

bb) Täterbezogene Mordmerkmale

F könnte auch das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht erfüllt haben. Dazu müsste sie gehandelt haben, um eine andere Straftat zu verdecken. In dieser Absicht handelt grundsätzlich, wer die Vortat oder seine Beteiligung daran zu verdecken sucht.²⁷

Zwar hat N die F schon als Täterin der Zerstörung von Bauwerken (§ 305 StGB) identifiziert, diese Erkenntnisse sind aber den Strafverfolgungsbehörden noch nicht bekannt. Obwohl die Weiterleitung des Videos an die Strafverfolgungsbehörden angekündigt ist, glaubt F aufgrund der bekannten Abneigung des N gegen die Polizei jedoch gar nicht an eine Anzeige. Ihr kommt es somit nicht auf die Vermeidung strafrechtlicher Konsequenzen an. Vielmehr möchte F ein Bekanntwerden des Videos bei der Klatschpresse verhindern, um ihren guten Ruf als Fußballerin zu erhalten. Fraglich ist nun, ob die Vermeidung außerstrafrechtlicher Konsequenzen für einen Verdeckungsmord ausreicht. Einerseits könnte man argumentieren, dass das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht dann konturlos werde.²⁸ Andererseits spricht § 211 Abs. 2 Gruppe 3 Var. 2 StGB nicht explizit von der Verdeckung vor Strafverfolgungsbehörden. Der Mord ist kein Delikt, das spezifisch Belange der Rechtspflege schützen soll. Berücksichtigt man zusätzlich, dass Kerngedanke dieses Mordmerkmals die Verknüpfung von Unrecht mit weiterem Unrecht ist,²⁹ dann sprechen die besseren Argumente dafür, das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht zu bejahen.

Hinweis: A.A. vertretbar. (Nur) dann sollten sonst niedrige Beweggründe thematisiert werden.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

F handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

F hat sich durch den Schlag mit der Axt auf den Kopf des N wegen Mordes nach § 211 Abs. 2 Gruppe 2 Var. 1, Gruppe 3 Var. 2 StGB strafbar gemacht.

§ 212 Abs. 1 StGB sowie mitverwirklichte Körperverletzungsdelikte treten dahinter zurück.

II. Strafbarkeit des L nach § 223 Abs. 1 StGB durch Sich-Werfen auf und Fixierung der F

L könnte sich wegen Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er sich auf F warf und sie fixierte.

²⁷ Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 4 Rn. 117; Eschelbach, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2024, § 211 Rn. 92.

²⁸ Eschelbach, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2024, § 211 Rn. 95; Schneider, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 211 Rn. 232.

²⁹ BGHSt 41, 8 (9); Saliger, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 211 Rn. 105 f.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

Zunächst müsste eine körperliche Misshandlung oder eine Gesundheitsschädigung vorliegen. Eine körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit mehr als nur unerheblich beeinträchtigt.³⁰ F erlitt Blutergüsse an Schulter und Hüfte, die Schmerzen verursachten. Überdies war auch die Fixierung mit Schmerzen verbunden. Damit liegt eine über der Erheblichkeitsschwelle liegende Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens vor.

Eine Gesundheitsschädigung ist das Auslösen oder Steigern eines pathologischen Zustands, also eines solchen Zustands der negativ vom körperlichen Normalzustand abweicht.³¹ Mit den Hämatomen liegt auch ein solcher pathologischer Zustand vor.

Für den Körperverletzungserfolg wurden die Handlungen des L auch kausal. Außerdem schuf er mit dem Sich-Werfen und Knien auf F eine rechtlich missbilligte Gefahr, die sich auch im tatbestandsmäßigen Erfolg verwirklichte.

b) Subjektiver Tatbestand

L nahm den Eintritt leichter Verletzungen billigend in Kauf und handelte somit mit *dolus eventualis*.

2. Rechtswidrigkeit

Möglicherweise ist Ls Handeln jedoch gerechtfertigt. Zwar ist der Tod des N bereits eingetreten und F bereits losgerannt, sodass kein gegenwärtiger Angriff mehr vorliegt, der nach § 32 StGB zur Nothilfe berechtigen könnte. L könnte jedoch nach § 127 Abs. 1 S. 1 StPO gerechtfertigt sein.

a) Festnahmelage

Zunächst müsste F dazu auf frischer Tat betroffen oder verfolgt sein. Eine „Tat“ der F liegt mit der Straftat in Form des Mordes vor. Auf frischer Tat betroffen ist der Festgenommene, wenn er während der Tat oder unmittelbar danach am Tatort oder in dessen unmittelbarer Nähe angetroffen wird.³² F wurde von L bei der Tat beobachtet und konnte noch am Parkplatz gestellt und fixiert werden. Sie war daher auf frischer Tat betroffen.

Zudem verlangt das Jedermann-Festnahmerecht einen Festnahmegrund. Dieser kann entweder darin bestehen, dass der Täter der Flucht verdächtig ist oder seine Identität nicht sofort festgestellt werden kann. Hier könnte Fluchtverdacht bestehen, der voraussetzt, dass nach dem erkennbaren Verhalten des Täters damit zu rechnen ist, dieser werde sich dem Verfahren durch Flucht entziehen.³³ F war schon zum Auto gerannt und im Begriff, in ihren Porsche zu springen, sodass L davon ausgehen durfte, eine Entziehung durch Flucht stünde bevor. Ergo bestand ein Festnahmegrund.

³⁰ Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 13 Rn. 9; Zöller/Mavany, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2020, Rn. 152.

³¹ Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 13 Rn. 16; Zöller/Mavany, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2020, Rn. 157.

³² Rengier, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 22 Rn. 6; Krauß, in: BeckOK StPO, Stand: 1.4.2024, § 127 Rn. 4.

³³ Glaser, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 127 Rn. 16; Krauß, in: BeckOK StPO, Stand: 1.4.2024, § 127 Rn. 6.

b) Festnahmehandlung

Fraglich ist aber, ob die in dieser Lage konkret angewandten Handlungen rechtfertigungsfähig sind. Die erlaubten Festnahmehandlungen finden ihre Grenzen in der allgemeinen Verhältnismäßigkeit.³⁴ Deshalb können nur Handlungen gerechtfertigt werden, die zum Zwecke der Festnahme geeignet, erforderlich und angemessen sind.

Zur Festnahme warf L sich auf F, brachte sie zu Boden und kniete sich auf sie, um sie zu fixieren. Eine solche Handlung scheint zur Festnahme nicht von vornherein aussichtslos. Zudem war – schon aufgrund der Tatsache, dass L schwächling und F erheblich stärker ist – kein milderes, gleich geeignetes Mittel ersichtlich. Auch sonst stehen die von den Handlungen zu erwartenden und F auch erlittenen Verletzungen (schmerzhafte Blutergüsse und Schmerzen durch das Knien) nicht außer Verhältnis zur Festnahme zum Zwecke der Verfolgung eines Mordes.

c) Subjektives Rechtfertigungselement

L hat Kenntnis der Rechtfertigungsumstände und handelt in der Absicht, F der Strafverfolgung zuzuführen. Das subjektive Rechtfertigungselement ist gegeben.³⁵

3. Ergebnis

L hat sich durch die Festnahmehandlungen nicht wegen Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

III. Strafbarkeit der F nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB durch das Treten mit Stollenschuh

F könnte sich wegen gefährlicher Körperverletzung nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem sie L mit dem Stollenschuh zwischen die Beine trat.

1. Tatbestandsmäßigkeit**a) Objektiver Tatbestand**

Mit der schmerzhaften Schwellung der Weichteile liegt sowohl eine körperliche Misshandlung als auch eine Gesundheitsschädigung bei L vor. Diese wurde kausal durch den Tritt hervorgerufen, der auch eine rechtlich missbilligte Gefahr schuf, die sich im tatbestandsmäßigen Erfolg realisierte.

Die Körperverletzung könnte mittels eines gefährlichen Werkzeugs begangen sein (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB). Ein solches ist jeder Gegenstand, der nach seiner Beschaffenheit und seiner konkreten Verwendung geeignet ist, erhebliche Verletzungsfolgen hervorzurufen.³⁶ Zwar handelt es sich bei dem Fuß der F um ein Körperteil, das nicht als Werkzeug bezeichnet werden kann.³⁷ Der Schuh am Fuß ist allerdings ein Stollenschuh und stellt für sich genommen ein Werkzeug dar.³⁸ Aufgrund

³⁴ BGHSt 45, 378 (381); Böhm, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 127 Rn. 16; Glaser, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 127 Rn. 19, 27 f.

³⁵ Vgl. allgemein Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 22 Rn. 23.

³⁶ Zöller/Mavany, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2020, Rn. 183.

³⁷ Zöller/Mavany, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2020, Rn. 183.

³⁸ Hardtung, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 28.

der harten Stollen ist dieser in Anbetracht des Einsatzes gegen die Weichteile des L auch als zur Herbeiführung erheblicher Verletzungen geeignet einzustufen. Damit handelt es sich bei dem Stollenschuh um ein gefährliches Werkzeug.

b) Subjektiver Tatbestand

Bei lebensnaher Betrachtung ist davon auszugehen, dass F bei einem gezielten Tritt zwischen die Beine den Eintritt einer schmerzhaften Schwellung billigend in Kauf nahm und somit vorsätzlich handelte. Auch hinsichtlich des Einsatzes ihres Stollenschuhs und damit des gefährlichen Werkzeugs handelte sie mit Wissen und Wollen.

2. Rechtswidrigkeit

Auf den ersten Blick kommt allerdings eine Rechtfertigung der F durch Notwehr (§ 32 StGB) in Betracht. Die dazu erforderliche Notwehrlage setzt einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff voraus.

Ein Angriff ist dabei jede durch menschliches Verhalten drohende Beeinträchtigung rechtlich geschützter Güter oder Interessen.³⁹ Jedenfalls durch das schmerzhaft Knien auf F liegt eine drohende Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit und damit ein Angriff vor. Diese dauert auch fort und ist deshalb noch gegenwärtig.⁴⁰ Allerdings ist L seinerseits durch § 127 Abs. 1 S. 1 StPO gerechtfertigt und handelt deshalb nicht rechtswidrig.⁴¹ Gegen eine ihrerseits gerechtfertigte Handlung ist Notwehr nicht zulässig.⁴²

F handelte damit rechtswidrig.

3. Schuld

Sie handelte auch schuldhaft.

4. Ergebnis

Sie hat sich durch den Tritt wegen einer gefährlichen Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB strafbar gemacht.

§ 223 Abs. 1 StGB tritt dahinter zurück.

IV. Ergebnis zu Tatkomplex 2

F ist strafbar nach § 211 Abs. 2 Gruppe 2 Var. 1, Gruppe 3 Var. 2 StGB in Tatmehrheit (§ 53 StGB) mit § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB.

L hat sich nicht strafbar gemacht.

Gesamtergebnis

Im Ergebnis hat sich F nach §§ 123 Abs. 1, 305 Abs. 1, 211 und 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB strafbar gemacht, wobei diese Taten jeweils im Verhältnis der Tatmehrheit (§ 53 StGB) stehen. L bleibt straflos.

³⁹ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 496.

⁴⁰ Vgl. allgemein Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 18 Rn. 19.

⁴¹ Böhm, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 127 Rn. 18.

⁴² Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 10 Rn. 505.

Anfängerklausur: Klimaprotest mal anders*

*Stud. iur. Katharina Achleitner, Stud. iur. Jan Günther, München***

Die Schwerpunkte der Klausur sind Nötigung, mittelbare Täterschaft, Notwehr, rechtfertigender Notstand, Erlaubnistatbestandsirrtum und Erfolgsqualifikationen. Es handelt sich um eine anspruchsvolle Klausur mit einer Bearbeitungszeit von 180 Minuten.

Sachverhalt

T ist überzeugter Veganer. Um seinen heimischen Supermarkt in München dazu zu bewegen, kein Fleisch mehr zu verkaufen, spritzt er mittels einer Spritze vorsichtig und nur bei genauem Hinsehen erkennbar (nicht tödliches) Gift in verschiedene Wurstaufschnitt-Packungen. Er schreibt unmittelbar danach dem Supermarkt in einer E-Mail, dass er zur Rettung des Klimas andere Methoden als das Festkleben auf der Straße bevorzuge und verschiedene Fleischwaren vergiftet habe. Er kann sich auch nach Versenden seiner Droh-E-Mail an die von ihm ausgewählten Produkte (der Sorte nach) erinnern und könnte diese auch dem Supermarkt nennen, was er aber freilich keineswegs vorhat. Wie von T als sicher vorhergesehen und auch gehofft, nimmt der Supermarkt zunächst alle Fleischwaren vorsichtshalber aus dem Sortiment. Zu Schaden kommt am Ende aber nicht nur der Supermarkt, der erhebliche Gewinneinbußen und Abfälle registriert. O erleidet eine Vergiftung mit erheblichen Magenschmerzen, weil die Mitarbeiter des Supermarkts ein Produkt vergessen. Ein solches Versehen hatte T für möglich gehalten; angesichts der überragenden Bedeutung seines Vorhabens denkt er sich aber, dass dieses wichtiger ist als „ein, zwei Leute mit Durchfall“. Zu weiteren Vorfällen kommt es nicht, da T – der auch bereits durch Festkleben auf öffentlichen Straßen aufgefallen ist – in Gewahrsam genommen werden soll.

Als die Polizei zu seiner Ingewahrsamnahme erscheint, vermutet T, dass es sich um Anhänger des örtlichen Vereins „Initiative pro billiges Fleisch e.V.“ handeln könnte. Diese hatten bereits vor einigen Tagen vor seinem Haus randaliert, Scheiben eingeschmissen und ihm angedroht, sie würden ihn das nächste Mal endgültig kalt machen. T hat sich daher ein Gewehr besorgt. Als die Polizisten bei T klingeln und sich durch entsprechendes Rufen als Polizisten zu erkennen geben, schießt T mehrmals durch die geschlossene Tür. Aus Angst vor weiteren Schüssen springt der im Bein getroffene P zur Seite, wobei er die Treppe unglücklich herunterfällt. Dabei wird er so schwer verletzt, dass er infolge des Sturzes von den Beinen abwärts gelähmt ist. Erst danach kann T verhaftet werden. Die angerückten Polizisten waren jedoch nach der revierinternen Zuständigkeitsverteilung eigentlich nicht zuständig.

Aufgabe

Wie hat sich T nach dem 17. bis 20. Abschnitt des StGB strafbar gemacht?

Ein ordnungsgemäßer richterlicher Beschluss für die Ingewahrsamnahme ist zu unterstellen. Auf die unten abgedruckten Vorschriften wird hingewiesen.

* Die Klausur wurde leicht abgewandelt im Tutorium zum Grundkurs Strafrecht bei dem Autor *Günther* als zusätzliche Übungsklausur gestellt.

** Die Verf. sind Stud. Hilfskräfte am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtsphilosophie bei Herrn Prof. Dr. Frank Saliger an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

Art. 17 Polizeiaufgabengesetz (PAG) Bayern:

Die Polizei kann eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn [...]

2. das unerlässlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit oder einer Straftat zu verhindern; die Annahme, dass eine Person eine solche Tat begehen oder zu ihrer Begehung beitragen wird, kann sich insbesondere darauf stützen, dass [...]

c) die Person bereits in der Vergangenheit mehrfach aus vergleichbarem Anlass bei der Begehung von Ordnungswidrigkeiten von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit oder Straftaten als Störer betroffen worden ist und nach den Umständen eine Wiederholung dieser Verhaltensweise zu erwarten ist [...]

Art. 3 Polizeiordnungsgesetz (POG) Bayern:

(1) Jeder im Vollzugsdienst tätige Beamte der Polizei ist zur Wahrnehmung der Aufgaben der Polizei im gesamten Staatsgebiet befugt. [...]

Lösungsvorschlag

Tatkomplex 1: Vergiftetes Essen	793
I. Strafbarkeit gem. §§ 253 Abs. 1, Abs. 2, 255 StGB.....	793
II. § 240 Abs. 1 StGB	793
1. Tatbestandsmäßigkeit	793
a) Objektiver Tatbestand.....	793
aa) Nötigungsmittel	793
bb) Nötigungserfolg	795
cc) Kausalität und objektive Zurechnung.....	795
b) Subjektiver Tatbestand	795
2. Rechtswidrigkeit.....	795
a) Vorliegen von Rechtfertigungsgründen.....	795
aa) Notwehr, § 32 StGB	795
bb) Rechtfertigender Notstand, § 34 StGB	796
(1) Notstandslage	796
(2) Notstandshandlung.....	796
(a) Geeignetheit	796
(b) Erforderlichkeit.....	797
(c) Interessenabwägung.....	797
(3) Zwischenergebnis	797
b) Verwerflichkeitsklausel, § 240 Abs. 2 StGB	797
3. Schuld	798
4. Ergebnis	798

III. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1, Nr. 3, Nr. 5, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB	798
1. Tatbestandsmäßigkeit	798
a) Objektiver Tatbestand.....	798
aa) Erfolg	798
bb) Tathandlung.....	798
cc) Qualifikationstatbestände.....	799
(1) § 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB.....	799
(2) § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB.....	800
(3) § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB.....	800
b) Subjektiver Tatbestand	800
2. Rechtswidrigkeit.....	801
3. Schuld	801
4. Ergebnis	801
2. Tatkomplex: Schuss durch die Tür	801
I. §§ 223 Abs. 1, 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB.....	801
1. Tatbestandsmäßigkeit	802
a) Grunddelikt.....	802
aa) Objektiver Tatbestand	802
bb) Subjektiver Tatbestand	802
b) Eintritt der schweren Folge	802
c) Kausalität.....	802
d) Objektive Zurechnung.....	802
e) Tatbestandsspezifischer Gefahrzusammenhang.....	803
f) Objektive Fahrlässigkeit bzgl. schwerer Folge	804
2. Rechtswidrigkeit.....	804
a) Notwehrlage	804
aa) Angriff	804
bb) Gegenwärtig.....	804
cc) Rechtswidrigkeit	805
b) Zwischenergebnis.....	805
3. Schuld	805
a) Vorliegen eines Erlaubnistatbestandsirrtums	805
b) Rechtsfolgen	806
4. Ergebnis	807
II. § 229 StGB i.V.m. § 16 Abs. 1 S. 2 StGB analog	807

1. Tatbestandsmäßigkeit	807
a) Erfolg.....	807
b) Kausalität.....	807
c) Objektive Sorgfaltspflichtverletzung und Vorhersehbarkeit	807
d) Objektive Zurechnung.....	808
2. Rechtswidrigkeit.....	809
3. Schuld	809
4. Ergebnis	809
Gesamtergebnis	809

Tatkomplex 1: Vergiftetes Essen

I. Strafbarkeit gem. §§ 253 Abs. 1, Abs. 2, 255 StGB

T hat sich jedenfalls mangels Bereicherungsabsicht nicht gem. §§ 253 Abs. 1, Abs. 2, 255 wegen räuberischer Erpressung strafbar gemacht.

II. § 240 Abs. 1 StGB

T könnte sich durch das Versenden der E-Mail, in der er auf die vergiftete Fleischware hinweist, wegen Nötigung gem. § 240 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

aa) Nötigungsmittel

In dem Spritzen des Giftes könnte Gewalt i.S.d. § 240 Abs. 1 StGB liegen. Gewalt meint jede körperliche Tätigkeit, durch die körperlich wirkender Zwang ausgeübt wird, um geleisteten oder erwarteten Widerstand zu überwinden oder verhindern.¹ Zu beachten ist allerdings, dass allein das Versenden der E-Mail, nicht aber das wirkliche Spritzen des Gifts, den Kontakt zum Betreiber des Supermarkts herstellt und diesen in seinem Verhalten beeinflussen kann. Ob das Gift wirklich gespritzt wird, ist demgegenüber für dessen Reaktion eher unerheblich. Gewalt liegt nicht vor.

T könnte dem Betreiber des Supermarkts gegenüber gedroht haben. Drohung meint das Inaussichtstellen eines zukünftigen Übels, auf dessen Eintritt der Drohende Einfluss zu haben behauptet.² Zukünftiges Übel ist jeder Nachteil, dessen Ankündigung geeignet erscheint, in der konkreten Situation einen besonnenen Menschen zu dem vom Täter erstrebten Verhalten zu bestimmen.³ In der neueren Rechtsprechung formuliert die Rechtsprechung, dass ein empfindliches Übel vorliege, wenn von

¹ BGH NJW 1974, 282 (283).

² BGH NJW 1962, 596; Toepel, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 240 Rn. 94.

³ BGH NStZ 1982, 287.

dem (individuellen) Bedrohten nicht erwartet werden kann, dass er der Bedrohung in standhafter Selbstbehauptung standhält.⁴ T hat in seiner E-Mail an den Supermarkt vorgegeben, Fleischwaren im Supermarkt vergiftet zu haben. Dadurch hat er den zukünftigen Eintritt einer Gesundheitsschädigung bei einem etwaigen Konsumenten in Aussicht gestellt. Dass das körperliche Übel nicht unmittelbar bei Angehörigen des Supermarkts, sondern nur dessen Kunden eintritt, ändert am Vorliegen einer Drohung nichts: Ist von dem angekündigten Übel unmittelbar ein anderer betroffen, so genügt es, wenn sich die Verwirklichung der Drohung auch für den Genötigten selbst als Übel darstellt.⁵ So liegt der Fall hier, da aufgrund wirtschaftlicher Interessen und Verkehrssicherungspflichten eine etwaige Realisierung der Drohung auch für den Supermarkt-Inhaber selbst ein Übel darstellen würde. Dass er das Gift bereits gespritzt hat, ändert ebenfalls nichts daran, dass es um ein zukünftiges Ereignis geht, da nur der Eintritt des Übels (hier dann der Eintritt der Körperverletzung) selbst in der Zukunft liegen muss, nicht aber zwingend auch die täterseits Einfluss ausübende Handlung. In Abgrenzung zum bloßen Warnschreiben muss dem Täter eine Abwendung des Übeleintritts (aus Sicht des Täuschungsadressaten) aufgrund eines von der Drohung auch umfassten Verhaltens immer noch möglich sein, da nur dann die Drohung zur Willensbeugung geeignet sein kann.⁶ Dass der Supermarkt auch selbst durch Entsorgung aller Fleischprodukte aus dem Sortiment den Erfolg selbstständig verhindern kann, ändert nichts daran, dass zumindest ein begrenzter Einfluss bei T verbleibt, der schließlich nähere Auskünfte über die betroffenen Produkte geben und damit jedenfalls bei der Beseitigung der von ihm gesetzten Ursachenreihe helfen könnte (auch wenn die Beseitigung ebenfalls in der Weise erfolgen kann, dass alle Produkte entsorgt werden; auf den alternativen oder kumulativen Einfluss eines anderen kommt es insoweit für die Abgrenzung von Drohung und Warnschreiben bis zur endgültigen Beseitigung des Einflusses durch das spätere Wegwerfen nicht an). Für erforderlich wird man es in den Fällen, in denen der Einfluss nur noch in der Nicht-Beseitigung des geschaffenen Zustands durch ein Unterlassen liegt, halten müssen, dass der Drohende zu der Beseitigung aufgrund einer entstandenen Garantenstellung verpflichtet wäre. Dies ist hier infolge Ingerenz (§ 13 Abs. 1 StGB) der Fall.

Alternativ wird für ähnlich gelagerte Fälle auch direkt auf das Unterlassen der Herausgabe der Information, welche Packungen zumindest der Sorte nach betroffen sind, als Drohungsgegenstand abgestellt.⁷ Da T aber die Übermittlung dieser Information gar nicht in Aussicht stellt, stellt dies vorliegend keinen tauglichen Drohungsgegenstand dar, da die Verwirklichung der Übels gerade nur für den Fall der Nichtvornahme der geforderten Handlung drohungscharakteristisch ist und ihr sonst die Eignung zur Willensbeeinflussung auch fehlt. Abzustellen ist vielmehr auf den späteren Erfolg (körperliche Misshandlung und Gesundheitsschädigung), auf dessen Eintritt T auch aus Sicht des Drohungsadressaten (der Mitarbeiter des Supermarkts) jedenfalls noch begrenzten Einfluss hat. Für die Einordnung als Drohung spricht zudem auch der Sinn und Zweck des § 240 StGB, der eine vertypete mittelbare Täterschaft aufgrund der – hier erfolgten – Instrumentalisierung des Adressaten ist; während bei der Warnung die möglichst objektive Informationsgabe charakteristisch sei.⁸

⁴ BGH NStZ 1983, 765; *Sinn*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 240 Rn. 77; *Toepel*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 240 Rn. 104.

⁵ BGH NJW 1992, 702 (703); *Sinn*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 240 Rn. 84.

⁶ Statt vieler *Toepel*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 240 Rn. 97, 99.

⁷ *Mitsch*, NZWiSt 2022, 181, der zutreffend auf die Problematik hinweist, dass es sich bei der Gabe des Gifts bereits nicht mehr um ein „zukünftiges Ereignis“ handelt.

⁸ Zu diesem Gedanken *Puppe*, JZ 1989, 596 (597).

bb) Nötigungserfolg

Das Supermarkt-Personal hat – wohl auf Anweisung des Inhabers oder Filialleiters – die Fleischwaren aus dem Sortiment genommen und somit eine Handlung vorgenommen.

Hinweis: Nicht richtig wäre es, als Erfolg den dauerhaften Verzicht auf das Angebot von Fleischwaren zu verlangen. Zwar strebt T dies an; als Erfolg ausreichend ist aber jede abgenötigte Handlung.

cc) Kausalität und objektive Zurechnung

Ts E-Mail war kausal dafür, dass der Supermarkt das Fleisch aus dem Sortiment genommen hat. Durch die E-Mail hat T zudem ein rechtlich missbilligtes Risiko geschaffen, das sich im tatbestandsmäßigen Erfolg realisiert hat.⁹ Der Erfolg ist T objektiv zurechenbar.

b) Subjektiver Tatbestand

Weiterhin müsste T vorsätzlich gehandelt haben. T handelte mit Dolus directus 1. Grades mit Blick auf den Nötigungserfolg, sodass der Streit, ob Absicht erforderlich ist, nicht entschieden zu werden braucht.¹⁰ Dass es T letztlich noch weitergehend auf einen dauerhaften Ausschluss von Fleischprodukten aus dem Sortiment ankam, ist unerheblich, da die vorübergehende Verbannung jedenfalls von seiner Absicht mit umfasst war.

2. Rechtswidrigkeit**a) Vorliegen von Rechtfertigungsgründen**

T könnte gerechtfertigt sein, da er durch sein Handeln in erster Linie Belange des Klimaschutzes verfolgen möchte.

aa) Notwehr, § 32 StGB

In Betracht kommt eine Rechtfertigung gem. § 32 StGB. Dies setzt das Vorliegen eines Angriffs voraus. Ein Angriff ist gegeben, wenn ein notwehrfähiges Individualrechtsgut oder -interesse durch menschliches Verhalten verletzt zu werden droht.¹¹ Das Klima ist an sich nach der Wertung der Staatszielbestimmung in Art. 20a GG kein solches Individualrechtsgut und daher nicht notwehrfähig.¹² Für weitere Rechtsgüter (vgl. dazu das BVerfG, das auf eine eingriffsähnliche Vorwirkung bzgl. echten Individualrechten abgestellt hat, sog. intertemporale Freiheitssicherung¹³) hat sich eine Bedrohung jeden-

⁹ Zu dieser Formel etwa *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, Rn. 47, 49.

¹⁰ Zu den verschiedenen vertretenen Meinungen siehe *Eidam*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 240 Rn. 54.

¹¹ *Perron/Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, Strafrecht, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 3; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 18 Rn. 6.

¹² Vgl. zur Thematik auch *Fahl*, JA 2016, 807. Gegen die Individualisierbarkeit des Rechtsguts OLG Schleswig NSTZ 2023, 740 (741 Rn. 28); *Engländer*, JZ 2023, 255 (257).

¹³ BVerfG NJW 2021, 1723 (1737 Rn. 183), auch wenn die Konstruktion als Abwehrrecht nur bedingt überzeugt, dazu etwa *Callies*, ZUR 2021, 355 (356 f.); *Groß*, NVwZ 2020, 337 (340). Überzeugender erscheint eine Konstruktion als (eine stets in die Zukunft reichenden und ggf. strenger als am Untermaßverbot zu messenden) Schutzpflicht mangels konkreter Handlungs- bzw. Unterlassungspflicht des Gesetzgebers und Zurechnung einer Folge zu einem bestimmten gesetzgeberischen Tun.

falls nicht hinreichend im Sinne einer Gegenwärtigkeit konkretisiert. Somit liegt ein Angriff nicht vor, sodass eine Rechtfertigung gem. § 32 StGB bereits aus diesem Grund ausscheidet. Ein etwaiger Angriff wäre zudem jedenfalls nicht rechtswidrig.¹⁴

bb) Rechtfertigender Notstand, § 34 StGB

In Betracht kommt jedoch eine Rechtfertigung gem. § 34 StGB.

(1) Notstandslage

Erforderlich ist eine gegenwärtige Gefahr. Gefahr ist jeder Zustand, in dem bei einer natürlichen Weiterentwicklung der Dinge der Eintritt eines Schadens naheliegend ist.¹⁵ Gegenwärtig ist die Gefahr, wenn sie sich jederzeit im Schadenseintritt realisieren kann und deshalb sofortiges Eingreifen erforderlich ist.¹⁶ Fleischkonsum ist aufgrund der Belastungen für Klima und Umwelt trotz seiner Sozialadäquanz für das notstandsfähige Rechtsgut Klima (vgl. Art. 20a GG, auch Entscheidung des BVerfG zur intertemporalen Freiheitssicherung¹⁷) bedrohlich. Unumkehrbare Schädigungen des Klimas können dabei jederzeit eintreten und machen (insbes. gesetzgeberisch) ein sofortiges Handeln erforderlich.¹⁸ Eine gegenwärtige Gefahr ist gegeben.

(2) Notstandshandlung

(a) Geeignetheit

Die Handlung müsste zunächst zur Abwehr des Angriffs geeignet sein. Geeignet ist eine Handlung, wenn sie dazu dienen kann, der bestehenden Gefahr und ihrer Realisierung entgegenzuwirken.¹⁹ Dabei sind solche Handlungen auszuschließen, die zur Minimierung der Gefahr einen nur sehr geringen, nicht messbaren Beitrag leisten.²⁰ Der Verzicht auf Fleischprodukte im Sortiment eines Supermarkts dürfte keinen messbaren Klimaeffekt haben. Eine etwaige Vorbildwirkung für weitere Aktivisten und für andere Supermärkte erscheint als sehr vage Möglichkeit und kann die Geeignetheit angesichts des Fehlens eines koordinierten Vorgehens ebenfalls nicht herstellen.²¹ Die Geeignetheit setzt vielmehr voraus, dass nach allgemeiner Lebenserfahrung naheliegt, dass die Gefahr für das betroffene Rechtsgut aufgrund sich erschließender Kausalzusammenhänge jedenfalls abgemildert wird. Eine Vorbildwirkung ist angesichts der doch schwerwiegenden Folgen der Vergiftung von Lebensmitteln allerdings im Zusammenhang mit dem Klimaschutz eher unwahrscheinlich. Die nur vage, nahezu zufällige Möglichkeit genügt nicht, um die Geeignetheit herzustellen, an der es folglich fehlt.

¹⁴ Zimmermann/Griesar, JuS 2023, 401 (403 f.).

¹⁵ Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 19 Rn 6; statt vieler Neumann, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 34 Rn. 39.

¹⁶ Momsen/Savić, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2024, § 34 Rn. 6; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 34 Rn. 17.

¹⁷ BVerfG NJW 2021, 1723 (1729 Rn. 122 ff.), wobei das BVerfG aufgrund der jederzeit möglichen unumkehrbaren Schädigungen eine „eingriffsähnliche Vorwirkung“ annimmt.

¹⁸ BVerfG NJW 2021, 1723; OLG Schleswig NStZ 2023, 740 (742 Rn. 35); AG Flensburg KlimR 2023, 25 (25 f. Rn. 19 ff.).

¹⁹ Erb, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 109 f.; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 34 Rn. 19. Dies wurde verneint für reine Symboltaten, wie etwa die Beschädigung eines Universitätsgebäudes, siehe OLG Celle NStZ 2023, 113 (113 Rn. 6).

²⁰ OLG Naumburg NStZ 2013, 718 (720); Homann, JA 2023, 649 (651); Peters, JA 2024, 30 (34); Preuß, NZV 2024, 61 (68).

²¹ In diese Richtung für „Klimakleber“ Erb, NStZ 2023, 577 (581).

Hinweis: Die Prüfungspunkte (b) und (c) müssen nicht mehr geprüft werden, wenn wie oben bereits die Geeignetheit abgelehnt wird.

(b) Erforderlichkeit

Ein milderes, gleich effektives Mittel, den Supermarkt zum Fleischverzicht zu bewegen und dadurch die Tierhaltung zu reduzieren, ist jedenfalls für T, der nicht in der entsprechenden Position ist, entsprechende gesetzgeberische Initiativen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit anzustoßen, nicht unmittelbar ersichtlich. Damit ist die Handlung auch erforderlich.

(c) Interessenabwägung

Das Rechtsgut „Klima“ müsste die Willensfreiheit als beeinträchtigtes Rechtsgut zudem wesentlich überwiegen. Aufgrund der erheblichen Zwangswirkung ist der Eingriff in die Willensfreiheit, die hier zudem als unternehmerische Freiheit wegen Art. 12 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützt ist, als schwerwiegend anzusehen. Zu berücksichtigen ist zudem auch die schon zweifelhafte Geeignetheit des Vorgehens des T, sodass im Sinne einer Wechselwirkung umso höhere Anforderungen an das Gewicht des geschützten Rechtsgutes im Vergleich zum betroffenen Rechtsgut zu stellen sind.²² Die Demokratie sieht außerdem institutionalisierte Prozesse vor, in denen konkrete Vorhaben zum Klimaschutz umgesetzt werden können und die grundsätzlich vorrangig sind.²³ Angesichts dessen kann auch der Gedanke einer partizipativen Zivilgesellschaft, die unter dem Blickwinkel des – durch die Volkssouveränität konkretisierten und die Demokratiegrundrechte (Art. 5, 8 GG) subjektivierten – Demokratieprinzips (Art. 20 Abs. 1, 2 S. 1 GG) grundsätzlich wünschenswert ist, zu keinem anderen Ergebnis führen. Die Grundrechtsausübung, soweit sie tatsächlich vorliegt, ist vielmehr i.R.d. § 240 Abs. 2 StGB zu berücksichtigen. Vielmehr sprechen nahezu alle Gründe dafür, der hier betroffenen Willensfreiheit der Mitarbeiter des Supermarkts ein höheres Gewicht beizumessen als dem Klima. Die Interessenabwägung geht daher zugunsten der Willensfreiheit des Supermarkt-Betreibers aus, sodass eine Rechtfertigung gem. § 34 StGB jedenfalls hieran scheitert.

Auch die Angemessenheit ist angesichts dessen und der Bedeutung der Marktfreiheit zu verneinen.

(3) Zwischenergebnis

T handelte nicht gem. § 34 StGB gerechtfertigt.

b) Verwerflichkeitsklausel, § 240 Abs. 2 StGB

§ 240 Abs. 2 StGB verlangt darüber hinaus, dass die Tat als verwerflich anzusehen ist. Verwerflich ist die tatbestandliche Nötigung dann, wenn der Nötigungszweck zu dem verwendeten Nötigungsmittel in keinem sittlich angemessenen Verhältnis steht.²⁴ Da mit dem Eintritt von ernsthaften Gesundheitsschäden bei Menschen gedroht werden und im Gesamtzusammenhang der Tat solche tatsächlich auch in Kauf genommen werden (siehe oben), ist die Tat als verwerflich anzusehen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass es sich bei dem von T verfolgten Ziel des Klimaschutzes um ein legitimerweise verfolgtes Ziel handelt. Zwar folgt nicht allein aus der Rechtswidrigkeit der Realisierung

²² Engländer, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 34 Rn. 28; Erb, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 130; Zieschang, in: LK-StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, § 34 Rn. 66.

²³ Erb, NStZ 2023, 577 (582). Vertretbar ist es auch, diesen Aspekt erst bei der Angemessenheit zu verorten; allerdings schmälert dieser Aspekt wohl bereits das Gewicht des verfolgten Interesses des T.

²⁴ BGH NStZ-RR 2011, 143 (144).

einer Drohung die Verwerflichkeit der Drohung selbst;²⁵ diese ist jedoch bei der Gesamtbewertung der Verwerflichkeit einzustellen. Zu berücksichtigen ist auch, dass der Supermarkt bzw. seine Mitarbeiter im Rahmen des (wettbewerblich) Erlaubten und von der Rechtsordnung Gebilligten handeln. Die Willens- und Wettbewerbsfreiheit (die unter Art. 12 Abs. 1 GG fällt) wiegen daher wesentlich höher und lassen die Tat unter den Wertungen der Rechtsordnung als sittlich missbilligenswert erscheinen.²⁶

3. Schuld

T handelte schuldhaft; ein etwaiger Verbotsirrtum (§ 17 StGB) wäre jedenfalls vermeidbar gewesen.

4. Ergebnis

T hat sich wegen Nötigung gem. § 240 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

III. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1, Nr. 3, Nr. 5, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB

T könnte sich durch das Vergiften der Fleischwaren gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1, Nr. 3, Nr. 5, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB wegen gefährlicher Körperverletzung in mittelbarer Täterschaft strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

aa) Erfolg

Dazu müsste zunächst eine körperliche Misshandlung oder eine Gesundheitsschädigung vorliegen. Körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, durch die das körperliche Wohlempfinden mehr als nur ganz unerheblich beeinträchtigt wird.²⁷ Durch den Fleischkonsum hat ein Konsument Bauchschmerzen erlitten, wodurch sein körperliches Wohlempfinden beeinträchtigt ist. Eine körperliche Misshandlung ist gegeben.

Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustands.²⁸ Vom nachteiligen Abweichen der normalen Körperfunktionen ist angesichts der Bauchkrämpfe wohl ebenfalls auszugehen. Es liegt damit sowohl eine körperliche Misshandlung als auch eine Gesundheitsschädigung vor.

bb) Tathandlung

Problematisch ist jedoch, ob insoweit ein Fall der mittelbaren oder der unmittelbaren Täterschaft gegeben ist. Die unmittelbare erfolgsherbeiführende Handlung liegt schließlich im Konsum der Fleisch-

²⁵ BayObLG NJW 1971, 768 (769).

²⁶ Zu dieser Formulierung siehe BGHSt 17, 328 (338); Valerius, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2024, § 240 Rn. 48.

²⁷ Statt vieler OLG München NSTZ 2014, 706 (708); Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 223 Rn. 4; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 13 Rn. 9; Hilgendorf/Valerius, Strafrecht, Besonderer Teil I, 2021, § 3 Rn. 21.

²⁸ St. Rspr., vgl. etwa BGH NJW 1989, 781 (783); Eschelbach, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2024, § 223 Rn. 24.

waren durch den Kunden, dem die Vergiftung derselben vorgelagert ist.

Teilweise wird hierin ein Fall der unmittelbaren Täterschaft erblickt, da § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB keine Zweierkonstellationen erfassen solle.²⁹ Dagegen lässt sich einwenden, dass das Opfer auch unbewusst wie ein Werkzeug gegen sich selbst „verwendet“ werden kann und der Wortlaut keine derartige Einschränkung erkennen lässt.³⁰ Umgekehrt kann aber auch einfach an die vorgelagerte Tathandlung angeknüpft werden, da in dieser bereits der Versuchsbeginn liegt. Allein der Beurteilungszeitpunkt für tatbezogene Merkmale (insbes. Qualifikationsmerkmale wie bei § 211 StGB die Heimtücke) würde sich demnach aufgrund der abweichenden Tathandlung ändern. Vorsatzzeitpunkt ist hingegen jeweils der Versuchsbeginn beim mittelbaren Täter (hier also das Vergiften). Vorzugswürdig ist die Anwendung des § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB. Dies vermeidet einerseits bei begehungsgebundenen Qualifikationen (siehe unten) Probleme und andererseits die Konsequenz, etwa in einer Täuschung die maßgebliche Tötungshandlung zu erblicken.³¹ Die Zurechnung über § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB ist zudem auch bzgl. des relevanten Zeitpunkts etwa für Arglosigkeit etc. beim Opfer überzeugender. Die Eigenschaft des T als mittelbarer Täter setzt seine Tatherrschaft bezüglich der unmittelbaren Tathandlung voraus.³² Aufgrund des nur bei T vorhandenen Willens handelt der Kunde wie ein vorsatzdoloses Werkzeug, woraus sich bei T eine die beschränkte Tatmacht des Opfers überlagernde Tatherrschaft ergibt. Das Essen des Fleisches als unmittelbare Tathandlung ist T daher gem. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB zuzurechnen. Das Essen hat den Erfolg auch kausal herbeigeführt.

Hinweis: Alternativ könnte mit der a.A. angenommen werden, dass die Gabe des Gifts als Tathandlung in kausaler und objektiv zurechenbarer Weise den Erfolg herbeiführt. Insbesondere wird der Zurechnungszusammenhang nicht durch das fahrlässige Vergessen des Supermarkt-Mitarbeiters (fahrlässiges Dazwischentreten Dritter) durchbrochen, da Fahrlässigkeit nach der allgemeinen Fahrlässigkeit noch in Rechnung zu stellen ist und die Verantwortlichkeit des T nach normativen Kriterien unberührt lässt, zumal sich die Fahrlässigkeit nur auf ein Unterlassen bezieht und eine neue Ursachenkette damit gar nicht eröffnet wird. Auch eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung scheidet mangels Freiverantwortlichkeit aus.

cc) Qualifikationstatbestände

(1) § 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB

T könnte den Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB verwirklicht haben. Gift ist jede Materie, die aufgrund chemischer oder physikalischer Wirkweise geeignet ist, erhebliche Gesundheitsschädigungen hervorzurufen.³³ Beigebracht ist es, wenn es in der Lage ist, seine schäd-

²⁹ Schumann, in: FS Puppe, 2011, S. 971 (985 ff.).

³⁰ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 849; auch der BGH spricht vom „Werkzeug gegen sich selbst“, etwa BGH NJW 1983, 2579.

³¹ Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 25 Rn. 10.

³² Joecks/Scheinfeld, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 25 Rn. 60 ff.; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 25 Rn. 2. Mit der a.A. könnte man annehmen, dass nur die Vergiftung beherrscht werden muss, um als Täter anzusehen zu sein. Tatsächlich wird man richtigerweise die Tatherrschaft aber immer bezogen auf das *Gesamtgeschehen* normativ bestimmen müssen (so in Bezug auf Sterbehilfe BGH NJW 2022, 3021) und nicht nur bezogen auf die einzelne Handlung, sodass es hieran fehlen würde, wenn das Opfer das Gift erkennen und dennoch das Fleisch (dann insoweit eigenverantwortlich) zu sich nehmen würde, was nach der gängigen Lehre von der objektiven Zurechnung den Zurechnungsausschluss zur Folge hätte.

³³ Hardtung, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 9; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Straf-

liche Wirkung aufgrund seiner Verbindung mit dem Körper zu entfalten.³⁴ Durch das Essen des Fleisches gerät das Gift ins Körperinnere; diese maßgebliche Tathandlung wird T gem. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB zugerechnet. Eine Wirkung im Körperinneren ist gegeben, sodass der Streit, ob dies erforderlich ist,³⁵ nicht weiter erörtert zu werden braucht.

Hinweis: Mit der a.A. (bzgl. der Frage, ob mittelbare oder unmittelbare Täterschaft vorliegt) müsste man wohl die zurechenbare Herstellung der Verbindung genügen lassen. Bei solchen begehungsgebundenen Qualifikationen zeigt sich am maßgeblichen Zeitpunkt allerdings der Vorteil der h.M., die § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB anwendet, da das Beibringen nach dem Koinzidenzprinzip eigentlich wohl durch die maßgebliche Körperverletzungshandlung erfolgen muss, da die „Begehung“ wegen § 8 S. 1 StGB im Zeitpunkt der Tathandlung liegt.³⁶

(2) § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB

T könnte die Tat mittels eines hinterlistigen Überfalls begangen haben. Überfall ist jeder überraschende Angriff.³⁷ Hinterlistig ist er, wenn der Täter planmäßig in einer auf Verdeckung seiner wahren Absicht berechneten Weise vorgeht, um die Abwehr des nicht erwarteten Angriffs zu erschweren.³⁸ T sorgt durch die fehlende Sichtbarkeit und die Bestimmung der kontaminierten Packungen nur der Gattung nach dafür, dass Kunden die Vergiftung nicht im Voraus erkennen können. Hierin liegt ein bewusstes Verdecken. § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist erfüllt.

Hinweis: A.A. vertretbar, wenn man darauf abstellt, dass es T nicht darauf ankam, die Abwehr des Gesundheitsschadens an sich zu erschweren, sondern nur um die fehlende Erkennbarkeit, damit alle Fleischwaren aussortiert werden müssen.

(3) § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

Das Gift war bereits grundsätzlich nicht lebensgefährlich, sodass die Handlung weder nach Ex-ante-Sicht abstrakt noch aufgrund Ex-post-Perspektive konkret lebensgefährlich war.³⁹

b) Subjektiver Tatbestand

Gem. § 15 StGB müsste T vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz meint die willentliche Verwirklichung des objektiven Tatbestands in Kenntnis seiner Umstände.⁴⁰ T hat den Erfolg für möglich gehalten.

gesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 224 Rn. 2b.

³⁴ BGH NJW 1960, 2254; statt vieler *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 224 Rn. 4; *Grünwald*, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 224 Rn. 12; *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 2021, § 3 Rn. 39.

³⁵ Vgl. dazu *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 10 f.; gegen das Erfordernis einer inneren Wirkung BGH NSTZ 2018, 209; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 14 Rn. 20; a.A. etwa *Jäger*, JuS 2000, 35; *Jahn*, JuS 2010, 268.

³⁶ Dazu auch *Achleitner/Günther*, HRRS 2023, 190 (194).

³⁷ *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 224 Rn. 11.

³⁸ *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 224 Rn. 10.

³⁹ Zur Frage hinsichtlich des Erfordernisses einer konkreten Lebensgefährlichkeit vgl. *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 27; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 224 Rn. 8.

⁴⁰ *Gaede*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 15 Rn. 4; *Kudlich*, in: BeckOK StGB,

Indem er zudem die Erreichung des von ihm verfolgten Ziels (Klimaschutz) über den Schutz der Gesundheit stellt, billigt er im Sinne der Billigungstheorie den Erfolg.⁴¹ Dass ihm dieser eher unerwünscht ist, ändert hieran nichts; es genügt vielmehr, um eines anderen Zieles willen die Realisierung der erkannten Gefahr in Kauf zu nehmen.⁴² Selbst ein betätigter Vermeidewille schließt den Vorsatz nicht grundsätzlich aus,⁴³ spricht allerdings als Indiz gegen dessen Vorliegen. Sowohl das kognitive als auch das voluntative Vorsatzelement des Eventualvorsatzes sind gegeben.

Vorsatz bzgl. der qualifizierenden Umstände (§ 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1, Nr. 3 StGB) liegt ebenfalls in Form von Eventualvorsatz vor.

2. Rechtswidrigkeit

Wie oben scheitert eine Rechtfertigung gem. §§ 32, 34 StGB. Hier lässt sich für den rechtfertigenden Notstand auch an der Erforderlichkeit zweifeln, da auch ohne wirklich vorgenommene Vergiftung der Fleischwaren die Drohung wahrscheinlich die gleiche Wirkung erzielt hätte.

3. Schuld

T handelte schuldhaft.

4. Ergebnis

T hat sich gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1, Nr. 3 StGB strafbar gemacht.

2. Tatkomplex: Schuss durch die Tür

I. §§ 223 Abs. 1, 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB

T könnte sich durch den Schuss durch die Tür gem. §§ 223 Abs. 1, 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB wegen schwerer Körperverletzung strafbar gemacht haben.

Hinweis: Die Prüfung des § 223 Abs. 1 StGB kann auch gesondert vorab erfolgen, wobei auf § 226 Abs. 1 StGB nach Verneinung der Schuld infolge des Erlaubnistatbestandsirrtums nicht mehr zwingend eingegangen werden muss. Die gemeinsame Prüfung erfolgt hier aus didaktischen Gründen.

Stand: 1.5.2024, § 15 Rn. 3.

⁴¹ Vgl. Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 15 Rn. 81.

⁴² BGHSt 7, 363 (369): Demnach kann „bedingter Vorsatz [...] auch dann gegeben sein, wenn dem Täter der Eintritt des Erfolges unerwünscht ist. Im Rechtssinne billigt er diesen Erfolg trotzdem, wenn er, um des erstrebten Zieles willen, notfalls, d.h. wofern er anders sein Ziel nicht erreichen kann, sich auch damit abfindet, daß seine Handlung den an sich unerwünschten Erfolg herbeiführt, und ihn damit für den Fall seines Eintritts will.“ (sog. Lederriemenfall).

⁴³ Puppe, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 15 Rn. 22.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Grunddelikt

aa) Objektiver Tatbestand

Durch den Schuss hat T den P körperlich misshandelt und aufgrund der Schusswunde an der Gesundheit geschädigt. Der Schuss war für den Erfolg kausal; der Erfolg ist T auch objektiv zurechenbar.

bb) Subjektiver Tatbestand

T müsste vorsätzlich gehandelt haben (§ 15 StGB). Fraglich ist, ob dem Vorsatz hier ein Tatbestandsirrtum gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB entgegensteht. T hat angenommen, dass es sich bei den Personen vor der Tür um Anhänger des Vereins „Initiative pro billiges Fleisch e.V.“ handeln würde. T hat die gegenständlich von seinem Vorsatz zum Tatzeitpunkt (§§ 16 Abs. 1 S. 1, 8 StGB) erfassten Personen allerdings getroffen. Der Irrtum bezieht sich nur vorgelagert im Sinne eines Motivirrtums auf deren Identität (sog. *error in persona vel objecto*).⁴⁴ Ein Tatbestandsirrtum liegt aufgrund der Gleichwertigkeit der Objekte daher nicht vor. Auch ein Irrtum über den Kausalverlauf scheidet aus; T kam es auf einen bestimmten Ablauf für die eintretende Verletzung überhaupt nicht an, sodass eine dahingehende Vorsatzkonkretisierung nicht anzunehmen ist. T handelte vorsätzlich.

b) Eintritt der schweren Folge

Lähmung meint die erhebliche Beeinträchtigung der Bewegungsfähigkeit eines Körperteils, die den ganzen Körper in Mitleidenschaft zieht.⁴⁵ Es muss sich um einen andauernden, den Gesamtorganismus erheblich beeinträchtigenden Krankheitszustand handeln, dessen Beseitigung sich nicht absehen lässt.⁴⁶ P ist von den Beinen abwärts gelähmt, kann also die entsprechenden Körperteile nicht mehr bewegen. Eine schwere Folge des § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist eingetreten.

c) Kausalität

Der Schuss des T durch die Tür ist kausal für den Eintritt der schweren Folge.

d) Objektive Zurechnung

Weiter müsste T die schwere Folge objektiv zurechenbar sein. Dies ist der Fall, wenn der Täter durch seine Handlung eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, die sich im tatbestandsmäßigen Erfolg realisiert hat.⁴⁷ Durch den Schuss hat T ein rechtlich missbilligtes Risiko geschaffen. Der Zurechnungszusammenhang könnte allerdings durch eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung durch P unterbrochen sein, da dieser zur Seite gesprungen ist und sich die schwere Folge erst dadurch unmittelbar zugezogen hat. Über den Sprung hatte P selbst die Tatherrschaft;⁴⁸ allerdings befand er

⁴⁴ Joecks/Kulhanek, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 16 Rn. 98; Safferling, JuS 2005, 135 (137).

⁴⁵ BGH NJW 1988, 2622 (2622); Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 226 Rn. 4; Engländer, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 226 Rn. 6.

⁴⁶ BGH NStZ-RR 2023, 247 (248); Eschelbach, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2024, § 226 Rn. 24.

⁴⁷ Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 13 Rn. 46; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 258; Zieschang, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2023, Rn. 88.

⁴⁸ Vgl. insoweit zur Abgrenzung zur Fremdgefährdung Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil,

sich in einer notstandsähnlichen Lage und wäre selbst entschuldigt gewesen, sodass es sowohl nach der Exkulpations- als auch nach der Einwilligungslösung mangels Einwilligungsfähigkeit an der Freiverantwortlichkeit des P fehlt.⁴⁹ Die schwere Folge ist T objektiv zurechenbar.

e) Tatbestandsspezifischer Gefahrzusammenhang

In der schweren Folge müsste sich gerade eine tattypische Gefahr realisiert haben, also eine solche, die zur vorsätzlich gesetzten Gefahr „passt“.⁵⁰ Fraglich ist schon der Anknüpfungspunkt der Tattypizität. Einige halten es für erforderlich, dass die schwere Folge gerade typische Folge des Taterfolgs sein muss;⁵¹ andere lassen demgegenüber genügen, dass die schwere Folge typische Folge der grunddeliktischen Tathandlung ist.⁵² P springt aus Angst weiterer Schüsse zur Seite, was eher für die Tathandlung typisch ist als für den Taterfolg, der in der Schusswunde liegt. Die Schusswunde selbst könnte für das Verhalten des P aber wohl sogar hinweggedacht werden; diese selbst führt die schwere Folge nicht herbei. Eine Lähmung ist für eine Schussverletzung auch eher untypisch. Vorzugswürdig ist es allerdings, typische Folgen der Tathandlung ausreichen zu lassen. § 226 StGB ist anerkanntermaßen aufgrund der gleichen Schutzrichtung wie § 227 StGB zu behandeln.⁵³ Hier sprechen der umfasste Verweis auf die Versuchsstrafbarkeit (§§ 223 Abs. 2, 224 Abs. 2 StGB) sowie § 225 StGB, der einen somatischen Bezug teilweise gar nicht erfordert, für dieses Verständnis.⁵⁴ Dagegen wird hingegen angeführt, § 227 Abs. 1 StGB spreche von einer „verletzten Person“;⁵⁵ ob dies auch für den wegen § 11 Abs. 2 StGB möglichen Versuch gilt, erscheint aber nicht zwingend.

Teilweise wird auch ein Gefährlichkeits- bzw. Begehungserfolg im Sinne einer besonderen Begehungsweise gem. § 224 StGB für ausreichend erachtet, um den tatbestandsspezifischen Gefahrzusammenhang herzustellen.⁵⁶

Umstritten ist auch das Erfordernis einer unmittelbaren somatischen Wirkung auf den Körper, die die schwere Folge hervorrufen muss (Unmittelbarkeitszusammenhang).⁵⁷ Da P zur Seite springt, vermitteln die Schüsse die Lähmung als schwere Folge hier nur psychisch, also nötigungsspezifisch. §§ 223 ff. StGB schützen grundsätzlich nicht die Entscheidungsfreiheit des Opfers, sondern nur seine körperliche Unversehrtheit.⁵⁸ Umgekehrt ist aber zu berücksichtigen, dass es sich bei Ps Verhalten um eine naheliegende und vernünftige Reaktion handelt, ohne die es womöglich bei ihm zu noch schwereren Verletzungen gekommen wäre. Diese soll den Täter daher nicht begünstigen. Jeder Kör-

53. Aufl. 2023, Rn. 275.

⁴⁹ Zur Darstellung siehe *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 272 ff.; für Einwilligungslösung *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 13 Rn. 80.

⁵⁰ *Wolters*, JuS 1981, 168 (176); zur Formulierung auch *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 226 Rn. 13.

⁵¹ *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 18 Rn. 34 f.; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 227 Rn. 2.

⁵² St. Rspr., vgl. etwa BGH NJW 1960, 683 (684); BGH NJW 2003, 150 (153).

⁵³ Statt vieler *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 226 Rn. 7; *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2024, § 226 Rn. 31.

⁵⁴ BGH NJW 2003, 150 (153).

⁵⁵ *Hardtung*, NSTZ 2003, 261 (263).

⁵⁶ *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 227 Rn. 5; *Hardtung*, NSTZ 2003, 261 (262 f.).

⁵⁷ Dafür BGH NJW 1971, 152 (153); auch noch BGH NJW 1992, 1708 (1709); anders aber BGH NJW 2003, 150 (153), in dem auf eine unmittelbar somatische Wirkung nicht mehr abgestellt wird (sog. Rötzel-Fall); darstellend auch *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2024, § 227 Rn. 10.

⁵⁸ Zum Rechtsgut statt vieler *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 223 Rn. 2.

perverletzung wohnt durch deren bloße Hinnahme zudem ein Angriff auch auf die Willensfreiheit inne, sodass der tatbestandsspezifische Gefahrzusammenhang stets dann vorliegt, wenn die Unfreiheit des Opfers bzgl. des eigenen Verhaltens gerade aus der Körperverletzung folgt, sei sie unmittelbar somatisch oder nur psychisch vermittelt.⁵⁹ Ein Unmittelbarkeitszusammenhang ist daher richtigerweise nicht zu fordern.

Dass die schwere Folge typische Folge der Handlung ist, genügt somit für die hier gegebene Erfüllung des tatbestandsspezifischen Gefahrzusammenhangs.

f) Objektive Fahrlässigkeit bzgl. schwerer Folge

Gem. § 18 StGB muss der Täter hinsichtlich der schweren Folge zudem mindestens fahrlässig gehandelt haben. Objektiv sorgfaltspflichtwidrig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt (vgl. § 276 Abs. 2 BGB).⁶⁰ Durch den Schuss durch die geschlossene Tür hat sich T objektiv sorgfaltspflichtwidrig in Bezug auf schwere Gesundheitsschäden verhalten. Dass Leute vor der Tür zur Seite springen und sich dabei derart schwer verletzen wie P, liegt nicht außerhalb der Lebenserfahrung, sodass auch die objektive Vorhersehbarkeit zu bejahen ist.⁶¹

2. Rechtswidrigkeit

T könnte durch Notwehr gem. § 32 StGB gerechtfertigt geschossen haben.

a) Notwehrlage

aa) Angriff

Angriff ist jede durch menschliches Verhalten drohende Verletzung geschützter Individualrechtsgüter und -interessen.⁶² Durch die geplante Ingewahrsamnahme ist Ts Fortbewegungsfreiheit bedroht; nicht jedoch – wie von T angenommen – sein Leib oder Leben.

Hinweis: Maßgeblich für das Vorliegen eines Angriffs ist allein, ob nach Zugrundelegung einer objektiven Ex-post-Sicht eine Rechtsgutsverletzung drohte.

bb) Gegenwärtig

Gegenwärtig ist ein Angriff, der unmittelbar bevorsteht, gerade abläuft oder noch andauert.⁶³ Zur Konkretisierung dessen soll zum effektiven Rechtsgüterschutz spätestens der Versuchsbeginn durch den Angreifer (vgl. § 22 StGB) das Notwehrrecht auslösen; überwiegend wird aber bereits die ver-

⁵⁹ So im Ergebnis auch *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 227 Rn. 7.

⁶⁰ *Schweiger*, JuS 2023, 647 (653); zur Anwendbarkeit des § 276 Abs. 2 BGB im Strafrecht siehe *Herzberg*, NSTZ 2005, 602; *Eisele/Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2023, Rn. 644 f.

⁶¹ Vgl. BGH NJW 1958, 1980 (1981); *Gaede*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 15 Rn. 49; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 18 Rn. 5.

⁶² *Momsen/Savić*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2024, § 32 Rn. 17; *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 3.

⁶³ *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 32 Rn. 4; *Krell/Eibach/Wölfel*, JuS 2019, 628 (634).

suchtsnahe Vorbereitungsphase einbezogen.⁶⁴ Die Polizisten stehen bereits vor Ts Tür und werden – ohne weitere Hürden zu erwarten – dessen Verhaftung vornehmen wollen. Die Polizisten stehen somit jedenfalls unmittelbar vor Versuchsbeginn entsprechend § 22 StGB. Gegenwärtigkeit ist daher zu bejahen.

cc) Rechtswidrigkeit

Rechtswidrig ist ein Angriff, wenn er zur objektiven Rechtsordnung im Widerspruch steht.⁶⁵ Als hoheitliche Maßnahme ist die Ingewahrsamnahme i.S.v. § 32 StGB allerdings nur dann rechtswidrig, wenn elementare Verfahrensgrundsätze, etwa beim Ermessen, der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit oder Willkürfreiheit nicht eingehalten werden.⁶⁶ Nicht jede verwaltungsrechtliche Rechtswidrigkeit soll schon das Notwehrrecht auslösen, um einer Eskalation zu begegnen und das Notwehrrecht auf schwere Fälle zu beschränken. Die Ingewahrsamnahme findet ihre Rechtsgrundlage in Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 lit. c BayPAG.⁶⁷ Die revierinterne Zuständigkeit begründet daher nicht die Rechtswidrigkeit des Angriffs, zumal wegen Art. 3 BayPOG bereits verwaltungsrechtlich die Verhaftung nicht rechtswidrig wäre.

b) Zwischenergebnis

T handelte mangels Notwehrlage nicht gem. § 32 StGB gerechtfertigt. § 34 StGB ist nicht anwendbar, sondern aufgrund der durch die Rechtmäßigkeit des Angriffs konstituierten Duldungspflicht gesperrt.⁶⁸

3. Schuld

T könnte jedoch infolge eines Erlaubnistatbestandsirrtums⁶⁹ ohne Vorsatzschuld gehandelt haben.

a) Vorliegen eines Erlaubnistatbestandsirrtums

T müsste sich Umstände vorgestellt haben, bei deren Vorliegen er gerechtfertigt gehandelt hätte.

Nach Zugrundelegung seiner Vorstellung hätte ein gegenwärtiger und rechtswidriger Angriff auf seinen Leib und sein Leben durch die Mitglieder des Vereins bestanden.

Der Schuss wäre geeignete Verteidigung zur Angriffsabwehr und mangels zur Verfügung stehender ebenso effektiver und sicherer Mittel auch erforderlich und geboten gewesen. Die Drei-Stufen-Theorie für die Anwendung lebensgefährlicher Waffen, nach der erst angedroht und dann zunächst für das Leben ungefährlich geschossen werden muss, kann aufgrund der aus Sicht des T unmittelbar bevorstehenden Lebensgefahr und Überzahl der erwarteten Angreifer nicht zu einem anderen

⁶⁴ BGH NStZ 2023, 27 (28); *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 108; zur Darstellung der unterschiedlichen Ansichten siehe *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, Strafgeseztbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 32 Rn. 14.

⁶⁵ *Kindhäuser*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 32 Rn. 61; *Eisele/Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2023, Rn. 233.

⁶⁶ BGH NJW 2015, 3109 (3110 f.); statt vieler *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, Strafgeseztbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 32 Rn. 21.

⁶⁷ Hinweis: Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 PAG verstößt nicht gegen Art. 5 EMRK, sondern fällt unter den die Festnahme erlaubenden Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK, jedenfalls soweit sich weitere Straftaten bereits hinreichend konkretisiert haben, siehe dazu EGMR NVwZ 2014, 43; *Heidebach*, NVwZ 2014, 554 (557). Daher ist nicht das Gesetz wegen Art. 31 GG nichtig, weil es gegen die EMRK (nach Art. 25 GG im Range eines Bundesgesetzes) verstößt.

⁶⁸ *Neumann*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 34 Rn. 13; *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgeseztbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 34 Rn. 31.

⁶⁹ Auch „Erlaubnistatbestandsirrtum“ oder „Irrtum über rechtfertigende Umstände“ genannt.

Ergebnis führen. Er handelte zudem mit Verteidigungswillen, sodass der Streit, ob Kenntnis von der Notwehrlage bereits subjektiv ausreicht,⁷⁰ nicht erörtert zu werden braucht.

b) Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen des Erlaubnistatbestandsirrtums sind umstritten.

Nach der strengen Schuldtheorie schließt gem. § 17 StGB auch ein Irrtum betreffend Tatsachen die Schuld bei Unvermeidbarkeit aus.⁷¹ Wegen der deutlichen Anzeichen, die hier dafürsprechen, dass es sich um Polizeibeamte und nicht Anhänger der „Initiative pro billiges Fleisch e.V.“ handelt, war der Irrtum hier vermeidbar, da mit einem Angriff auf das Leben des T tatsächlich nicht zu rechnen war. Nach dieser Auffassung käme man zur Bestrafung aus dem Vorsatzdelikt.

Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen nimmt an, dass das Nichtvorliegen eines Rechtfertigungsgrundes Teil des objektiven Tatbestands sei und daher vom Vorsatz umfasst sein müsse.⁷² Beim Erlaubnistatbestandsirrtum fehlte es somit am Vorsatz bzgl. des Nichtvorliegens eines Rechtfertigungsgrundes, sodass ein Tatbestandsirrtum gem. § 16 Abs. 1 StGB vorliege.

Zum gleichen Ergebnis kommt die Vorsatztheorie, deren Vertreter das Unrechtbewusstsein (entgegen § 17 StGB) für einen Teil des Tatbestandsvorsatzes halten.⁷³

Die vorsatzunrechtverneinende eingeschränkte Schuldtheorie schließt in analoger Anwendung des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB ebenso den Tatbestandsvorsatz aus.⁷⁴

Die vorsatzschuldverneinende (rechtsfolgenverweisende) eingeschränkte Schuldtheorie nimmt dagegen an, dass zur Schuld vorsatztattypisch auch ein Schuldvorsatz im Sinne einer (auf Tatsachenebene) bewussten Entscheidung gegen das Recht gehöre, an dem es hier fehle.⁷⁵ In analoger Anwendung des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB entfällt daher der Vorsatzschuldvorwurf.⁷⁶

Hinweis: Hiergegen wird eingewandt, dass die Tatsachenvorstellung bei dem nach ganz h.M. erforderlichen subjektiven Element zum Unrecht gehört und die Korrektheit der Vorstellung nicht darüber entscheiden könne, ob die Vorstellung für das Vorliegen objektiven Unrechts bei der Rechtswidrigkeit oder erst bei der Schuld relevant werde.⁷⁷ Dass die subjektive Tatseite im Rahmen der Schuld relevant sein kann, zeigen demgegenüber bereits die Fahrlässigkeitsdelikte mit der subjektiven Fahrlässigkeitskomponente (allerdings auch insoweit str.).

Zur Bestrafung aus dem Vorsatzdelikt kommt nur die strenge Schuldtheorie, sodass nur insoweit der Streit entschieden werden muss. Die strenge Schuldtheorie verkennt mit der Anwendung des § 17 StGB die im Gesetz angelegte Unterscheidung zwischen Tatsachen- und Rechtsirrtümern. Da sich in den Fällen des Erlaubnistatbestandsirrtums der Täter an sich rechtstreu verhalten will, erscheint das

⁷⁰ Zur Darstellung des Meinungsstreits siehe Rönau, JuS 2009, 594 (594 ff.); Wachter, JuS 2023, 1137 (1146); Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 63.

⁷¹ Erb, in: FS Paeffgen, 2015, S. 205; Paeffgen/Zabel, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vor § 32 Rn. 108.

⁷² Schünemann/Greco, GA 2006, 777 (786 ff.); Schroth, in: FS Arthur Kaufmann, 1993, S. 598 ff.

⁷³ Langer, GA 1990, 421 (428 f.).

⁷⁴ Gaede, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 16 Rn. 35; Puppe, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 138.

⁷⁵ Gallas, ZStW 67 (1955), 1 (46).

⁷⁶ So wohl BGH NSTz 2012, 272 (273 f.); OLG Hamm NJW 1987, 1034 (1035); Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 16 Rn. 22d; Hecker, JuS 2012, 263 (265); anders (vorsatzunrechtverneinende eingeschränkte Schuldtheorie) wohl noch BGH NSTz 2001, 530.

⁷⁷ Puppe, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 135.

Erfordernis der „Unvermeidbarkeit“ auch wenig passend, vielmehr sind die Konstellationen aufgrund des Tatsachenbezugs eher einem Fahrlässigkeitsvorwurf vergleichbar.⁷⁸ Die strenge Schuldtheorie ist daher abzulehnen, sodass eine Strafbarkeit aus dem Vorsatzdelikt nicht in Betracht kommt.

Hinweis: Der Streit muss allerdings dann entschieden werden, wenn auch nach einer Teilnehmerstrafbarkeit gefragt ist: Außer der vorherrschenden rechtfolgenverweisenden eingeschränkten Schuldtheorie lassen alle anderen nämlich den Tatbestandsvorsatz entfallen, mit der Folge, dass eine Teilnehmerstrafbarkeit mangels vorsätzlicher, rechtswidriger Haupttat nicht in Betracht käme. Der Streit ist dann an dieser Stelle (vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat) bei der Teilnehmerstrafbarkeit zu führen.⁷⁹

4. Ergebnis

T hat sich nicht gem. §§ 223 Abs. 1, 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht.

II. § 229 StGB i.V.m. § 16 Abs. 1 S. 2 StGB analog

T könnte sich wegen fahrlässiger Körperverletzung gem. § 229 StGB i.V.m. § 16 Abs. 1 S. 2 StGB analog strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Erfolg

Eine körperliche Misshandlung und eine Gesundheitsschädigung bei P sind gegeben.

b) Kausalität

Der Schuss durch die Tür war auch kausal für den Eintritt des Erfolgs.

Hinweis: Nicht korrekt wäre es hier, auf die Ursächlichkeit des Erlaubnistatbestandsirrtums abzustellen. Dies ist keine Frage der Kausalität, die sich allein auf die Tathandlung bezieht, sondern eine Frage des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei der objektiven Zurechnung.

c) Objektive Sorgfaltspflichtverletzung und Vorhersehbarkeit

T müsste objektiv sorgfaltspflichtwidrig gehandelt haben. Objektiv sorgfaltspflichtwidrig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt (vgl. § 276 Abs. 2 BGB). Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt bestimmt sich dabei nach dem Verkehrskreis, wobei etwaiges Sonderwissen des Täters zu berücksichtigen ist.⁸⁰ T gehört dem Verkehrskreis des Waffenbesitzer an und weiß daher grundsätzlich um deren objektive Gefährlichkeit. Die Polizisten geben sich durch Rufen zu

⁷⁸ BGH NJW 1952, 1023; Gaede, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 34 unter Bezugnahme auf BVerfGE 41, 121 (125), das jedenfalls die Unterscheidung von Rechts- und Tatsachenirrtümern für maßgeblich erachtet.

⁷⁹ Siehe zur Darstellung des Problems Joecks/Kulhanek, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 16 Rn. 136.

⁸⁰ Eschelbach, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2024, § 229 Rn. 8; Kaspar, JuS 2012, 16 (20); Eisele/Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2023, Rn. 679.

erkennen; angesichts der von T verübten Straftat war mit dem Auftauchen von Polizisten grundsätzlich auch zu rechnen, sodass T nicht ohne Weiteres (insbes. ohne sich selbst zu vergewissern) davon ausgehen durfte, dass es sich bei den Menschen vor der Tür um Anhänger des Vereins „Initiative für billiges Fleisch e.V.“ handelt. Dafür gibt es außer den früheren Drohungen zudem auch keine Anhaltspunkte, zumal Randalierer üblicherweise als solche erkenn- und hörbar sind.

Problematisch ist indes, dass sich die objektive Sorgfaltspflichtwidrigkeit auf Tatbestandsebene auf den Eintritt des Erfolgs an sich beziehen muss.⁸¹ Hinsichtlich des tatbestandlichen Erfolgs handelte T jedoch sogar vorsätzlich, mithin nicht bloß fahrlässig. Die Sorgfaltspflichtwidrigkeit liegt im vorliegenden Fall im durch bloßes Vergewissern vermeidbaren Erlaubnistatbestandsirrtum des T, der jedoch erst die Ebene der Schuld betrifft. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB schließt in analoger Anwendung jedoch nur die Vorsatzschuld aus und lässt in fortgesetzter analoger Anwendung des § 16 Abs. 1 S. 2 StGB jedenfalls eine Bestrafung wegen Fahrlässigkeit zu (bzw. lässt diese unberührt). § 16 Abs. 1 StGB betrifft in direkter Anwendung den Tatbestandsvorsatz und muss daher eine eigenständige Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit nicht begründen (sondern lässt diese nur unberührt). Im Fall des Erlaubnistatbestandsirrtums liegt eine objektive Sorgfaltspflichtwidrigkeit mit Blick auf den Erfolgsintritt allerdings nicht vor; die Sorgfaltspflichtwidrigkeit betrifft – wenn man den Tatbestandsvorsatz mit der überzeugenden rechtsfolgenverweisenden eingeschränkten Schuldtheorie für weiterhin gegeben hält – vielmehr erst die Ebene des Schuldvorsatzes. Konsequenterweise wird § 16 Abs. 1 S. 2 StGB in analoger Anwendung dann alternativ entweder den die Vorsatzschuld ausschließenden Irrtum als taugliche Sorgfaltspflichtwidrigkeit zulassen (die Ausweitung der Strafbarkeit ist als Gesamtanalogie des § 16 Abs. 1 StGB mangels entsprechender Regelung dann trotz Art. 103 Abs. 2 GG möglich, da dieser nicht eine insgesamt täterbegünstigende Analogie verhindern will, auch wenn dann die Strafbarkeit aus einem anderen Delikt folgt) oder bei Ausschluss der Vorsatzschuld aufgrund der verbleibenden Fahrlässigkeitsschuld eine Bestrafung nach dem Fahrlässigkeitsdelikt ermöglichen.

Hinweis: Die langen Ausführungen sind rein didaktisch veranlasst und können in der Klausur wesentlich kürzer ausfallen. Genügend ist ein Hinweis, dass analog § 16 Abs. 1 S. 2 StGB auch der Irrtum über das Bestehen einer Notwehrlage und die daraus resultierende rechtswidrige Erfolgsherbeiführung für eine objektive Sorgfaltspflichtwidrigkeit genügt, auch wenn tatbestandlich Vorsatz besteht. Das Problem erübrigt sich gänzlich, wenn man die Rechtswidrigkeit für einen Teil des Tatbestands hält und § 16 Abs. 1 S. 1 StGB (ggf. analog) auf den Tatbestandsvorsatz anwendet, da dann schon tatbestandlich nur Fahrlässigkeit vorliegt.

Der eingetretene Erfolg (Verletzung ohne Bestehen einer Notwehrlage) lag nicht außerhalb jeder Lebenserfahrung und war damit objektiv vorhersehbar.

d) Objektive Zurechnung

T hat durch den Schuss ein rechtlich missbilligtes Risiko geschaffen, das sich im tatbestandsmäßigen Risiko realisiert hat. Insbesondere hat sich im Erfolg im Sinne des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs die Sorgfaltspflichtverletzung realisiert,⁸² da P ohne Ts Schuss, ohne sich der Notwehrlage zu vergewissern, nicht körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt worden wäre.

⁸¹ Der Erfolg muss „durch Fahrlässigkeit“, also gerade nicht vorsätzlich herbeigeführt werden.

⁸² Vgl. BGH NJW 2021, 3340 (3341); Eschelbach, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2024, § 229 Rn. 12.

2. Rechtswidrigkeit

T handelte rechtswidrig.

3. Schuld

T handelte auch schuldhaft, insbes. subjektiv fahrlässig. Die entfallende Vorsatzschuld lässt gem. § 16 Abs. 1 S. 2 StGB analog den Fahrlässigkeitsschuldvorwurf unberührt.

4. Ergebnis

T hat sich somit gem. § 229 StGB i.V.m. § 16 Abs. 1 S. 2 StGB analog strafbar gemacht.

Gesamtergebnis

T hat sich wegen Nötigung in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung in Tatmehrheit mit fahrlässiger Körperverletzung strafbar gemacht, §§ 240 Abs. 1, 52, 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1, Nr. 3 StGB; § 53 StGB; § 229 StGB i.V.m. § 16 Abs. 1 S. 2 StGB analog.

Fortgeschrittenenklausur: Der rasende Helfer

*Stud. iur. Paul Friedrich, München**

Der Fall behandelt die Grundlagen der Straßenverkehrsdelikte und geht dabei intensiver auf Rechtfertigungs- und Entschuldigungsprobleme des Allgemeinen Teils ein. Er ist an OLG Stuttgart, Beschl. v. 26.4.2002 – 4 Ss 71/02 sowie AG Groß-Gerau, Urt. v. 11.4.1991 – 58 Js 55641/91 – 3 OWi angelehnt und überspitzt diese.

Sachverhalt

F ist ein hilfsbereiter Mensch, so ist er engagiert in der Freiwilligen Feuerwehr in seinem Heimatort. Eines Tages, als er gerade in seinem Büro ist, schlägt seine Smartphone-App Alarm. Es solle brennen, Personen seien in Gefahr. Deshalb macht er sich zügig auf den Weg zum Feuerwehrhaus. Auf dem Dach hat er einen Aufsatz mit dem Schriftzug „Feuerwehr im Einsatz“. Er fährt über die durch einen Wald führende Landstraße und erreicht dabei ein Tempo von 150 km/h auf gerader Strecke. F traut sich viel zu, zumal er die Strecke täglich fährt und schon mehrmals zum Feuerwehrhaus zügig unterwegs war. Er ist sich sicher, durch seine Erfahrung trotz seiner Fahrweise niemanden zu gefährden. In einer scharfen, engen Kurve überholt er kurz vor einer Kuppe knapp einen langsam fahrenden Porsche. Der Porsche muss kräftig bremsen, trotzdem touchiert F ihn an der linken Fahrzeugseite leicht. Es entsteht ein Schaden i.H.v. 450 €. Obwohl F dies bemerkt, fährt er weiter, da er den Feuerwehreinsatz für wichtiger hält und später zurückkommen könne. Er ist davon überzeugt, dass der Fahrer des Porsches seine Auffassung teilt.

Der Fahrer des Porsche erkennt tatsächlich den auf dem Dach des Fahrzeugs von F angebrachten Aufsetzer mit dem Schriftzug „Feuerwehr im Einsatz“ und findet es deshalb völlig in Ordnung, dass F weiterfährt, er habe schließlich höhere Aufgaben zu erledigen. Außerdem wisse er ja, dass er auf F am Feuerwehrhaus warten könne.

Am Feuerwehrhaus angekommen muss F feststellen, dass einer seiner Kameraden in der Nähe des vermeintlichen Schadensortes war und Entwarnung geben konnte. Ein haushaltsüblicher Rauchmelder piepste nur in dem dafür bekannten Ton, dass die Batterie leer ist. Aus diesem Grund macht sich F wieder zügig auf den Weg. Auf dem Weg zurück ins Büro hat F völlig vergessen, in einen Unfall verwickelt gewesen zu sein, und begibt sich ohne weiteres wieder an seinen Schreibtisch. Der Fahrer des Porsches war bis zur Heimfahrt von F noch nicht zum Feuerwehrhaus gelangt.

Aufgabe

Prüfen Sie die Strafbarkeit von F nach dem StGB. Auf § 35 StVO wird hingewiesen.

* Der Verf. ist Stud. Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie an der Ludwig-Maximilians-Universität München bei Prof. Dr. Armin Engländer.

Lösungsvorschlag

I. § 315b StGB.....	813
1. Tatbestandsmäßigkeit	813
2. Ergebnis	813
II. § 315c StGB	813
1. Tatbestand.....	814
a) Objektiver Tatbestand.....	814
aa) Handlungsteil: „Todsünde“	814
(1) Straßenverkehr.....	814
(2) Verkehrsverstoß	814
(a) Verstoß nach lit. b.....	814
(b) Verstoß nach lit. d.....	814
(c) Verstoß nach lit. e.....	814
(3) Grobe Verkehrswidrigkeit	814
(4) Ergebnis	815
bb) Gefährdungsteil: Gefahr für Leib oder Leben oder Sachen von bedeutendem Wert	815
cc) Gefahrverwirklichungszusammenhang	815
b) Subjektiver Tatbestand	815
aa) Vorsatz.....	815
bb) Fahrlässigkeit, § 315c Abs. 3 Nr. 1 StGB.....	816
cc) Rücksichtslosigkeit	816
c) Ergebnis	816
2. Rechtswidrigkeit.....	816
a) Einwilligung	816
b) Mutmaßliche Einwilligung	816
c) Sonderrechte, § 35 Abs. 1 StVO	817
d) Rechtfertigender Notstand, § 34 StGB.....	819
aa) Notstandslage	819
bb) Ergebnis.....	819
e) Ergebnis	819
3. Schuld	819
a) Hypothetische Rechtfertigung.....	820
aa) § 35 StVO	820
bb) Rechtfertigender Notstand nach § 34 StGB	820

(1) Notstandslage	820
(2) Geeignetheit und Erforderlichkeit der Notstandshandlung	820
(3) Interessenabwägung und Angemessenheit	820
b) Ergebnis	821
4. Ergebnis	821
III. § 315d StGB.....	821
1. Tatbestand.....	821
a) Objektiver Tatbestand des Grunddelikts.....	821
b) Objektiver Tatbestand der Qualifikation nach Abs. 2	821
c) Subjektiver Tatbestand	821
aa) Vorsatz und Rücksichtslosigkeit.....	821
bb) Fahrlässigkeit nach Abs. 4.....	822
cc) Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen	822
d) Ergebnis	822
2. Rechtswidrigkeit.....	822
3. Schuld	822
a) Hypothetischer Notstand.....	822
aa) Hypothetische Notstandslage	822
bb) Hypothetische Notstandshandlung	822
b) Ergebnis	823
4. Ergebnis	824
IV. § 142 Abs. 1 StGB	824
1. Tatbestand.....	824
a) Objektiver Tatbestand.....	824
aa) Unfall im Straßenverkehr	824
bb) Unfallbeteiligter	824
cc) Sich-Entfernen	825
dd) Nicht-Ermöglichung der Feststellung	825
b) Subjektiver Tatbestand	825
2. Rechtswidrigkeit.....	825
a) Einwilligung	825
b) Mutmaßliche Einwilligung	825
aa) Subsidiarität.....	826
bb) Übereinstimmung mit dem mutmaßlichen Willen	826
cc) Subjektives Rechtfertigungselement	826

c) Ergebnis	826
3. Ergebnis	826
V. § 142 Abs. 2 StGB	826
1. Tatbestand.....	826
a) Objektiver Tatbestand.....	826
b) Subjektiver Tatbestand	827
2. Ergebnis	827
VI. § 323c Abs. 1 StGB	827
VII. § 303 Abs. 1 StGB	827
VIII. Gesamtergebnis	827

I. § 315b StGB

F könnte sich nach § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht haben, indem er den Porsche mit überhöhter Geschwindigkeit überholte.

1. Tatbestandsmäßigkeit

§ 315b StGB erfordert zunächst einen verkehrsfremden, also von außen wirkenden, Eingriff in den Straßenverkehr von einem Nicht-Verkehrsbeteiligten.¹ Dies ist nicht der Fall. Jedoch sind auch diejenigen Fälle erfasst, bei welchen der Verkehrsteilnehmer sein Fahrzeug bewusst zweckwidrig nutzt und dabei absichtlich den Vorgang derart pervertiert, dass dieser verkehrsfeindlich ist (sog. verkehrsfremder Inneneingriff).² F fährt zwar regelungswidrig, doch pervertiert er sein Fahrzeug nicht zu etwas anderem als ein Fahrzeug als Fortbewegungsmittel, sein Verhalten ist mithin nicht verkehrs-atypisch.

2. Ergebnis

Damit hat sich F nicht nach § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht.

II. § 315c StGB

F könnte sich nach § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b, d und e, Abs. 3 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er den Porsche mit überhöhter Geschwindigkeit überholte und touchierte.

¹ Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315b Rn. 13.

² Ausführlich Heß/Burmann, NJW 2015, 3074; König, NStZ 2004, 175.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Handlungsteil: „Todsünde“

(1) Straßenverkehr

F bewegte sein Auto auf einer Landstraße und damit im öffentlichen Verkehrsraum, mithin im Straßenverkehr.

(2) Verkehrsverstoß

F müsste einen enumerierten Verkehrsverstoß begangen haben. In Frage kommen hier das falsche Überholen nach lit. b, das zu schnelle Fahren an unübersichtlichen Stellen gem. lit. d und das Nichteinhalten der rechten Fahrbahnseite nach lit. e.

(a) Verstoß nach lit. b

Fraglich ist, ob F falsch überholt hat. Unter einem Überholen versteht man das Vorbeifahren an einem anderen Verkehrsteilnehmer von hinten in gleicher Richtung.³ Hier wechselte F auf die linke Fahrbahnseite und fuhr an dem Porsche in gleicher Richtung vorbei, er überholte ihn. Er scherte dabei derart eng ein, dass der Porschefahrer abbremsen musste, sodass F falsch überholte.⁴ Es liegt ein Verstoß nach lit. b vor.

(b) Verstoß nach lit. d

F könnte zudem zu schnell an einer unübersichtlichen Stelle gefahren sein. Sie ist unübersichtlich, wenn man die Stelle und den dort herrschenden Verkehr nicht überblicken und somit Gefahren nicht frühzeitig bemerken und verhindern kann.⁵ F fährt mit 150 km/h in einem Bereich mit einer zulässigen Höchstgeschwindigkeit von 100 km/h, er fährt wesentlich zu schnell. Dabei befindet er sich nicht nur im Wald, sondern auch an einer scharfen, engen Kurve und vor einer Kuppe. Die Stelle ist damit auch unübersichtlich. Es liegt demnach ein Verstoß gem. lit. d vor.

(c) Verstoß nach lit. e

F überholt an einer unübersichtlichen Stelle, muss dafür also insbesondere die Fahrbahnseite wechseln und hält demnach nicht die rechte Fahrbahnseite ein.⁶ Damit liegt ein Verstoß gegen lit. e vor.

(3) Grobe Verkehrswidrigkeit

F müsste grob verkehrswidrig gefahren sein, er müsste also besonders gravierend gegen die relevante Verkehrsvorschrift verstoßen haben.⁷ Er hat nicht nur falsch überholt, er hat dies vielmehr an

³ Renzikowski, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 315c Rn. 8.

⁴ Relevante Anknüpfung in der StVO: § 5 StVO. Das „Schneiden“ ist tatbestandsmäßig, vgl. BayObLG, Urt. v. 20.8.1986 – RReg. 1 St 101/86 = NJW 1988, 273.

⁵ Relevante Anknüpfung in der StVO: § 3 StVO. Renzikowski, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 315c Rn. 11.

⁶ Relevante Anknüpfung in der StVO: § 2 StVO.

⁷ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 44 Rn. 7 f.; Renzikowski, in: Matt/Renzikowski, Straf-

einer unübersichtlichen Stelle im Wald mit sehr hoher Geschwindigkeit. Zudem überschritt er die rechte Fahrbahnseite notwendigerweise mit seinem gesamten Fahrzeug. Er fuhr damit grob verkehrswidrig.

(4) Ergebnis

F hat damit grob verkehrswidrig gegen die einschlägigen Verkehrsvorschriften verstoßen.

bb) Gefährdungsteil: Gefahr für Leib oder Leben oder Sachen von bedeutendem Wert

F müsste Leib oder Leben eines anderen oder Sachen von bedeutendem Wert konkret gefährdet haben. Dies ist der Fall, wenn der Schadenseintritt nur noch vom Zufall abhing. Für die Beurteilung wird auf einen unbeteiligten Dritten abgestellt, der bei Beurteilung des Verkehrsvorgang nach allgemeiner Lebenserfahrung zu dem Ergebnis kommen müsste, dass es *gerade einmal noch gut gegangen sei*, es sich also um einen *Beinahe-Unfall* handelte.⁸

F touchiert den Porsche, sodass es tatsächlich zu einer Schädigung kommt. Demnach lag erst recht eine Gefahr vor. Das dabei gefährdete Objekt müsste auch von bedeutendem Wert sein. Hierbei war es nicht ausgeschlossen, dass der Unfall zufällig auch anders verlaufen wäre und der Porsche damit stärker geschädigt worden wäre. Die Gefahr für eine Sache (Porsche) von bedeutendem Wert, die jedenfalls bei 1.300 € bejaht wird,⁹ liegt demnach vor. Auch wenn die Schädigung am Objekt selbst nur 450 € beträgt, so ist dies unerheblich, da nur das von der Gefährdung betroffene Objekt von bedeutendem Wert sein muss.¹⁰ Zudem stand der Porsche nicht im Eigentum des F, ist also für diesen fremd. Aufgrund des Unfalls war auch der Fahrer des Porsche mindestens in seiner Gesundheit nicht unerheblich gefährdet.

Damit liegt eine konkrete Gefahr für Leib und eine Sache von bedeutendem Wert vor.

cc) Gefahrverwirklichungszusammenhang

Gerade die Tathandlungen des § 315c Abs. 1 StGB müssten die Gefährdung verursacht haben. Das heißt, dass es gerade der Schutzzweck der jeweiligen Norm sein muss, die Gefährdung zu verhindern. Zu fragen ist demnach, ob auch bei ordnungsgemäßer Fahrzeugführung die Gefahr eingetreten wäre.¹¹ Wäre F mit angemessener Geschwindigkeit gefahren und hätte den Porsche nicht überholt, wäre es nicht zu dem Unfall, erst recht nicht zur Gefährdung des Porsches samt Fahrer gekommen.

b) Subjektiver Tatbestand

aa) Vorsatz

F müsste vorsätzlich gehandelt haben, also den Willen zur Verwirklichung eines Straftatbestands in Kenntnis aller objektiven Tatbestandsmerkmale aufweisen.¹² F wollte zu schnell fahren und den Por-

gesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 315c Rn. 17.

⁸ Beulke/Zimmermann, Klausurenkurs im Strafrecht II, 4. Aufl. 2019, Rn. 212 f.; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil I, 47. Aufl. 2023, Rn. 1032; Renzikowski, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 315c Rn. 18.

⁹ OLG und BGH divergieren, wobei erstere 1.300 € als Grenze, zweiterer dagegen 750 € festlegen, vgl. OLG Jena, Beschl. v. 14.2.2005 – 1 Ss 19/05 und BGH, Beschl. v. 29.1.2019 – 4 StR 593/18.

¹⁰ Renzikowski, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 315 Rn. 20.

¹¹ Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 315c Rn. 35.

¹² BGH, Urte. v. 5.5.1964 – 1 StR 26/64 = NJW 1964, 1330 (1331); Gaede, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch,

sche überholen, diesen allerdings nicht berühren und auch nicht gefährden. Demnach handelte er zwar bezüglich der Tathandlung, nicht aber des Gefährdungserfolgs vorsätzlich.

bb) Fahrlässigkeit, § 315c Abs. 3 Nr. 1 StGB¹³

F hat die Gefahr jedoch fahrlässig durch Missachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verursacht, zumal es objektiv vorhersehbar war, dass es zu einem Unfall kommen kann.

cc) Rücksichtslosigkeit

F müsste rücksichtslos gehandelt haben, sich also entweder aus rein eigensüchtigen Gründen über die Pflichten gegenüber den anderen Verkehrsteilnehmern hinweggesetzt haben (Vorsatzvariante) oder derart gleichgültig gehandelt haben, dass er keinerlei Bedenken in Bezug auf sein Verhalten entstehen lässt und unbekümmert drauflos fährt (Fahrlässigkeitsvariante).¹⁴ Hier überholt er blind an einer unübersichtlichen Stelle. Zwar fuhr er mit überhöhter Geschwindigkeit, um zügig bei einem feuerwehrliehen Unglücksfall zu helfen. Dieses Fernziel ändert jedoch nichts an seinen im Moment bestehenden eigensüchtigen Gründen, schnell zum Feuerwehrhaus zu gelangen. Er hat sich demnach eigensüchtig über seine Pflichten hinweggesetzt und handelte rücksichtslos.

c) Ergebnis

Damit hat F den Tatbestand von § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b, d und e, Abs. 3 Nr. 1 StGB erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit

F könnte sich jedoch auf Rechtfertigungsgründe berufen.

a) Einwilligung

F könnte jedoch gerechtfertigt gehandelt haben, soweit der Fahrer des Porsche in die Gefährdung seiner selbst und seines Fahrzeuges eingewilligt hat. Fraglich ist jedoch, ob eine solche Einwilligung möglich ist, mithin das geschützte Rechtsgut disponibel. Dies ist zwar streitig, auf den Streitentscheid könnte es jedoch nicht ankommen, denn auch die Einwilligungserklärung scheint fraglich. Der Porsche-Fahrer müsste seine Einwilligung vor der Tat erklärt und auch nach außen gerichtet haben, die bloße innere Zustimmung ist genauso wenig ausreichend wie eine spätere Genehmigung.¹⁵ Es liegt damit keine wirksame Einwilligungserklärung vor, sodass die Einwilligung als mögliche Rechtfertigung ausscheidet.

b) Mutmaßliche Einwilligung

Jedoch könnte eine mutmaßliche Einwilligung vorliegen. Fraglich bleibt, ob das geschützte Rechts-

Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 15 Rn. 4.

¹³ Der Aufbau ist nicht gänzlich zufriedenstellend, denn Fahrlässigkeitsdelikte haben keinen subjektiven Tatbestand. Doch hat sich der vorliegende pragmatische Aufbau jedenfalls i.R.d. § 315c StGB etabliert, vgl. *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 44 Rn. 4. Dieser rechtfertigt sich auch in Anbetracht der Wertungen aus § 11 Abs. 2 StGB, es handelt sich insgesamt um eine Vorsatztat.

¹⁴ BGH, Urt. v. 25.2.1954 – 4 StR 796/53 = NJW 1954, 729; *Renzikowski*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 315c Rn. 25.

¹⁵ *Rönnau*, JuS 2007, 18 (19).

gut disponibel ist. Auf der einen Seite wird dies bejaht, da § 315c StGB auch Individualinteressen schützt und abstrakte Gemeingefahren alleine nicht für schützenswert erachtet wurden.¹⁶ Ungeachtet des Allgemeingutsschutzes führe demnach die für sich genommen mögliche Einwilligung in die mitgeschützten Individualrechtsgüter der Gesundheit und des Eigentums zu einer Teilrechtfertigung, wodurch das notwendige Unrecht nicht mehr verwirklicht ist und die Strafbarkeit entfällt.¹⁷ Andererseits sieht die Rechtsprechung vor allem das nicht disponible Kollektivrechtsgut „Sicherheit im Straßenverkehr“ geschützt, der mit der Norm verbundene individuelle Schutz sei nur Nebenwirkung. Demnach scheitert eine mögliche (mutmaßliche) Einwilligung an der Disponibilität des Rechtsguts. Hierfür spricht insbesondere die systematische Stellung im 28. Abschnitt des StGB.¹⁸ Damit ist der Ansicht der Rechtsprechung zu folgen und die mutmaßliche Einwilligung abzulehnen.

c) Sonderrechte, § 35 Abs. 1 StVO¹⁹

F könnte gerechtfertigt gehandelt haben, sofern er berechtigt war, die Sonderrechte nach § 35 Abs. 1 StVO wahrzunehmen und die in Rede stehenden Verkehrsverstöße dringend geboten, mithin verhältnismäßig waren.

Dabei ist § 35 StVO zwar geeignet, Verkehrsverstöße, nicht aber – wie sich aus § 35 Abs. 8 StVO ergibt – rücksichtsloses Verhalten, zu rechtfertigen. Damit scheidet § 35 StVO i.R.v. § 35 Abs. 1 StGB per se als Rechtfertigungsgrund aus.²⁰

Wer die fehlende Anwendbarkeit erkennt und die Voraussetzungen von § 35 Abs. 1 StVO weiter erörtert, wird zu demselben Ergebnis gelangen, dass die Norm nicht einschlägig ist:

aa) Feuerwehr

Feuerwehr erfasst die staatliche Organisation Feuerwehr also auch und insbesondere die Freiwillige Feuerwehr.²¹ Zwar mag man vertreten, dass nur die Institution Feuerwehr erfasst ist und diese durch das Landesrecht definiert wird.²² Doch sind die Interessen, welche die StVO befrieden möchte, nicht mit dem landesabhängigen Sicherheitsrecht vergleichbar. Während erstere die Sicherheit und Ordnung des Straßenverkehrs wahren möchte, zielt zweiteres auf die Organisation und Eingriffsbefugnisse der Feuerwehr als solche. Deshalb ist der Begriff der Feuerwehr für die StVO genuin zu bestimmen. Nachdem es für die Wahrnehmung der Sonderrechte nach § 35 Abs. 1 StVO gerade nicht erforderlich ist, dass Martinhorn oder Blaulicht eingesetzt werden – diese sind nur Voraussetzung für die

¹⁶ Renzikowski, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 315c Rn. 27.

¹⁷ Jansen, ZIS 2019, 2 ff.; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 17 Rn. 22 f.

¹⁸ StRSpr. BGH, Beschl. v. 14.5.1970 – 4 StR 131/69 = NJW 1970, 1380; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 315c Rn. 32.

¹⁹ Der Wortlaut spricht von einer Befreiung. Man könnte demnach auch vertreten, dass die entsprechenden Adressaten den Verkehrsverstoß gar nicht tatbestandlich begehen können. Aufgrund der Strukturähnlichkeit zum rechtfertigenden Notstand, ist es jedoch überzeugender, § 35 StVO auf der Ebene der Rechtswidrigkeit zu prüfen. Im Ergebnis zustimmend Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315c Rn. 112; Renzikowski, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 315c Rn. 27.

²⁰ Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315c Rn. 112; Renzikowski, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 315c Rn. 27.

²¹ Nicht gemeint sind damit (privatrechtliche) Feuerwehrvereine, wie sie in einigen Bundesländern, beispielsweise in Bayern, bestehen. Sehr wohl jedoch sind damit nicht nur Berufs-, sondern auch Freiwillige Feuerwehren gemeint, siehe hierzu ausführlich Friedrich, BayVbl. 2024, 403, zustimmend Diekmann, NZV 2003, 220 (221). Ergänzend spricht für die Anwendung auf Freiwillige Feuerwehren, dass die StVO nur von Feuerwehr und nicht einschränkend von Berufsfeuerwehr spricht.

²² Otto, NZV 2002, 522 (522).

Inanspruchnahme von „Wegerechten“ i.R.d. § 38 StVO, was auch die zugehörigen Verwaltungsvorschriften bestätigen,²³ – und sich § 35 Abs. 1 StVO – anders als § 35 Abs. 5a StVO – gerade nicht auf bestimmte Fahrzeuge beschränkt, ist es unschädlich, dass F mit seinem privaten Fahrzeug unterwegs ist,²⁴ und überzeugend vom Begriff der Feuerwehr nicht nur die Institution als solche zu umfassen, sondern alle Sachmittel sowie ihr Personal, sodass auch jedes einzelne Mitglied darunterfällt.²⁵ Somit ist auch F als Einsatzkraft vom Begriff der Feuerwehr erfasst. Auch er ist also Adressat von § 35 Abs. 1 StVO.

bb) Erfüllung hoheitlicher Aufgaben

Fraglich ist, ob F (schon) eine hoheitliche Aufgabe wahrnimmt. Grundsätzlich ist das Löschen von Bränden und die technische Hilfeleistung eine hoheitliche Aufgabe der Feuerwehren.²⁶ Ihre Einsatzfahrten sind davon genauso gedeckt. F fährt aber erst zum Feuerwehrhaus, sodass man in der Fahrt lediglich eine Vorbereitungshandlung sehen und damit die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben verneinen könnte.²⁷ Doch beginnt mit der Alarmierung die Rettungsfrist zu laufen.²⁸ Außerdem wäre es widersprüchlich, den Geschehensablauf eines Einsatzes ab Alarmierung künstlich aufzuspalten.²⁹ Demnach stellt auch schon die Fahrt zum Feuerwehrhaus die Wahrnehmung einer hoheitlichen Aufgabe dar.

cc) Dringend geboten

Das Abweichen von Regelungen der StVO ist dringend geboten, sofern die unverzügliche Erfüllung der hoheitlichen Tätigkeit im Vergleich zur Einhaltung der Verkehrsvorschriften wesentlich überwiegt.³⁰ Die Gefahr der Nicht- oder Zu-spät-Abwendung des Brands muss wesentlich gravierender sein als Gefahren, die durch den Verkehrsverstoß einhergehen. Dies ist vor dem Hintergrund des Ausnahmecharakters der Norm restriktiv auszulegen.³¹ F geht zwar davon aus, dass sich ein Brand ereignet, bei welchem auch Menschenleben in Gefahr sind. Ein möglichst schnelles Eingreifen scheint also geboten, doch existiert real kein Brand. Man könnte zwar behaupten, der Gefahrbegriff müsste sich hier am Sicherheitsrecht orientieren und ex ante auszulegen sein³² – demnach bestünde sehr wohl in Form der Anscheinsgefahr eine Gefahr. Doch handelt es sich hierbei nicht um die Frage, ob in einer oft recht unübersichtlichen Lage sicherheitsrechtliche Befugnisse wahrgenommen werden dürfen, welche es rechtfertigt, anderen das Prognoserisiko anzulasten. Vielmehr scheint es sachnäher, auf die etablierte Dogmatik der Rechtfertigungsgründe in Form von den §§ 32, 34 StGB³³ abzustellen und

²³ OLG Stuttgart, Beschl. v. 26.4.2002 – 4 Ss 71/02 = NJW 2002, 2118 (2119).

²⁴ Implizit zustimmend OLG Braunschweig, Beschl. v. 5.3.1990 – Ss (B) 14/90; ausdrücklich *Kullik*, NZV 1994, 58 (59). Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass auch Polizeikräfte nicht nur zu ihren geplanten Dienstzeiten erfasst sind, sie können sich vielmehr selbst in den Dienst versetzen (vgl. Art. 6 BayPAG) und sind damit notwendigerweise auch in privaten Kfz unterwegs.

²⁵ *Diekmann*, NZV 2003, 220 (221); *Jäksch*, NZV 2002, 410 (412).

²⁶ Vgl. bspw. Art. 4 Abs. 1 S. 1 BayFwG; *Otto*, NZV 2002, 522 (522).

²⁷ OLG Frankfurt, Beschl. v. 2.8.1984 – 2 Ws (B) 133/84 OWiG und v. 25.9.1991 – 2 Ws (B) 421/91 OWiG = NZV 1992, 334; *Heß*, in: *Burmann u.a., Straßenverkehrsrecht, Kommentar*, 27. Aufl. 2022, StVO § 35 Rn. 2a.

²⁸ Vgl. bspw. Nr. 1.2 S. 2 VollzBekBayFwG.

²⁹ *Diekmann*, NZV 2003, 220 (221).

³⁰ *Heß*, in: *Burmann u.a., Straßenverkehrsrecht, Kommentar*, 27. Aufl. 2022, StVO § 35 Rn. 8.

³¹ OLG Celle, Urte. v. 30.11.2006 – 14 U 204/05 = BeckRS 2007, 334; OLG Stuttgart, Beschl. v. 26.4.2002 – 4 Ss 71/02 = NJW 2002, 2118 (2119).

³² *Diekmann*, NZV 2003, 220 (221).

³³ Bei § 32 StGB wird der Begriff des Angriffs ex post, bei § 34 StGB wird der Begriff der Gefahr durch eine objektiv-nachträgliche Prognose bestimmt, vgl. *Rengier*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 15. Aufl. 2023, § 18 Rn. 12, § 19

die Gefahr genuin strafrechtlich festzustellen, zumal eine übermäßige, unbillige Belastung des in Rede stehenden Täters aufgrund des Erlaubnistatbestandsirrtums³⁴ damit nicht einhergeht. Damit bestand keine Gefahr im strafrechtlichen Sinne, das Abweichen von Regelungen der StVO ist demnach nicht dringend geboten.³⁵

dd) Ergebnis

F handelte nicht gerechtfertigt nach § 35 StVO.

d) Rechtfertigender Notstand, § 34 StGB

Jedoch könnte F nach § 34 StGB gerechtfertigt gehandelt haben. Dies ist der Fall, wenn eine Notstandslage gegeben war und er eine angemessene Abwehrmaßnahme ergriffen hat.

aa) Notstandslage

Es müsste eine gegenwärtige Gefahr vorgelegen haben. Hierunter versteht man einen Zustand, der bei ungehinderter Weiterentwicklung höchstwahrscheinlich in einen Schaden umschlagen wird.³⁶ Beurteilt wird dies aus Sicht eines sachverständigen Dritten, der jegliche Umstände zum Tatzeitpunkt kennt, es handelt sich um eine „objektiv-nachträgliche Prognose“³⁷. Diesem objektiven Dritten ist jedoch bekannt, dass der wiedergegebene Ton des Rauchmelders keine Gefahr signalisiert, also gar kein Brand, mithin keine Gefahr, vorlag. Zwar soll nach anderer Ansicht der Gefahrbegriff derart objektiviert werden, dass nur auf das Tatsächliche und nicht auf die (subjektive) Einschätzung des sachverständigen Dritten abgestellt werden soll.³⁸ Nachdem jedoch tatsächlich-objektiv sowie aus Sicht eines sachverständigen Dritten eine Gefahr nicht gegeben ist, kommt es auf einen Streitentscheid nicht an. Demnach bestand keine Gefahr, mithin keine Notstandslage.

bb) Ergebnis

F handelte nicht gem. § 34 StGB gerechtfertigt.

e) Ergebnis

F handelte nicht gerechtfertigt.

3. Schuld

F könnte jedoch entschuldigt gehandelt haben. Er glaubte, dass ein Brand bestand und Lebens-

Rn. 9.

³⁴ Anstelle dieses verbreiteten Begriffs können auch die – etwas präziseren – Formulierungen „Irrtum über rechtfertigende Umstände“ oder zumindest „Erlaubnistatbestandsirrtum“ verwendet werden, *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, Fall 9 Rn. 63 m.w.N.

³⁵ Nach *Diekmann*, NZV 2003, 220 (221), handelt es sich hierbei schon um eine Frage der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben. Völlig abwegig ist dies nicht, doch ist die Beurteilung der Gefahr erst auf Ebene der Dringlichkeit relevant, sollte somit auch erst dort thematisiert werden. Eine Prüfung im Rahmen der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben wäre klausurtaktisch jedenfalls nicht schädlich, da die Erwägungen erneut i.R.v. § 34 StGB und des Erlaubnistatbestandsirrtums Wiederhall finden.

³⁶ *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 34 Rn. 10.

³⁷ *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 19 Rn. 9.

³⁸ *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 80.

gefahr herrschte. Es könnte also einem Erlaubnistatbestandsirrtum unterlegen haben.³⁹ Dies ist der Fall, wenn man sich irrig Tatumstände vorstellt, die bei tatsächlichem Vorliegen rechtfertigende Wirkung hätten.⁴⁰

a) Hypothetische Rechtfertigung

Zunächst müsste bei der vom Täter vorgestellten Situation ein Rechtfertigungsgrund einschlägig gewesen sein. F ging davon aus, es brenne. Demnach kommen der Rechtfertigungsgrund § 35 StVO sowie der rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB in Betracht.

aa) § 35 StVO

§ 35 StVO scheidet mangels Anwendbarkeit als hypothetischer Rechtfertigungsgrund aus (siehe oben).

bb) Rechtfertigender Notstand nach § 34 StGB

(1) Notstandslage

Aus Sicht des F brannte es und Menschenleben waren unmittelbar in Gefahr. Eine gegenwärtige Gefahr, mithin eine Notstandslage, wäre also gegeben.

(2) Geeignetheit und Erforderlichkeit der Notstandshandlung

Die Gefahr dürfte nicht anders abwendbar gewesen sein. Die zügige Fahrt des F müsste also geeignet und das mildeste zur Verfügung stehende Mittel sein, um die Gefahr zu beseitigen.⁴¹ Nachdem ein zügiges Ankommen am Feuerwehrhaus ein früheres Retten der hypothetisch Gefährdeten ermöglicht, ist das schnelle Fahren demnach geeignet, zumal es bei Brandeinsätzen spruchwörtlich auf „jede Sekunde ankommt“. Ein milderer, aber gleich effektives Mittel könnte zwar darin gesehen werden, dass auch andere Einsatzkräfte alarmiert sind und auch die Gefahr beseitigen können, doch ist jede anwesende Feuerwehrrkraft nützlich für die Brandbekämpfung und Menschenrettung, sodass die Effektivität ohne F nicht die gleiche wäre. Somit ist kein milderer, gleich effektives Mittel ersichtlich. Das schnelle Fahren wäre also geeignet und erforderlich.

(3) Interessenabwägung und Angemessenheit

Auf der einen Seite steht das hypothetisch zu rettende Menschenleben im brennenden Gebäude. Auf der anderen Seite steht die Gesundheit und das Eigentum des Porschefahrers. Dabei wiegt das Leben höher als das Eigentum und die leichte Schädigung der Gesundheit, was an den Strafrahmen der §§ 211 ff. StGB im Vergleich zu den §§ 223 ff., 303 StGB deutlich wird. Zudem ist der Grad der Gefährdung in einem brennenden Gebäude höher als beim Porschefahrer. Damit überwiegt das schützenswerte Interesse grundsätzlich die beeinträchtigten. In Bezug auf die Geschwindigkeitsüberschreitung hat das OLG Stuttgart die Angemessenheit bei einer innerörtlichen Übertretung von 28 km/h also einer 56-prozentigen Überschreitung bejaht.⁴² Demnach scheint auch eine 50-prozentige Überschreitung außerorts jedenfalls noch angemessen. Doch hat er nicht nur das Tempolimit überschritten, sondern auch einen anderen Verkehrsteilnehmer gefährdet. Zudem ist zu berücksichtigen, dass

³⁹ Die dogmatische Einordnung des Erlaubnistatbestandsirrtum ist umstritten, siehe dazu näher III. 3.

⁴⁰ Joecks/Kulhanek, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 16 Rn. 119.

⁴¹ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 34 Rn. 3.

⁴² OLG Stuttgart, Beschl. v. 26.4.2002 – 4 Ss 71/02 = NJW 2002, 2118 (2119).

F nicht der einzige Feuerwehrmann ist. Für die Bändigung der hypothetischen Gefahr ist er zwar nützlich, also erforderlich im Sinne der obigen Prüfung, nicht aber völlig unverzichtbar. Damit ist das Verhalten von F unangemessen. Daran ändert auch die Nutzung des Dachaufsetzers nichts. Zwar wird er dadurch als Feuerwehrmitglied ausgewiesen, doch gleichzeitig wohl nur mäßig wahrgenommen, zumal die Optik und Bedeutung bei anderen Verkehrsteilnehmern nicht zum gängigen Wissen zählen wird. Seine Einsatzfähigkeit ist also nicht beachtenswert ersichtlich, sodass die übrigen Verkehrsteilnehmer die Fahrweise von F nicht angemessen einordnen und darauf reagieren können. Mit dem Aufsetzer geht folglich keine „entlastende“ Wirkung einher.⁴³

b) Ergebnis

Danach lag ein hypothetischer Notstand nicht vor. Ein Erlaubnistatbestandsirrtum scheidet demnach aus.⁴⁴

4. Ergebnis

Somit hat sich F nach § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b, d und e, Abs. 3 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

III. § 315d StGB

F könnte sich nach § 315d Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, Abs. 4 StGB strafbar gemacht haben, indem er mit 150 km/h auf der Landstraße fuhr.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand des Grunddelikts

F müsste sich nach Nr. 3 mit nicht angepasster Geschwindigkeit i.S.d. § 3 StVO und grob verkehrswidrig fortbewegen. F fuhr mit 150 km/h auf einer Landstraße mit einer zulässigen Höchstgeschwindigkeit von 100 km/h (§ 3 Abs. 3 Nr. 2 lit. c StVO), seine Geschwindigkeit war damit nicht angepasst. Er fuhr zudem grob verkehrswidrig (siehe oben).

b) Objektiver Tatbestand der Qualifikation nach Abs. 2

Die konkrete Gefährdung der Gesundheit (Leib) des Porschefahrers sowie seines Fahrzeugs als Sache von bedeutendem Wert liegt vor, genauso wie der Gefahrverwirklichungszusammenhang (siehe oben).

c) Subjektiver Tatbestand

aa) Vorsatz und Rücksichtslosigkeit

F müsste vorsätzlich, also mit Wissen und Wollen hinsichtlich der Verwirklichung des objektiven Tatbestands, gehandelt haben. F war sich seines Verkehrsverstoßes bewusst und wollte auch die zuläs-

⁴³ Vgl. *Diekmann*, NZV 2003, 220 (222).

⁴⁴ Es stellt sich sonst nicht nur die Frage der rechtlichen Einordnung des Erlaubnistatbestandsirrtums, sondern auch die Frage, ob die für das Vorsatzdelikt entwickelten Theorien auch bei Fahrlässigkeitsdelikten Anwendung finden, vgl. die noch folgenden Ausführungen in Fn. 48.

sige Geschwindigkeit überschreiten, um möglichst schnell zum Feuerwehrhaus zu gelangen. Er handelte hinsichtlich des Grunddelikts vorsätzlich und zudem rücksichtslos (siehe oben). Gleichwohl wollte er keinen anderen Verkehrsteilnehmer gefährden, es liegt mithin kein Gefährdungsvorsatz vor (siehe oben).

bb) Fahrlässigkeit nach Abs. 4

Letzteres könnte nach § 315d Abs. 4 StGB unbeachtlich sein, sofern F die Gefahr fahrlässig verursacht hat, was den obigen Ausführungen folgend der Fall ist.

cc) Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen

F müsste in der Absicht gehandelt haben, die höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen. Hierunter versteht man nicht die technisch mögliche Höchstgeschwindigkeit seines Fahrzeuges. Vielmehr genügt es, dass es ihm darauf ankommt, „unter den konkreten situativen Gegebenheiten – wie Motorisierung, Verkehrslage, Streckenverlauf, Witterungs- und Sichtverhältnisse etc. – maximal mögliche Geschwindigkeit zu erreichen“⁴⁵.⁴⁶ Er muss selbst diese situativ mögliche Höchstgeschwindigkeit nicht erreichen, sondern nur die Absicht zu dessen Verwirklichung auf einer „nicht ganz unerheblichen Wegstrecke“⁴⁷ haben. F möchte so schnell wie möglich zum Feuerwehrhaus gelangen. Das Erreichen der Höchstgeschwindigkeit ist für ihn also nicht der alleinige Beweggrund, sehr wohl aber notwendiges Zwischenziel, dies hindert absichtliches Handeln nicht. Damit hat F die Absicht, die situative Höchstgeschwindigkeit zu erreichen.

d) Ergebnis

Damit hat F den Tatbestand von § 315d Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, Abs. 4 StGB erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit

F handelte nicht gerechtfertigt, insbesondere greifen § 35 StVO und § 34 nicht ein (siehe oben).

3. Schuld

F könnte jedoch entschuldigt gehandelt haben, sofern er einem Erlaubnistatbestandsirrtum unterlag.

a) Hypothetischer Notstand

aa) Hypothetische Notstandslage

Eine hypothetische Notstandslage liegt vor (siehe oben).

bb) Hypothetische Notstandshandlung

Die Notstandshandlung ist geeignet und erforderlich (siehe oben). Zwar kommt es im Gegensatz zur obigen Ausführung i.R.v. § 315d Abs. 1 StGB nicht auf die konkrete Gefährdung, sondern auf die abstrakte Gefährdung des Straßenverkehrs an. Es stehen sich also erstmal die Interessen des Menschen-

⁴⁵ BGH, Beschl. v. 17.2.2021 – 4 StR 225/20 = NJW 2021, 1173 (1175).

⁴⁶ Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 315d Rn. 9.

⁴⁷ BGH, Beschl. v. 17.2.2021 – 4 StR 225/20 = NJW 2021, 1173 (1175).

lebens im brennenden Gebäude und die allgemeine Sicherheit des Straßenverkehrs gegenüber. Doch führt die Erfüllung von § 315d Abs. 2 StGB sehr wohl zu einer konkreten Gefährdung, sodass gleichwohl dieselben Interessen wie oben gegeneinander abgewogen werden müssen. Damit ist das Verhalten genauso unangemessen.

b) Ergebnis

Damit ist das Verhalten hypothetisch nicht gerechtfertigt. Ein Erlaubnistatbestandsirrtum scheidet damit aus.

Wer die Qualifikation und deren Berücksichtigung im Rahmen der Rechtfertigung verkennt, müsste anschließend die rechtliche Einordnung des Erlaubnistatbestandsirrtums erörtern, welche folgend nur aus didaktischen Gründen erfolgt:⁴⁸

b) Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums

Nachdem es an einer expliziten gesetzlichen Regelung des Erlaubnistatbestandsirrtums mangelt, ist seine rechtliche Einordnung strittig.⁴⁹

aa) Strenge Schuldtheorie

Nach der strengen Schuldtheorie handelt der Täter vorsätzlich, es handelt sich demnach beim Erlaubnistatbestandsirrtum „nur“ um eine Frage des Unrechtsbewusstseins, die sich auf der Schuld-ebene i.R.v. § 17 StGB auswirkt und zur Prüfung der Vermeidbarkeit des Irrtums, ähnlich des Verbotsirrtums, kommt.⁵⁰ Für F gab es jedoch keinerlei Möglichkeit, seinen Irrtum über den vermeintlichen Brand zu verhindern, sodass die Strafbarkeit mangels schuldhaften Verhaltens entfiel.

bb) Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen

Nach der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen findet keine Differenzierung zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit statt. Vielmehr bestehe ein einheitlicher Unrechtstatbestand und Rechtfertigungsgründe seien negative Tatbestandsmerkmale.⁵¹ Dies hat zur Folge, dass es sich unmittelbar um einen Tatbestandsirrtum nach § 16 StGB handelt;⁵² mithin entfiel der Vorsatz. F hätte sich also nicht strafbar gemacht.

⁴⁸ Die Einordnung an dieser Stelle und nicht weiter oben folgt der Überlegung, dass es wahrscheinlicher ist, dass Bearbeiter eher bei § 315d StGB – bspw. Aufgrund der Missachtung von Abs. 2 und dessen Konsequenzen – § 34 StGB in der hypothetischen Betrachtungsweise bejahen und damit zu einer Prüfung des Irrtums kommen.

⁴⁹ Es ist deshalb auch vertretbar, den Erlaubnistatbestandsirrtum im subjektiven Tatbestand oder als völlig eigenständigen Prüfungspunkt zu erörtern, *Rengier*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 30 Rn. 11.

⁵⁰ Zwar spricht hiergegen, dass es sich nicht um einen Rechtsirrtum, sondern einen Tatsachenirrtum handelt, mithin davon überzeugt ist, sich rechtstreu zu verhalten, also strukturell dem Tatbestandsirrtum nähersteht. Doch verletzt der Täter bewusst und gewollt einen Straftatbestand und muss deshalb besonders sorgsam seine vermutliche Rechtfertigung prüfen, vgl. *Joecks/Kuhlhanek*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 16 Rn. 129; *Paefgen/Zabel*, in: *NK-StGB*, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vor § 32 Rn. 108; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 16 Rn. 15.

⁵¹ Gegen die Theorie spräche nicht nur der etablierte dreistufige Deliktsaufbau, sondern auch die fehlende Möglichkeit der Bestrafung von Teilnehmern, *Fahl*, *JA* 2017, 481 (481 f.).

⁵² *Joecks/Kuhlhanek*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 16 Rn. 128; *Paefgen/Zabel*, in: *NK-StGB*, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vor § 32 Rn. 104.

cc) Vorsatzunrechtsverneinende eingeschränkte Schuldtheorie

Nach der vorsatzunrechtsverneinenden eingeschränkten Schuldtheorie entfällt der Handlungsunwert der Tat, § 16 StGB solle analog angewendet werden.⁵³ Es kommt also zu einer Gleichstellung mit dem Tatbestandsirrtum. Demnach entfiele die Strafbarkeit.

dd) Rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie

Nach der rechtsfolgenverweisenden eingeschränkten Schuldtheorie handelt der Täter sehr wohl vorsätzlich, es handelt sich also vielmehr um eine Frage der Schuld. Nachdem der Täter jedoch nur *Schussel* und nicht *Schurke* sei, scheine die Vermeidbarkeitsprüfung nach § 17 StGB nicht passend, weshalb § 16 StGB bezüglich der Rechtsfolgen des Tatbestandsirrtums analog angewendet wird.⁵⁴ Somit handelt F nicht schuldhaft, die Strafbarkeit entfiele.

ee) Streitentscheid

Nach allen Theorien entfiele die Strafbarkeit. Auf eine Streitentscheid käme es demnach nicht an.

4. Ergebnis

Damit hat sich F nach § 315d Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, Abs. 4 StGB strafbar gemacht.

IV. § 142 Abs. 1 StGB

F könnte sich nach § 142 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er trotz Kollision seine Fahrt fortsetzte.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Unfall im Straßenverkehr

Ein Unfall liegt vor, sofern ein plötzliches Ereignis ein verkehrstypisches Schadensrisiko verwirklicht, welches nicht völlig unerheblich ist, also nicht von einem Wert unter 25 €. ⁵⁵ F touchierte den Porsche, was in einem Schaden von 450 € resultierte. Dies war von beiden Parteien nicht geplant, mithin plötzlich, und im Übrigen verkehrstypisch. Nachdem sich der Unfall auf einer Landstraße ereignete, realisierte sich der Schaden auch im öffentlichen Straßenverkehr. Ein Unfall liegt vor.

bb) Unfallbeteiligter

F müsste Unfallbeteiligter sein. Dies ist nach Abs. 5 jeder, dessen Verhalten nach den Umständen zur Verursachung des Unfalls beigetragen haben kann. Es kommt also gerade nicht darauf an, ob man

⁵³ Joecks/Kuhlhanek, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 16 Rn. 127.

⁵⁴ Auch die Rechtsprechung folgt im Großteil der eingeschränkten Schuldtheorie, ohne sich zu einer einzelnen Spielart zu bekennen, Joecks/Kuhlhanek, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 16 Rn. 134; Paeffgen/Zabel, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vor § 32 Rn. 105.

⁵⁵ Beulke/Zimmermann, Klausurenkurs im Strafrecht II, 4. Aufl. 2019, Rn. 219a; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil I, 47. Aufl. 2023, Rn. 1048.

tatsächlich am Unfall beteiligt war, die reine Möglichkeit einer Beteiligung aus ex-ante-Sicht genügt. Nachdem F tatsächlich den Unfall verursachte, ist er Beteiligter.

cc) Sich-Entfernen

Nachdem F weitergefahren ist, hat er sich vom Unfallort entfernt.

dd) Nicht-Ermöglichung der Feststellung

F müsste sich entfernt haben, ohne es ermöglicht zu haben, dass Feststellungen nach Nr. 1 vorgenommen werden. Voraussetzung dafür ist, dass überhaupt eine feststellungsbereite Person anwesend ist. Nachdem der unfallbeteiligte Fahrer des Porsche anwesend ist und F trotzdem schlicht weiterfuhr, hat er Feststellungen verunmöglicht.

b) Subjektiver Tatbestand

Der Unfall ist F aufgefallen, er fuhr bewusst weiter und handelte damit vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit

F handelte nicht gerechtfertigt, insbesondere greifen § 35 StVO⁵⁶ und § 34 nicht ein (siehe oben). Die Rechtswidrigkeit könnte jedoch entfallen, sofern der Porsche-Fahrer in das Sich-Entfernen des F eingewilligt hat.

a) Einwilligung

§ 142 StGB schützt das private Feststellungs- und Beweissicherungsrecht der Beteiligten am Unfall. Entgegen der systematischen Einordnung in das Gesetz schützt es also Individualrechtsgüter.⁵⁷ Es ist mithin disponibel. Der Porsche-Fahrer ist dabei als Unfallbeteiligter und Eigentümer des Porsches Inhaber dieses Rechtsguts und damit Verfügungsbefugter. In Ermangelung entgegenstehender Hinweise ist auch davon auszugehen, dass er einwilligungsfähig ist, insbesondere steht er nicht derart unter Schock, sodass eine Einschränkung seiner Urteilsfähigkeit zu befürchten wäre. Der Porsche-Fahrer müsste seine Einwilligung vor der Tat erklärt und auch nach außen gerichtet haben, denn die bloße innere Zustimmung ist genauso wenig ausreichend wie eine spätere Genehmigung.⁵⁸ Hier aber hat der Porsche-Fahrer erst im Nachgang und nicht nach außen gerichtet innerlich zugestimmt. Damit bestand keine Einwilligungserklärung.

b) Mutmaßliche Einwilligung

Jedoch könnte eine mutmaßliche Einwilligung vorliegen. Wie oben ist das Rechtsgut disponibel und der Porsche-Fahrer sowohl Verfügungsbefugter wie einwilligungsfähig. Eine ausdrückliche Einwilligungserklärung liegt nicht vor. Dagegen könnte die Einwilligung gemutmaßt werden.

⁵⁶ Wer richtigerweise § 35 StVO oben für nicht anwendbar erklärt, müsste an dieser Stelle den Rechtfertigungsgrund genauer untersuchen.

⁵⁷ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 46 Rn. 1; Zopfs, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 142 Rn. 2.

⁵⁸ Rönna, JuS 2007, 18 (19).

aa) Subsidiarität

F dürfte es unzumutbar gewesen sein, die Einwilligung früher einzuholen.⁵⁹ Nachdem er nicht vorhersehen kann, ob und wann ein Feuerwehreinsatz ist und insbesondere nicht im Vorhinein weiß, wer sich im Straßenverkehr bewegt, gab es für ihn keine zumutbare Möglichkeit, die Einwilligung vorher einzuholen.⁶⁰

bb) Übereinstimmung mit dem mutmaßlichen Willen

Es kommt auf den mutmaßlichen, nicht einen objektiv vernünftigen Willen an.⁶¹ Hier billigte der Porsche-Fahrer ausdrücklich die Weiterfahrt von F.

cc) Subjektives Rechtfertigungselement

F hatte auch Kenntnis der rechtfertigenden Umstände.

c) Ergebnis

Damit handelte F gerechtfertigt.

3. Ergebnis

F ist also nicht nach § 142 Abs. 1 StGB strafbar.

V. § 142 Abs. 2 StGB

F könnte sich jedoch nach § 142 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er nicht zum Fahrer des Porsches zurückkehrt.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

F war bei einem Unfall im Straßenverkehr beteiligt, hat sich jedoch von diesem entfernt. Sein Verhalten war jedoch gerechtfertigt (siehe oben). Er müsste allerdings die Feststellungen nachträglich unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern, ermöglichen. F vergisst den Unfall jedoch und ermöglicht keinerlei Feststellungen. Problematisch könnte erscheinen, dass die Ermöglichung der Feststellung für F unzumutbar ist, indem er sich damit einer Strafverfolgung, auch nach §§ 315c und 315d StGB aussetzen müsste. Doch ist die Zumutbarkeit nicht überschritten, wenn es sich um Straftaten handelt, die mit dem Unfall zusammenhängen, wie hier den §§ 315c und 315d StGB.⁶² Außerdem hat F das Selbstbelastungsrisiko selbst herbeigeführt. Zudem kann „die Absicht, sich der Strafverfolgung zu entziehen, auch belastend wirken“⁶³. Die Ermöglichung der Feststellung bleibt demnach zumutbar.

⁵⁹ Rönnaу/Meier, JuS 2018, 851 (853 f.).

⁶⁰ A.A. mit dem Argument, F hätte kurz aussteigen können, den Sachverhalt darstellen und um Weiterfahrt bitten können, gut vertretbar.

⁶¹ Rönnaу/Meier, JuS 2018, 851 (854).

⁶² Vgl. Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 46 Rn. 63.

⁶³ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 46 Rn. 65.

b) Subjektiver Tatbestand

F war sich des Unfalls nicht mehr bewusst und hat somit nicht vorsätzlich der Feststellung verhindert.

2. Ergebnis

Damit hat sich F nicht nach § 142 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

VI. § 323c Abs. 1 StGB

F könnte sich nach § 323c Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er den Unfallort verließ. Es müsste dafür ein Unglücksfall vorliegen. Hierunter versteht man ein plötzliches Ereignis, durch welches eine erhebliche Gefahr für ein Individualrechtsgut zu befürchten ist.⁶⁴ Man könnte annehmen, dass die Gefährdung des Fahrzeugs sowie dessen Fahrer während der Fahrt (siehe oben) als „Gefahr für ein Individualrechtsgut“ angesehen werden kann. Doch kommt es hier i.R.d. § 323c Abs. 1 StGB nicht darauf, sondern vielmehr auf den dadurch entstandenen Zustand nach dem Verhalten des F an. Dieser weist jedoch nur eine leichte Beschädigung des Fahrzeuges und keine Auswirkungen auf den Fahrer aus, sodass keine erhebliche Gefahr zu befürchten ist, welche eine Hilfeleistungspflicht begründen könnte. Damit fehlt es am Unglücksfall. F hat sich nicht nach § 323c Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

VII. § 303 Abs. 1 StGB

Der Porsche ist beschädigt. F wollte indes den Schaden am Porsche nicht herbeiführen, er handelte mithin nicht vorsätzlich. Nachdem die fahrlässige Sachbeschädigung nicht existiert, scheidet eine Strafbarkeit nach § 303 Abs. 1 StGB aus.

VIII. Gesamtergebnis

Damit hat sich F nach § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b, d und e, Abs. 3 Nr. 1 StGB in Tateinheit nach § 52 StGB mit § 315d Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, Abs. 4 StGB strafbar gemacht.⁶⁵

⁶⁴ Gaede, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 323c Rn. 4.

⁶⁵ Ausführlich zur Abgrenzung von Tateinheit und Tatmehrheit bei Straßenverkehrsdelikten Albrecht, NZV 2005, 62.

Entscheidungsbesprechung

LSG Niedersachsen-Bremen, Urt. v. 27.2.2024 – L 11 AS 330/22¹

Zurechnung bei Handeln Dritter im Sozialversicherungsrecht

1. Das Verschulden eines Bevollmächtigten (hier: unrichtige bzw. unvollständige Angaben i.S.d. § 45 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 SGB X) kann nach den allgemeinen Regeln (§§ 166, 278 BGB) dem Vollmachtgeber zugerechnet werden, wenn dieser eine Vollmacht zur Abmeldung aus dem Leistungsbezug erteilt hat, der Bevollmächtigte aber im Innenverhältnis gegenüber dem Vollmachtgeber seine Pflichten verletzt.
2. Eine zuvor erteilte Vollmacht sowie eine über Jahre gelebte Bevollmächtigung kann dazu führen, dass dem Bevollmächtigten weitere Handlungen, des (mittlerweile) vollmachtlosen Vertreters – wie z.B. das Stellen weiterer Anträge – im Rahmen sogenannter Anscheinsvollmacht zugerechnet werden, wenn der Vollmachtgeber dem von ihm gesetzten Rechtsschein nicht entgegentritt.

(Amtliche Leitsätze)

SGB X §§ 13, 45

SGB II §§ 11b, 38

SGB I § 60

BGB §§ 164, 166, 278

*Ass. iur. Hao-Hao Wu, München**

I. Einführung

Die Entscheidung des LSG Niedersachsen-Bremen (im Folgenden: LSG) betrifft im Kern die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das Verschulden eines Dritten bei der Rücknahme eines rechtswidrigen, begünstigenden Verwaltungsaktes im Sozialverwaltungsverfahrenrecht zugerechnet werden kann. Dazu lässt das LSG in zweiter Instanz offen, ob zur Zurechnung Drittverschuldens auf die Regelung des § 38 SGB II zur Vertretung der Bedarfsgemeinschaft zurückgegriffen werden kann, und bedient sich stattdessen den Regelungen des allgemeinen Schuldrechts sowie des allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuchs („BGB AT“). Ungeachtet des Umstands, dass die herangezogene Norm aus dem Schuldrecht nicht direkt anwendbar ist und die Zugrundelegung auch ihrer Ratio legis nach nicht wirklich sachgerecht erscheint, verkennt das LSG ganz grundlegend Inhalt und Reichweite stellvertretungsrechtlicher Zurechnungsregelungen. Die Entscheidung ist jedenfalls in ihrer dogmatischen Begründung daher nicht überzeugend. Für Studierende (auch des Pflichtfachstoffs) ist die Entscheidung indes sehr lehrreich, weil ganz grundlegende Fragestellungen aufgeworfen wer-

* Der Autor ist Doktorand am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik und Lehrbeauftragter an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Er dankt Herrn Prof. Ulrich Becker, LL.M. (EHI) für wertvolle Hinweise bei der Erstellung des Manuskripts.

¹ Die Entscheidung wurde in BeckRS 2024, 5938 veröffentlicht.

den, mit denen sie sich im Laufe des Studiums und des juristischen Berufslebens immer wieder beschäftigen müssen.

II. Sachverhalt

Es handelt sich um einen simplen und schnell erzählten Sachverhalt.² Die Klägerinnen bezogen beim Beklagten Grundsicherungsleistungen nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch (SGB II). Sie lebten zunächst mit einer weiteren Person, dem damaligen Lebensgefährten der Klägerin zu 1. und dem Vater der zum Zeitpunkt des Leistungsbezugs minderjährige Klägerin zu 2. (im Sachverhalt und im Folgenden „Herr L“) in einer Bedarfsgemeinschaft zusammen. Herr L trat stets allein für die Bedarfsgemeinschaft auf.³ Als die Klägerin zu 1. eine versicherungspflichtige Tätigkeit⁴ aufnahm, beauftragte sie Herr L unter Erteilung einer Vollmacht damit, dies dem Beklagten anzuzeigen⁵. Herr L unterließ dies auch nach weiteren Aufforderungen, nachdem die Klägerin zu 1. von der Untätigkeit erfuhr.⁶ Stattdessen leitete Herr L die Zahlungen auf sich um und fing die Schreiben des Beklagten ab.⁷ Nachdem der Beklagte Kenntnis von der Beschäftigung erlangte, hob er die Bewilligungsbescheide für die Vergangenheit auf und erließ Aufhebungs- und Erstattungsbescheide.⁸ In prozessualer Hinsicht richtete sich die beim Sozialgericht (SG) eingereichte Klage gegen einen Überprüfungsantrag, der durch Widerspruchsbescheid abgelehnt wurde.⁹ Die Klage blieb auch in zweiter Instanz erfolglos.¹⁰

III. Entscheidung des LSG

Das LSG wies die Berufung gegen das die Klage abweisende Urteil des SG zurück und argumentierte im Wesentlichen, dass sich die Klägerinnen nicht auf einen Vertrauensschutz gem. § 45 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 SGB X berufen können.¹¹ Danach kann sich der Begünstigte bei der Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes nicht auf Vertrauen berufen, wenn der Verwaltungsakt auf Angaben beruht, die der Begünstigte vorsätzlich oder grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig gemacht hat. Zwar haben die Klägerinnen vorliegend selbst keine unvollständigen oder unrichtigen Angaben gemacht. Sie hätten sich aber nach Ansicht des LSG das Handeln des Herrn L „als ihrem Vertreter zurechnen zu lassen“.¹² Eine solche Zurechnung folge für die Klägerin zu 1. aus „§ 278 BGB“, weil Herr L „als ihr Vertreter mit Vertretungsmacht aufgetreten“ sei.¹³ Auch als die Klägerin zu 1. Herrn L in den folgenden Monaten nicht mehr beauftragte, weil sie von einem Ende des Leistungsbezugs ausging, müsse sie sich das Handeln im Wege der Anscheinsvollmacht als eine „ungeschriebene aber gewohnheitsrechtlich anerkannte Form der Vertretung“ zurechnen lassen.¹⁴ Die Zurechnung folge

² LSG Niedersachsen-Bremen BeckRS 2024, 5938 Rn. 2 ff.

³ LSG Niedersachsen-Bremen BeckRS 2024, 5938 Rn. 3.

⁴ LSG Niedersachsen-Bremen BeckRS 2024, 5938 Rn. 7 f.

⁵ LSG Niedersachsen-Bremen BeckRS 2024, 5938 Rn. 9.

⁶ LSG Niedersachsen-Bremen BeckRS 2024, 5938 Rn. 10.

⁷ LSG Niedersachsen-Bremen BeckRS 2024, 5938 Rn. 10.

⁸ LSG Niedersachsen-Bremen BeckRS 2024, 5938 Rn. 11 ff.

⁹ LSG Niedersachsen-Bremen BeckRS 2024, 5938 Rn. 14 f.

¹⁰ LSG Niedersachsen-Bremen BeckRS 2024, 5938 Rn. 18 f.

¹¹ LSG Niedersachsen-Bremen BeckRS 2024, 5938 Rn. 40 f.

¹² LSG Niedersachsen-Bremen BeckRS 2024, 5938 Rn. 44.

¹³ LSG Niedersachsen-Bremen BeckRS 2024, 5938 Rn. 45.

¹⁴ LSG Niedersachsen-Bremen BeckRS 2024, 5938 Rn. 47.

aus „§§ 164 Abs. 1, 166 Abs. 1, 278 BGB“.¹⁵ Im weiteren stellt das LSG fest:

„Liegen die Voraussetzungen der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht vor, muss sich der Vertretene so behandeln lassen, als hätte er eine Vollmacht entsprechend dem gesetzten Rechtsschein erteilt.“¹⁶

Diese Voraussetzungen sah das LSG als erfüllt an, weil „Herr L. von Anfang an im Namen der Klägerinnen und in ihrem Willen gegenüber dem Beklagten auftrat“.¹⁷ Hierdurch habe „die Klägerin zu 1. auch für die Zukunft den Anschein einer Bevollmächtigung“¹⁸ gesetzt. Ein Widerruf der Vollmacht sei nicht erfolgt, sodass die Klägerin zu 1. für den hierdurch entstandenen Rechtsschein einzustehen habe. Dass L die Grenzen seiner Vollmacht im Innenverhältnis überschritten habe, sei für das Außenverhältnis irrelevant, weil dieses Auseinanderfallen der Duldungsvollmacht „immanent“ sei.¹⁹ Die Zurechnung für die Klägerin zu 2. folge aus „§§ 164 Abs. 1, 166 Abs. 1, 278 BGB i.V.m. § 1629 BGB“.²⁰

IV. Bewertung

Die Entscheidung ist in der Begründung nicht überzeugend und veranschaulicht die Komplexität ganz allgemeiner Fragestellungen des bürgerlichen Rechts auch für erfahrene Juristen und Juristinnen an (Fach-)Obergerichte.

1. Zur Klägerin zu 1.

a) Zum Recht der Stellvertretung

aa) Zur rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht

Der *Senat* unterliegt bereits einem ganz grundsätzlichen Missverständnis, wenn er versucht, ein Unterlassen (hier: die Nichtanzeige der aufgenommenen Tätigkeit) über die stellvertretungsrechtlichen Regelungen zuzurechnen. Die stellvertretungsrechtliche Generalnorm des § 164 Abs. 1 BGB bestimmt deutlich, dass eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirkt. Ein reines Unterlassen kann nach der Konzeption des deutschen Stellvertretungsrechts nicht zugerechnet werden, weil das Nichtstun (anders als in Einzelfällen das Schweigen!²¹) keinen Erklärungswert hat. Es fehlt also schon an einem Zurechnungsobjekt. Auch § 166 BGB hilft in diesem Kontext nicht weiter. Zwar geht es dort um Zurechnung von (abstraktem) Wissen und nicht um Willenserklärungen. Eine solche Zurechnung wäre jedoch nur dann relevant, wenn dem Vertreter Informationen mitgeteilt worden sind, die sich auf bestimmte für den Vertretenen relevante Tatbestände (z.B. Kennen und Kennenmüssen) auswirken können (§ 166 Abs. 1 BGB), oder der Vertretene einen nicht vollständig aufgeklärten Vertreter vorschickt, um die eigene Kenntnis über bestimmte Umstände nicht relevant werden zu lassen (§ 166 Abs. 2 BGB). Im vorliegenden Fall haben Vertreter und Vertretene (die

¹⁵ LSG Niedersachsen-Bremen BeckRS 2024, 5938 Rn. 47.

¹⁶ LSG Niedersachsen-Bremen BeckRS 2024, 5938 Rn. 47.

¹⁷ LSG Niedersachsen-Bremen BeckRS 2024, 5938 Rn. 48.

¹⁸ LSG Niedersachsen-Bremen BeckRS 2024, 5938 Rn. 48.

¹⁹ LSG Niedersachsen-Bremen BeckRS 2024, 5938 Rn. 48.

²⁰ LSG Niedersachsen-Bremen BeckRS 2024, 5938 Rn. 51.

²¹ Zu den konkludenten Willenserklärungen vgl. *Würdinger*, JuS 2023, 627.

Klägerin zu 1.) aber denselben Wissens- und Kenntnisstand, der vom Vertreter nur gegenüber dem Beklagten verschwiegen wird. Auch eine Heranziehung nur des Rechtsgedankens des § 166 BGB scheitert daher, weil es jedenfalls im Verhältnis zwischen Vertreter und Vertretene kein Auseinanderfallen des Wissensstandes gibt.

bb) Zur Bevollmächtigung kraft Rechtsscheins

Besonders fernliegend und in der Sache gänzlich nicht nachvollziehbar sind die Ausführungen zur Rechtsscheinvollmacht. Der *Senat* stellt schon nicht hinreichend klar, ob er nun von einer fortgesetzten (tatsächlichen) Bevollmächtigung ausgeht oder von dem Rechtsschein einer solchen. Dafür spricht der Umstand, dass der *Senat* einerseits der Klägerin zu 1. vorhält, sie habe ihre Vollmacht nicht widerrufen (dann bestünde sie fort),²² andererseits werden Duldungs- und Anscheinsvollmacht genannt,²³ welche aber nicht hinreichend klar voneinander differenziert werden.²⁴ In der Sache gelten schon die Ausführungen zur Vollmacht – auch die Rechtsscheintatbestände vermögen kein Unterlassen zuzurechnen.²⁵ Ergänzend sei bemerkt, dass der *Senat* Voraussetzungen und Rechtsfolgen der (ungeschriebenen) Rechtscheintatbestände nicht maßstabsbildend herausarbeitet. Auch versäumt das LSG, zunächst und vorrangig auf die geschriebenen Rechtsscheintatbestände der §§ 170 ff. BGB einzugehen. Letztlich bleibt jedenfalls unklar, wodurch die Klägerin zu 1. Überhaupt den (ihr zurechenbaren) Anschein einer (weitergehenden) Bevollmächtigung gesetzt haben soll. Für die Duldungsvollmacht fehlt es hingegen an einem tatsächlichen Verhalten der Klägerin zu 1., aus dem nach Treu und Glauben geschlossen werden kann, sie wisse von dem fortgesetzten Handeln des Herrn L als ihr Vertreter.²⁶

b) Zur Zurechnung nach allgemeinem Schuldrecht

Ebenso grob fehlerhaft ist die ergänzende bzw. kumulierende Heranziehung des § 278 S. 1 BGB, welcher bestimmt, dass der Schuldner für das Verschulden (mithin auch das Verhalten²⁷) Dritter einzustehen hat. Damit ist wiederum in der Regel Vorsatz und Fahrlässigkeit gemeint (§ 276 Abs. 1 BGB). Die Vermengung zwischen den §§ 164 ff. BGB einerseits und dem ggf. zugrundeliegende Rechts-

²² LSG Niedersachsen-Bremen BeckRS 2024, 5938 Rn. 48. Wenn die Klägerin zu 1. die Vollmacht aber weder gegenüber dem Beklagten noch gegenüber dem Herrn L widerrufen hat, bleibt unklar, wie diese überhaupt zum Erlöschen gebracht worden ist. Hierzu verhält sich das LSG nicht.

²³ Das Vorliegen eines Rechtsscheins ist aber dann unerheblich, wenn eine (konkludente) Außenvollmacht vorliegt, vgl. dazu etwa *Schubert*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 108.

²⁴ LSG Niedersachsen-Bremen BeckRS 2024, 5938 Rn. 46 ff.: Der *Senat* stellt abwechselnd auf Anscheins- und Duldungsvollmacht ab, nennt sie teilweise auch in einem Atemzug (Rn. 47), obwohl beide Rechtsscheintatbestände an völlig unterschiedliche Voraussetzungen geknüpft werden. Vgl. zu den Voraussetzungen der Duldungs- und Anscheinsvollmacht etwa *Denga/Winter*, JuS 2023, 906.

²⁵ So aber auch BSG, Urt. v. 8.12.2020 – B 4 AS 46/20 R = BeckRS 2020, 42597 Rn. 26, das gleichfalls nach „§ 164 Abs. 1, § 166 Abs. 1, § 278 BGB“ zurechnet (dort m.w.N.).

²⁶ Zu den Voraussetzungen im Einzelnen vgl. *Schubert*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 107. Der *Senat* stellt lediglich darauf ab, dass „Herr L. von Anfang an im Namen der Klägerinnen und in ihrem Willen gegenüber dem Beklagten auftrat“ (BeckRS 2024, 5938 Rn. 48), was aber weder für eine Duldungs- noch eine Anscheinsvollmacht ausreicht. Vielmehr rekurriert das LSG damit implizit auf den Regelungsgehalt des § 170 BGB, wonach die Vollmacht dem (gutgläubigen) Dritten gegenüber in Kraft bleibt, bis ihm das Erlöschen von dem Vollmachtgeber angezeigt wird.

²⁷ Vgl. statt vieler nur *Lorenz*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 278 Rn. 50.

geschäft,²⁸ das von einer reinen Gefälligkeit abzugrenzen ist,²⁹ andererseits, stellt einen klaren Verstoß gegen das stellvertretungsrechtliche Abstraktionsprinzip dar.³⁰ Danach sind die Bevollmächtigung und das (ggf.) zugrundeliegende Rechtsgeschäft (z.B. ein Arbeitsverhältnis) streng voneinander zu trennen. Der Senat ist sich dessen gar nicht bewusst, weil er das zwischen der Klägerin zu 1. und dem Herrn L. bestehende Rechtsgeschäft an keiner Stelle benennt: Zwischen ihnen liegt aufgrund der wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung des Geschäfts³¹ ein Auftrag gem. § 662 BGB vor, der regelmäßig mit einer Bevollmächtigung einhergeht, nicht aber zwingend einhergehen muss. Jedenfalls sind beide Rechtsgeschäfte streng voneinander zu trennen. Die Zurechnung nach § 278 BGB ist aber auch bezüglich des Auftrags nicht ohne Weiteres konstruierbar, weil Herr L ja gerade im Pflichtenkreis der Klägerin zu 1. untätig bleibt.³² Er hat ihren Auftrag schlicht ignoriert und damit eine Pflichtverletzung (§ 280 Abs. 1 BGB) im Innenverhältnis begangen. Mit der Nichtbefolgung des Auftrags könnte mithin eine außerhalb des Pflichtenkreises befindliche „Exzesshandlung“ vorliegen. Allerdings ist in der Rechtsprechung des BGH anerkannt, dass § 278 BGB auch dann anwendbar sein soll, wenn der Gehilfe die ihm aufgetragene Arbeit schuldhaft unterlässt, sofern die Unterlassung in Beziehung zu dem Aufgabenkreis des Schuldners steht.³³ Dies betrifft etwa die Konstellation eines pflichtwidrigen Unterlassens in Bezug auf Verkehrssicherungs- und Überwachungspflichten, wodurch Rechtsgüter des Gläubigers geschädigt werden. Dies zugrunde legend ist eine Zurechnung jedenfalls nicht gänzlich ausgeschlossen, wobei das LSG sich hiermit ausführlicher hätte auseinandersetzen müssen. Jenseits dessen passt die für Schuldverhältnisse konzipierte Regelung jedenfalls ihrer Ratio legis nach nicht, weil die gesetzlich konzipierte bedingungslose Einstandspflicht für das Verhalten Dritter Korrelat für die Vorteile eines arbeitsteiligen Wirtschaftsgeschehens sein soll.³⁴ Mit anderen Worten: Der Geschäftsherr, der Dritte zur Erweiterung seiner wirtschaftlichen Handlungs- und Gestaltungsmacht einschaltet, soll auch für ihre Fehler einstehen, als seien es seine eigenen.

c) Zur Zurechnung nach der „richtigen“ Norm

Damit bleibt die Frage, wie der Fall richtig zu lösen ist. Im Ergebnis wird es darauf ankommen, ob der Klägerin zu 1. selbst der Vorwurf des Vorsatzes bzw. der groben Fahrlässigkeit hinsichtlich der unvollständigen Angaben beim Beklagten gemacht werden kann. Vorsatz wird wohl auszuschließen sein, nachdem sie Herrn L wiederholt um Erledigung bat. Allerdings hätte sie sich spätestens dann eigenhändig um ihre Angelegenheiten kümmern müssen, als sie erstmals davon erfahren hat, dass Herr L entgegen ihrer Beauftragung nichts unternommen hat. Sie hat sich vielmehr der Realität verschlossen und ist ohne eigene Überprüfung davon ausgegangen, alles werde schon in Ordnung sein. Ob sich hieraus schon ein Vorwurf der (groben) Fahrlässigkeit ergibt, ist eine tatsächliche Frage und kann ohne Kenntnis der Umstände des Einzelfalles nicht geklärt werden. Das Tatgericht ist vielmehr dazu angehalten, in freier Beweiswürdigung zu überprüfen, ob sich für die Klägerin zu 1. (konkrete) Anhaltspunkte für ein weitergehendes, betrügerisches Verhalten aufgedrängt haben könnten. Da es dann aber um ein eigenes Verschulden der Klägerin zu 1. geht, braucht es im Grundsatz keiner

²⁸ Zu einer (gebotenen) Differenzierung vgl. *Schilken*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2019, § 164 Rn. 11.

²⁹ Siehe dazu etwa *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 662 Rn. 29 ff.

³⁰ Vgl. *Lieder*, JuS 2014, 393; *Mock*, JuS 2008, 391 (392). Zu dieser Differenzierung auch *Schäfer*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 164 Rn. 37.

³¹ Zu diesen und weiteren Kriterien vgl. BGH NJW 2015, 2880 (2880) m.w.N.

³² Zum Begriff des Erfüllungsgehilfen vgl. *Lorenz*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 278 Rn. 11.

³³ BGHZ 23, 319 (323) = NJW 1957, 709. Hierauf hinweisend *Lorenz*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 278 Rn. 13.

³⁴ BGHZ 95, 128 (132) = NJW 1985, 2475.

Zurechnungsnorm aus dem BGB. Man könnte aber ganz zurückhaltend auf den Regelungsgehalt bzw. auf den Rechtsgedanken des § 831 Abs. 1 BGB zurückgreifen, der aber gerade kein Zurechnungstatbestand darstellt.³⁵ Die Norm stellt vielmehr eine selbstständige deliktische Haftungsnorm für eigenes Verschulden dar, wird aber in anderen Zusammenhängen, in denen es um die Zurechnung von Drittverhalten geht, jedenfalls vom Rechtsgedanken her herangezogen.³⁶ Das Abstellen auf ein eigenes Auswahlverschulden mit Exkulpationsmöglichkeit wird den Umständen dieses Einzelfalles jedenfalls besser gerecht als eine unbedingte Einstandspflicht wie sie für schuldrechtliche Sonderverbindungen geschaffen wurde. Überdies handelt es sich bei der im Deliktsrechts verorteten „Zurechnungsmöglichkeit“ um die nähere Sachmaterie, als es im vorliegenden Fall um die strafrechtlich sanktionierte Missachtung von Mitteilungspflichten geht.

d) Zur Zurechnung nach den Regelungen des SGB II

Aus sozialrechtlicher Hinsicht kann noch auf die bereits vom SG in erster Instanz herangezogene Regelung des § 38 Abs. 1 S. 1 SGB II rekuriert werden. Danach wird vermutet, dass die oder der erwerbsfähige Leistungsberechtigte bevollmächtigt ist, Leistungen nach diesem Buch auch für die mit ihm in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen zu beantragen und entgegenzunehmen. Die Regelung stellt jedoch – ungeachtet der Frage, ob eine Bedarfsgemeinschaft im vorliegenden Fall noch bestand – auch nur auf die Bevollmächtigung selbst ab, kann daher nicht zu einer Zurechnung eines Unterlassens führen. Ob eine Zurechnung (auch) aus § 38 SGB II folgt, hat das LSG offengelassen.³⁷ Dabei gibt die vom LSG herangezogene Rechtsprechung des BSG, welche eine Zurechnung nach § 38 SGB II ablehnt, auch die Antwort auf die Frage, weshalb eine Zurechnung nach stellvertretungsrechtlichen Regelungen des bürgerlichen Rechts ausscheiden muss: Dem § 38 SGB II sei gerade „keine über die Vermutung einer Bevollmächtigung hinausgehende ‚Zurechnung‘ von Handlungen einer Person zu anderen Personen zu entnehmen.“³⁸ § 38 SGB II trifft – wie die §§ 164 ff. BGB – nur eine Regelung zur Bevollmächtigung und damit zur Zurechnung fremder Willenserklärungen.³⁹

2. Zur Klägerin zu 2.

Die Klägerin zu 2. ist gemeinsame Tochter der Klägerin zu 1. und des Herrn L. Damit erfolgt die Zurechnung fremden Verhaltens hier analog §§ 278 S. 1, 1626 Abs. 1, 1629 Abs. 1 S. 1 BGB, ohne dass es auf die weiteren Regelungen der §§ 164 ff. BGB ankommt. Anders als bei der Zurechnung des Handelns eines Erfüllungsgehilfen erfolgt die Zurechnung des Handelns des gesetzlichen Vertreters aus anderen und auch hier überzeugenden Gründen, nämlich deshalb, weil der gesetzliche Vertreter an die Stelle des regelmäßig nicht selbst handlungsfähigen Schuldners tritt und daher eine Zurechnung zum Schutze des Gläubigers geboten ist.⁴⁰

³⁵ Schäfer, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 164 Rn. 37, spricht indes von einer Zurechnung nach den §§ 31, 89, 831 BGB.

³⁶ So etwa vertreten bei der Zurechnung der Bösgläubigkeit von unredlichen Hilfspersonen im Rahmen des unrechtmäßigen Besitzerwerbs im EBV (vgl. z.B. Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 5 Rn. 15, § 8 Rn. 8; Roth, JuS 1997, 710 [711]).

³⁷ LSG Niedersachsen-Bremen BeckRS 2024, 5938 Rn. 44 unter Hinweis auf BSG, Urt. v. 7.7.2011 – B 14 AS 144/10 R = BeckRS 2011, 76768 Rn. 16.

³⁸ BSG, Urt. v. 7.7.2011 – B 14 AS 144/10 R = BeckRS 2011, 76768 Rn. 16 m.w.N.

³⁹ Überzeugend insofern auch Silbermann, in: Luik/Harich, SGB II, Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 38 Rn. 26.

⁴⁰ Zur Ratio der Zurechnung des Verschuldens des gesetzlichen Vertreters vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 22. Aufl. 2021, § 31 Rn. 1.

V. Schlussbemerkungen

Fragen der Zurechnung⁴¹ bereiten Juristinnen und Juristen häufig Kopfschmerzen, weil sie von einer hohen Abstraktheit geprägt sind. Gerade die Heranziehung von Zurechnungsregelungen des bürgerlichen Rechts (§§ 31, 89, 164, 166, 287 BGB) können – zumal sie häufig auch nur von ihrem Rechtsgedanken herangezogen werden – zu einem großen Durcheinander im Leben wie auch in der Klausurenpraxis führen. Die Rückbesinnung auf Ratio, Systematik und Grundlagen unterschiedlicher Normen kann da die notwendige Klarheit schaffen. Auf diese Grundlagen der ersten Semester des juristischen Studiums sollte man sich immer wieder rückbesinnen. Eine (in der Rechtspraxis immer wieder zu beobachtende) Vermengung führt in diesem Bereich zu weiteren Unschärfen, welchen aber begegnet werden muss.

⁴¹ Vgl. dazu zuletzt *Kischko*, NJ 2023, 102. Fragen der Wissenszurechnung spielten etwa eine große Rolle beim Diesel-Skandal (vgl. BGH NJW 2021, 1669; zur Wissenszurechnung allgemein vgl. *Grigoleit*, ZHR 181 [2017], 160).

Entscheidungsbesprechung

OLG Hamm, Urt. v. 7.12.2023 – 4 ORs 111/23¹

Zur Abgrenzung zwischen Trickdiebstahl und Sachbetrug sowie zum unmittelbaren Ansetzen zum Versuch bei einer Tat nach dem „Wash-Wash-Verfahren“

1. Ist bei einer Tat nach dem „Wash-Wash-Verfahren“ der Tatentschluss des Täters darauf gerichtet, den Geschädigten durch Vortäuschung der Fähigkeit und Bereitschaft, Geldscheine zu vermehren, dazu zu bewegen, seinen Gewahrsam an den Geldscheinen lediglich zu lockern, um dann durch einen Trick unbemerkt die Geldscheine an sich zu nehmen, so dürfte es sich in rechtlicher Hinsicht um einen beabsichtigten Trickdiebstahl (§ 242 StGB) handeln. Ist der Tatentschluss hingegen darauf gerichtet, den Geschädigten durch Täuschung dazu zu bewegen, nicht nur seinen Gewahrsam an den Geldscheinen zu lockern, sondern dem Täter sogar eigenen Gewahrsam an den Geldscheinen einzuräumen – etwa indem er ihm vorspiegelt, die Vermehrung der Geldscheine müsse an einem anderen Ort stattfinden, weshalb der Täter das Geld mitnehmen müsse – so dürfte es sich in rechtlicher Hinsicht um einen beabsichtigten Sachbetrug (§ 263 StGB) handeln (Rn. 11 und 15).
2. Bei einem versuchten Trickdiebstahl setzt ein unmittelbares Ansetzen zum Versuch (§ 242 StGB) voraus, dass sich eine Gewahrsamslockerung hinsichtlich der betroffenen Sache jedenfalls anbahnt (Rn. 13).
3. Bei einem versuchten Sachbetrug ist für das unmittelbare Ansetzen erst diejenige Täuschungshandlung maßgeblich, die den Getäuschten unmittelbar zur irrtumsbedingten Vermögensverfügung (Urteil spricht von „Verfügungsverfügung“) bestimmen und den Vermögensschaden herbeiführen soll. Diese Täuschung muss sich auf einen konkreten Vermögensgegenstand – hier konkrete Geldscheine – konkretisiert haben (Rn. 16).

(Amtliche Leitsätze)

StGB §§ 242, 263

RiOLG Prof. Dr. Janique Brüning, Kiel*

I. Sachverhalt

Im Februar 2019 bot der Zeuge Q einen Baukran im Internet zum Verkauf an. Der Angeklagte und der anderweitig verfolgte V kontaktierten Q und vereinbarten ein Treffen für den 4.3.2019. Bei diesem Treffen bekundeten der Angeklagte und V Interesse am Kauf weiterer Baumaschinen im Wert von über 400.000 Euro, wobei die Zahlung in bar erfolgen sollte.

* Janique Brüning ist Inhaberin der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Sanktionenrecht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und Richterin am Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht.

¹ Die Entscheidung ist veröffentlicht in BeckRS 2023, 40895 sowie NSTZ 2024, 364.

Am 10.3.2019 trafen sich die Beteiligten erneut. Der Angeklagte und V brachten einen Tresor mit, der mit weißem Blankopapier gefüllt war. Sie erklärten Q, dass es in ihrem Heimatland üblich sei, größere Geldbeträge aus Sicherheitsgründen in Papier umzuwandeln und bei Bedarf zurück in echte Geldscheine zu konvertieren. Q gab einen 50-Euro-Schein, den der Angeklagte zwischen zwei Blankopapiere legte. V beträufelte das Papier mit einer Flüssigkeit, und durch einen Trick wirkte es so, als ob die Blankopapiere in zwei 50-Euro-Scheine umgetauscht wurden, sodass Q drei 50-Euro-Scheine vorfand.

Am 12.3.2019 erklärten der Angeklagte und V dem Q, dass sie 50.000 Euro benötigten, um das Blankopapier in echtes Geld zu verwandeln. Q sagte, er könne zwischen 15.000 und 20.000 Euro besorgen. Ein weiteres Treffen wurde für den 20.3.2019 vereinbart. Q bekam jedoch Zweifel und informierte die Polizei.

Am 20.3.2019 erschienen der Angeklagte und V im Büro von Q. Man unterhielt sich zwei bis fünf Minuten über allgemeine Themen. Weder der Angeklagte noch V erkundigten sich nach dem Geld oder dem Tresor, oder forderten Q auf, das Geld zu holen. Dann griff die Polizei zu. Der Angeklagte sowie V wurden verhaftet.

Das Landgericht hat den Angeklagten mangels unmittelbaren Ansetzens zur Tat gem. § 22 StGB freigesprochen. Dagegen wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihrer Revision, die sie im Wesentlichen damit begründet, dass ein unmittelbares Ansetzen zu bejahen sei, weil die zugrunde liegende Täuschungshandlung bereits vorgenommen worden sei. Im Übrigen wird eine lückenhafte Sachverhaltsfeststellung gerügt. Aufgrund fehlender Feststellungen zum beabsichtigten Vorgehen des Angeklagten könne nicht zwischen Trickdiebstahl und Sachbetrug abgegrenzt werden.

II. Einführung in die Problematik

Das Thema erinnert an die alten alchemistischen Bestrebungen, unedle Metalle in Gold zu verwandeln. Schon der sagenumwobene Stein der Weisen sollte diese Transmutation ermöglichen. Selbst renommierte Naturwissenschaftler wie Isaac Newton, bekannt u.a. für seine Gravitationstheorie, begaben sich heimlich auf die Suche nach diesem mythischen Stein.

Heute erinnern uns moderne Magier an diese alchemistischen Träume vergangener Zeiten. Während die Ehrlich Brothers scheinbar mühelos einen Fünf-Euro-Schein in einen 100-Euro-Schein „umfalten“, nutzen auch Kriminelle den jahrhundertealten Wunsch aus, durch magische oder übernatürliche Kräfte reich zu werden. Ein Beispiel für diese moderne Alchemie ist das sog. „Wash-Wash-Verfahren“,² bei dem wundersame chemische Prozesse vorgetäuscht werden. Dabei behaupten die Täter, dass beschichtetes oder eingefärbtes Bargeld aus illegalen Quellen oder am Zoll vorbeigeschmuggeltes geschwärztes Geld gereinigt werden müsse. Den potenziellen Opfern wird der „Reinigungsprozess“ mit echten, gefärbten Banknoten vorgeführt. Anschließend werden die Opfer aufgefordert, die Kosten für Chemikalien oder andere Gebühren für die Reinigung des restlichen eingefärbten Geldes zu bezahlen, und werden mit einem Teil des – im wahrsten Sinne des Wortes – gewaschenen Geldes als Belohnung gelockt. Nachdem die Täter das Geld für die angeblich benötigten Chemikalien im Voraus erhalten haben, verschwinden sie mit der „Anzahlung“. Der vorliegende Sachverhalt katapultiert das Vorgehen der Kriminellen in eine neue Sphäre der Dreistigkeit. Das corpus delicti ist nicht einmal „schmutziges“ Geld, das gereinigt werden soll, sondern „reines“ Papier, das durch vermeintliche chemische Trickserien in echtes Geld verwandelt werden könnte.³ Die Tatsa-

² Dazu Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2024, § 263 Rn. 572 f.

³ Dazu KG Berlin NStZ 2013, 138 mit Anm. Kudlich JA 2013, 552; im Unterschied zum vorliegenden Fall wurde in jenem Fall aber nicht behauptet, aus Blankopapier „echtes“ Geld herstellen zu können, sondern lediglich

che, dass die Gier das rationale Denken des Opfers nicht außer Kraft setzte und Q nicht auf die Manipulation hereinfließt, führt uns strafrechtsdogmatisch in die Gefilde der Versuchsstrafbarkeit. Aber der Reihe nach, denn der Sachverhalt bietet auch eine wunderbare Gelegenheit, um zuvor die überaus examensrelevante Abgrenzung von Diebstahl und Betrug bei sog. „Trickdiebstählen“ zu wiederholen.

1. Die Abgrenzung des Diebstahls vom Betrug

Die Abgrenzung zwischen Betrug und Diebstahl erweist sich insbesondere dann als schwierig, wenn der Täter mittels einer List eine fremde bewegliche Sache durch die Mitwirkung des Gewahrsamshabers erlangt.⁴ Die zentrale Frage ist hier, ob die Überlassung des Geldes als listige, fremdschädigende Wegnahme i.S.v. § 242 StGB oder als selbstschädigende, freiwillige Herausgabe des Geldes im Sinne einer Vermögensverfügung nach § 263 StGB zu bewerten ist. Die Besonderheit dieser Konstellationen des sog. Trickdiebstahls besteht darin, dass der endgültige Gewahrsamsverlust in zwei Schritten erfolgt. In einem ersten Schritt ermöglicht das Opfer dem Täter freiwillig den Zugriff auf das Tatobjekt, wobei sich der Täter noch in der Nähe oder zumindest im Herrschaftsbereich des Opfers befindet. In einem zweiten Schritt entfernt sich der Täter sodann aus dem Herrschafts- oder dem unmittelbaren Zugriffsbereich des Opfers. Während das Opfer mit dem ersten Schritt grundsätzlich einverstanden ist, gilt dies für den zweiten Schritt hingegen nicht. Der erste Akt entspricht also dem „äußeren Erscheinungsbild“ des selbstschädigenden Betrugs, der zweite Akt dem des fremdschädigenden Diebstahls.

Da Probleme in Klausuren nicht „frei“ erörtert werden, sondern in Tatbestandsmerkmale gekleidet und diese wiederum systematisch in den deliktischen Prüfungsaufbau eingeordnet und geprüft werden müssen, folgt hier zur Wiederholung der Prüfungsaufbau des Diebstahls und des Betrugs.

Diebstahl gem. § 242 Abs. 1 StGB

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

- a) Fremde bewegliche Sache
- b) Wegnahme

2. Subjektiver Tatbestand

- a) Vorsatz
- b) Zueignungsabsicht
- c) Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung
- d) Vorsatz bzgl. c)

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

eine Geldfälschung, die als solche aber nicht erkennbar sei.

⁴ Högel, Die Abgrenzung zwischen Trickdiebstahl und Betrug, 2015, S. 21 f.; dazu bereits Brüning/Rapp, ZJS 2023, 906 (908 ff.); siehe auch Bosch, Jura 2023, 1396 ff.; Strauß, JuS 2024, 308 ff. sowie Brüning, Fall 6 der Baltic Crime Stories, abrufbar unter <https://www.baltic-crime-stories.de/fall/6-woelfe-im-schafspelz.html> (20.7.2024)

Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

- a) Täuschung
- b) Irrtum
- c) Vermögensverfügung
- d) Vermögensschaden

2. Subjektiver Tatbestand

- a) Vorsatz
- b) Bereicherungsabsicht
- c) Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung
- d) Vorsatz bzgl. c)

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

In den Fällen des Trickdiebstahls ist der zur Erkenntnis führende Stein der Weisen beim Diebstahl gem. § 242 StGB in der Wegnahme und beim Betrug gem. § 263 StGB in der Vermögensverfügung vergraben.

Wegnahme bedeutet Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams.⁵ Für das „Schicksal“ der Wegnahme ist also der Gewahrsamsbegriff von zentraler Bedeutung.⁶ Dabei ist der Begriff des Gewahrsams nicht nur für die Abgrenzung zwischen *versuchtem* und *vollendetem* Diebstahl relevant, sondern mittelbar auch für die Abgrenzung zwischen Diebstahl und Betrug.⁷ Da das Opfer nur mit dem oben beschriebenen ersten Schritt, nicht aber mit dem zweiten Schritt einverstanden ist, ist fraglich, ob das Opfer den Gewahrsam bereits mit diesem ersten Schritt, der Übergabe der Sache, verloren hat.

Gewahrsam bezeichnet das tatsächliche Herrschaftsverhältnis einer Person über eine Sache, getragen von einem Herrschaftswillen und bestimmt durch die Verkehrsauffassung des täglichen Lebens.⁸ Der Gewahrsam umfasst damit eine objektive Komponente (Herrschaftsmöglichkeit) und ein subjektives Element (Herrschaftswille), die nach einem sozial-normativen Maßstab bewertet werden.⁹

„Trotz dieser – vermeintlich – überschaubaren Voraussetzungen, erweist sich die Aufgabe, die Gewahrsamslage zu bestimmen, bei Licht gesehen als keine einfache.“¹⁰

Hinzu kommt, dass der definitorische Grundansatz des Gewahrsamsbegriffs nicht völlig unumstritten

⁵ Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 49; Schramm, JuS 2008, 678 (680); Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 242 Rn. 10.

⁶ Brüning, ZJS 2015, 310 (311); vgl. auch Brüning/Rapp, ZJS 2023, 906 (909). Zum Gewahrsamsbegriff siehe auch Rönnau, JuS 2009, 1088; Jüchser, ZJS 2012, 195 ff.; Bosch, Jura 2014, 1237 ff.

⁷ Vgl. dazu Bosch, Jura 2023, 1396 (1399), spiegelbildlich zur Frage des Verfügungsbewusstseins i.R.d. § 263 StGB.

⁸ BGH NStZ 2020, 483; BGH NStZ 2021, 425 (426).

⁹ Vogel/Brodowski, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 242 Rn. 54; Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 242 Rn. 11.

¹⁰ Zivanic, NZWiSt 2022, 7 im Kontext der sog. Bankautomatenfälle.

ten ist.¹¹ Doch trotz des Streits um den Gewahrsamsbegriff geht es in der Klausur nicht darum, die rechtliche Definition des Gewahrsamsbegriffs zu erörtern. Vielmehr ist der oben erwähnte, vom BGH in ständiger Rechtsprechung vertretene, sozial-faktische Gewahrsamsbegriff als rechtlicher Maßstab anzuwenden. Die eigentliche Leistung in der Klausur besteht darin, den Sachverhalt zu analysieren und auf die entsprechenden Kriterien anzuwenden. Dabei ist zunächst vom „Urbild unmittelbar-physischer Gewahrsamsverhältnisse“¹² auszugehen. Ein den Gewahrsam begründendes tatsächliches Herrschaftsverhältnis liegt grundsätzlich vor, wenn der Gewahrsamsinhaber die Macht hat, mit der Sache nach freiem Belieben zu verfahren. Dies ist der Fall, wenn der Verwirklichung des Herrschaftswillens keine tatsächlichen Hindernisse entgegenstehen,¹³ also eine tatsächliche physische Zugriffsmöglichkeit besteht. Allerdings wird dieser Archetypus des Gewahrsams durch den „elastischen Maßstab“¹⁴ der Verkehrsauffassung des täglichen Lebens normativ überlagert. Damit wird der Gewahrsam aufgrund sozial-normativer Wertungsgesichtspunkte zugeschrieben. Einigkeit besteht insoweit, dass das einmal begründete tatsächliche Herrschaftsverhältnis zwischen dem Gewahrsamsinhaber und der Sache jedenfalls dann bestehen bleibt, wenn sich der Gewahrsamsinhaber von der Sache entfernt und die entfernungsbedingte Trennung nicht auf Dauer angelegt ist.¹⁵ Die Entfernung führt dann grundsätzlich nur zu einer Gewahrsamslockerung, nicht aber zu einem Gewahrsamsverlust, jedenfalls dann nicht, wenn der Gewahrsamsinhaber noch weiß, wo sich die Sache befindet.¹⁶

Die Verkehrsanschauung ermöglicht ferner die soziale Zuordnung einer Sache zu einem bestimmten Herrschaftsbereich, den sog. Gewahrsamssphären.¹⁷ Befindet sich die Sache in der Gewahrsamssphäre einer Person, wird ihr die Herrschaft über darin befindliche Sachen zugesprochen, und zwar auch dann, wenn sie nicht anwesend ist, etwa in Wohnungen oder Supermärkten.

In der vorliegenden Entscheidung stellt sich demnach die Frage, ob Q, gesetzt dem Fall, er wäre den Träumen der modernen Alchemie erlegen gewesen, Gewahrsam verloren hätte, wenn er die Geldscheine an den Angeklagten und V übergeben hätte oder ob dies zunächst nur eine Gewahrsamslockerung begründet hätte.

Eine Wegnahme verlangt darüber hinaus, dass der Täter den Gewahrsam „bricht“, also gegen oder ohne den Willen des Gewahrsamsinhabers handelt, mithin ohne dessen Einverständnis. Der Bruch des Gewahrsams qualifiziert Diebstahl als Fremdschädigungsdelikt und unterscheidet ihn vom Betrug, bei dem das Opfer manipuliert wird, sich selbst zu schädigen, indem es den Gewahrsam freiwillig überträgt. Im Falle einer einverständlichen Gewahrsamsübertragung liegt demnach keine Fremdschädigung, sondern eine Selbstschädigung und damit eine Verfügung i.S.d. § 263 StGB vor. Dies zeigt, dass die Kriterien zur Bestimmung des Merkmals „Bruch“ (§ 242 Abs. 1 StGB) und der Vermögensverfügung (§ 263 Abs. 1 StGB) identisch sind. Liegt das eine vor, scheidet das andere aus.

Eine Vermögensverfügung i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB ist jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt. Zur Abgrenzung des Sachbetrugs vom Diebstahl muss das Verfügungsverhalten beim Sachbetrug eine unmittelbare Vermögensminderung bewirken. Zudem muss der Verfügende freiwillig und mit Verfügungsbewusstsein handeln. Eine Vermögensminderung

¹¹ Einen kurzen Überblick gibt *Rönnau*, JuS 2009, 1088.

¹² *Ling*, ZStW 110 (1998), 919 (922).

¹³ *Vogel/Brodowski*, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 242 Rn. 62.

¹⁴ *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 13 Rn. 40.

¹⁵ *Vogel/Brodowski*, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 242 Rn. 64.

¹⁶ Zur Unterscheidung von verlorenen und vergessenen Sachen BGH NStZ 2020, 483; *Rennicke*, ZJS 2020, 499 (500).

¹⁷ Dazu *Brüning*, ZJS 2015, 310 (311).

liegt immer dann vor, wenn der Getäuschte einen Gewahrsamsverlust erleidet, wie ihn die Wegnahme nach § 242 StGB voraussetzt. In einer Klausur ist bei der Abgrenzung zwischen Betrug und Diebstahl also darauf zu achten, dass jede Gewahrsamsverschiebung konsequenterweise auch eine Vermögensminderung zur Folge hat. Führt eine Täuschung hingegen nur zu einer Gewahrsamslockerung, liegt noch keine Vermögensminderung und damit auch noch keine Vermögensverfügung vor. In den Konstellationen des Trickdiebstahls ist es daher denkbar, dass der erste Akt nur eine Gewahrsamslockerung begründet, die insoweit noch nicht zu einer Vermögensminderung führt, und erst der zweite Akt den endgültigen Gewahrsamsverlust und damit eine Vermögensminderung bewirkt.

Dies verdeutlicht, dass das Merkmal der Unmittelbarkeit in diesem Zusammenhang im Ergebnis ohne Bedeutung ist. An der Unmittelbarkeit soll es in den Fällen des Trickdiebstahls immer dann fehlen, wenn sich der Täter durch die Täuschung lediglich die Möglichkeit verschafft, auf die Sache zuzugreifen.¹⁸ In diesem Fall liegt aber, wie gerade ausgeführt, noch keine Gewahrsamsverschiebung und damit auch keine Vermögensminderung vor, sodass die Frage der Unmittelbarkeit irrelevant wird.¹⁹

Fraglich ist ferner, nach welchen Kriterien das (selbstschädigende) Einverständnis in die Gewahrsamsverschiebung bewertet wird. Während die Rechtsprechung diese Frage im Zusammenhang mit der Abgrenzung von Raub (§ 249 StGB) und räuberischer Erpressung (§§ 253, 255 StGB) ausschließlich nach dem äußeren Erscheinungsbild beantwortet,²⁰ geht sie davon aus, dass für die Abgrenzung zwischen Trickdiebstahl (§ 242 StGB) und Betrug (§ 263 StGB) und damit für die Bewertung des Einverständnisses in die Gewahrsamsverschiebung neben dem äußeren Erscheinungsbild auch die innere Willensrichtung des Opfers maßgeblich ist.²¹ Dies ist insofern nachvollziehbar, als in Fällen wie dem vorliegenden die Sache dem äußeren Anschein nach stets (einverständlich) übergeben worden ist. Die Frage ist nur, worauf sich das Einverständnis bezieht: auf eine Gewahrsamslockerung oder auf einen Gewahrsamsverlust. Und dies hängt von der inneren Willensrichtung des Opfers ab.

2. Der Versuch, insbesondere der Tatentschluss und das unmittelbare Ansetzen

Da es im vorliegenden Fall nicht zur Übergabe der geforderten Geldscheine gekommen ist, ist die Tat nicht vollendet, und es ist fraglich, ob sie überhaupt das Versuchsstadium erreicht hat.

Bei vergleichsweise einfachen Delikten wie Körperverletzung (§ 223 StGB) oder Totschlag (§ 212 StGB) gelingt den Studierenden der Prüfungsaufbau des Versuchs häufig noch gut. Doch sobald komplexere Straftatbestände wie Diebstahl (§ 242 StGB) oder Betrug (§ 263 StGB) geprüft werden müssen, treten vermehrt Fehler auf.

Allgemein gilt folgender Versuchsaufbau. Dabei erscheint es ratsam, die Vorprüfung nicht als eigenen Gliederungspunkt aufzuführen, um die übliche Nummerierung des Gliederungssystems beizubehalten. Die Vorprüfung kann sich insoweit nahtlos an den Obersatz anschließen.

¹⁸ Saliger, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 119.

¹⁹ Högel, Die Abgrenzung zwischen Trickdiebstahl und Betrug, 2015, S. 217 ff.; Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 446 ff.

²⁰ BGH BeckRS 2018, 9623; BGH BeckRS 2021, 28048. Zur Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung, siehe Heghmans, ZJS 2023, 966 ff.

²¹ BGH NStZ 2016, 727; BGH NJW 1963, 1068 (sog. „Sammelgaragenfall“); BGH BeckRS 1986, 31109646; BGH NStZ 2016, 727.

Vorprüfung

- Keine Vollendung
- Strafbarkeit des Versuchs

I. Tatbestand

1. Tatentschluss
2. Unmittelbares Ansetzen

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

IV. Kein Rücktritt gem. § 24 StGB

In der sog. Vorprüfung ist zu untersuchen, ob der Sachverhalt überhaupt Anlass zur Prüfung des Versuchs gibt. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Tat nicht vollendet wurde, weil mindestens ein Tatbestandsmerkmal nicht erfüllt ist. Ist es nicht möglich, den Grund für die Nichtvollendung der Tat in ein oder zwei Sätzen kurz darzustellen, empfiehlt es sich, mit der Prüfung des vollendeten Delikts zu beginnen. Erst wenn der objektive Tatbestand des vollendeten Delikts verneint wird, ist der Versuch zu prüfen.²² In einem weiteren Schritt ist die sich aus § 23 Abs. 1 StGB ergebende Versuchsstrafbarkeit zu prüfen.

Da Versuchshandlungen äußerlich oft neutral erscheinen, ist es ohne Berücksichtigung der Vorstellung des Täters nicht möglich, eindeutig festzustellen, welche Tat der Täter versucht hat. Wenn z.B. A am geöffneten Fenster steht, mit einem Gewehr hantiert und schießt, lässt sich aus dem äußeren Geschehen nicht erkennen, ob es sich um ein versuchtes Tötungsdelikt oder um eine versuchte Sachbeschädigung handelt. Aus diesem Grund ist es notwendig, mit der Prüfung des subjektiven Tatbestands beim Versuch zu beginnen.²³ Dabei ist der subjektive Tatbestand des Versuchs mit dem des vollendeten Delikts identisch. Das bedeutet, dass der subjektive Tatbestand sowohl den Vorsatz als auch alle anderen subjektiven Unrechtsmerkmale umfasst. Man spricht in diesem Zusammenhang üblicherweise vom sog. Tatentschluss.²⁴

Allerdings bezieht sich die Vorsatzprüfung bei einem vollendeten Delikt auf ein reales – strafbares – vergangenes Geschehen. Im Gegensatz zur Vorsatzprüfung beim vollendeten Delikt kann in der Versuchsprüfung kein „Rückblick auf die im objektiven Tatbestand betrachtete Tathandlung“²⁵ erfolgen, weil kein realer Geschehensablauf vorliegt. Vielmehr ist im subjektiven Tatbestand auf die Vorstellung des Täters abzustellen,²⁶ d.h. Bezugspunkt für die Vorsatzprüfung ist der (fiktive) Sachverhalt, den sich der Täter vorgestellt hat.²⁷

Obwohl die Prüfung des Vorsatzes bei vollendeten und versuchten Delikten nach denselben rechtlichen Maßstäben erfolgt, ist der tatsächliche Prüfungsumfang des Vorsatzes bei Versuchsdelikten in Klausuren wesentlich umfangreicher. Dies liegt daran, dass die rechtliche Bewertung des vorgestellten Täterverhaltens und damit die inhaltliche Prüfung der Tatbestandsmerkmale im Rahmen der Vorsatzprüfung erfolgen. Insoweit ergibt sich für den Diebstahl und den Betrug folgender Versuchsaufbau.

²² Zur Vorprüfung B. Heinrich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2022, Rn. 652 f.

²³ Rath, *JuS* 1998, 1106 (1101); Krack, *JA* 2015, 905 (906); Kusche, *Jura* 2019, 913 (916); Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 15. Aufl. 2023, § 34 Rn. 7 ff.; Kudlich, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, *Handbuch des Strafrechts*, Bd. 3, 2021, § 57 Rn. 30; a.A. Bock, *JR* 2021, 497 (499 ff.).

²⁴ Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 53. Aufl. 2023, Rn. 953.

²⁵ Krack, *JA* 2015, 905 (906).

²⁶ Kusche, *Jura* 2019, 913 (916).

²⁷ Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 15. Aufl. 2023, § 34 Rn. 13.

Versuchter Diebstahl gem. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Var. 2 StGB

Vorprüfung

- I. Tatbestand
 - 1. Tatenschluss
 - a) Vorsatz bzgl. fremder beweglicher Sache
 - b) Vorsatz bzgl. Wegnahme
 - c) Zueignungsabsicht
 - d) Vorsatz bzgl. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung
 - 2. Unmittelbares Ansetzen
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Schuld
- IV. Kein Rücktritt gem. § 24 StGB

Versuchter Betrug gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Var. 2 StGB

Vorprüfung

- I. Tatbestand
 - 1. Tatenschluss
 - a) Vorsatz bzgl. Täuschung
 - b) Vorsatz bzgl. Irrtums
 - c) Vorsatz bzgl. Vermögensverfügung
 - d) Vorsatz bzgl. Vermögensschadens
 - e) Bereicherungsabsicht
 - f) Vorsatz bzgl. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung
 - 2. Unmittelbares Ansetzen
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Schuld
- IV. Kein Rücktritt gem. § 24 StGB

Prüft man einen versuchten Betrug, so müssen im Tatenschluss die Tatbestandsmerkmale Täuschung, Irrtum, Vermögensverfügung und Vermögensschaden sowie die Bereicherungsabsicht geprüft, d.h. definiert und auf der Basis des vom Täter vorgestellten Sachverhalts subsumiert werden. Es ist nicht leicht, den hier notwendigen ständigen Wechsel zwischen objektiver Darstellung (Definition, Schlussfolgerung) und subjektiver Tätervorstellung (als anzuwendenden Lebenssachverhalt) sauber zu formulieren.²⁸ In einer Klausur wäre die Abgrenzung zwischen Diebstahl und Betrug folglich im Tatenschluss zu prüfen und die oben dargestellten Probleme wären beim Vorsatz bzgl. der Wegnahme bzw. bzgl. der Vermögensverfügung zu erörtern.²⁹

Das strafbare Versuchsstadium hat der Täter gem. § 22 StGB aber erst erreicht, wenn er nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes auch unmittelbar angesetzt hat. Das unmittelbare Ansetzen verwirklicht den objektiven „Rumpftatbestand“³⁰ der Versuchsprüfung und manifestiert folglich den Tatenschluss nach außen. Insoweit wird sichergestellt, „dass die Ver-

²⁸ Krack, JA 2015, 905 (907).

²⁹ Kudlich, JA 2013, 552 (554).

³⁰ Kudlich, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 3, 2021, § 57 Rn. 52.

suchsstrafbarkeit nicht in der Art eines Gesinnungsunrechts allein an die Tätervorstellung anknüpft³¹. Dabei handelt es sich um „ein unverzichtbares Minimum, das sich aus Grundprinzipien des deutschen Strafrechts als Tatstrafrecht ergibt.“³² Obgleich es sich beim unmittelbaren Ansetzen um ein Merkmal des objektiven Tatbestands des Versuchs handelt, muss der Täter gem. § 22 StGB „nach seiner Vorstellung“ handeln. Insoweit besteht Einigkeit darüber, dass die Tätervorstellung die Grundlage für die Beurteilung des unmittelbaren Ansetzens ist, wobei es nur um die (fiktive) tatsächliche Grundlage geht, nicht aber um den rechtlichen Beurteilungsmaßstab.³³

Der Täter muss ferner gem. § 22 StGB zur „Verwirklichung des Tatbestandes“ angesetzt haben, d.h. rechtlicher Bezugspunkt des unmittelbaren Ansetzens ist der konkrete Tatbestand auf den sich der Tatentschluss bezieht.³⁴ Sofern der Täter die Begehung mehrerer Straftatbestände plant, ist für jeden einzelnen der Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens gesondert zu bestimmen.³⁵

Unter Zugrundlegung dieser subjektiv-normativen Bewertungsgrundlage ist nunmehr anhand von objektiven Maßstäben zu klären, ob der Täter unmittelbar angesetzt hat.³⁶ Über die objektiven Kriterien anhand derer das unmittelbare Ansetzen bewertet wird, besteht allerdings keine Einigkeit. Die Problematik lässt sich jedoch in einer Klausur viel leichter lösen, als das vielschichtige Meinungsbild vermuten lässt.

Hat der Täter sämtliche Tathandlungen vorgenommen und läuft die von ihm in Gang gesetzte Kausalkette unverzüglich und ungehindert weiter, so kann der Täter durch sein Handeln nicht mehr näher an die Tatbestandsverwirklichung „heranrücken“ als er es bereits getan hat. Aus diesem Grund ist das unmittelbare Ansetzen grundsätzlich immer dann zu bejahen, wenn der Täter alles Erforderliche zur Verwirklichung des Tatbestands getan hat, also ein sog. beendeter Versuch gegeben ist.³⁷

Die Antwort auf die Frage, wann der Täter nach seiner Vorstellung unmittelbar zur Tat ansetzt, ist vor allem in zwei Konstellationen ausführlicher zu diskutieren. Dies gilt zunächst für den Fall, dass zwischen der Ausführungshandlung und dem vorgestellten tatbestandlichen Erfolg ein langer Zeitraum liegt oder das Opfer noch unbewusst selbstschädigende Handlungen vornehmen muss, um den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeizuführen. Und es gilt zweitens auch für den Fall des unbeendeten Versuchs, also wenn der Täter aus seiner Sicht noch nicht alles Erforderliche zur Tatbestandsverwirklichung unternommen hat.

In der Rechtsprechung und Literatur erfreut sich die umgangssprachliche Redewendung „Jetzt geht’s los!“ großer Beliebtheit. Danach liegt ein unmittelbares Ansetzen des Täters vor, wenn er die Schwelle des „Jetzt geht’s los“³⁸ überschreitet. Um zu bestimmen, wann diese Schwelle überschritten wird, werden eine Vielzahl von Kriterien herangezogen, die teilweise miteinander kombiniert werden.³⁹ Für ein unmittelbares Ansetzen sprechen danach

³¹ Krack, JA 2015, 905 (908).

³² Kudlich/Schuh, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 22 Rn. 36.

³³ Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 22 Rn. 33/34.

³⁴ BGH NJW 2020, 2570 (2571); Brockhaus, in: AnwaltKommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 22 Rn. 24.

³⁵ Heger/Petzsch, in: in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 22 Rn. 31; B. Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 730.

³⁶ Bosch, Jura 2011, 909.

³⁷ Die Unterscheidung zwischen beendeten und unbeendeten Versuch ist für die Prüfung der Rücktrittsvoraussetzungen von Bedeutung. Sie kann jedoch auch für die Frage des unmittelbaren Ansetzens herangezogen werden, siehe dazu Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 99 ff., 1992 ff.; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 22 Rn. 8; Bock, JR 2021, 497 (498).

³⁸ BGH NStZ 2020, 598; BGH NStZ 2022, 409 (412).

³⁹ Cornelius, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2024, § 22 Rn. 35.

- eine zeitliche und räumliche Unmittelbarkeit (wenn die bereits vorgenommene Handlung – aus der Sicht des Täters – in einem engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit der Tatbestandsverwirklichung steht),⁴⁰
- eine unmittelbare Gefährdung des geschützten Rechtsgutes,⁴¹
- eine Handlung, die bei ungestörtem Fortgang ohne Zwischenakte und ohne weitere Willensimpulse in die Tatbestandsverwirklichung einmündet⁴² sowie
- ein „friedensstörender Zugriff“ auf die Opfersphäre (der dann gegeben ist, wenn der Täter durch seine Handlung seinen verbrecherischen Willen in der Weise nach außen manifestiert, dass der Eindruck der Unverletzlichkeit der Rechtsordnung erschüttert wurde).⁴³

In der Regel hat der Täter auch unmittelbar angesetzt, wenn er bereits ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestands verwirklicht hat (sog. Teilverwirklichungslehre).⁴⁴ Dies gilt jedoch nicht ausnahmslos.⁴⁵ Denn der Täter muss zur Verwirklichung der *Tat* und nicht zur Verwirklichung einzelner Tatbestandsmerkmale angesetzt haben. Rechtlicher Bezugspunkt des unmittelbaren Ansetzens ist die gesamte Tat, sodass das Ansetzen bereits auf die Verwirklichung *aller* Tatbestandsmerkmale gerichtet sein muss.⁴⁶ Insbesondere bei mehraktigen Geschehen, bei denen die Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale zeitlich gestreckt ist, sind die oben genannten Kriterien oft nicht erfüllt.

III. Die Entscheidung

Das OLG Hamm verwirft die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das freisprechende Berufungsurteil des Landgerichts als unbegründet. Der Angeklagte habe nicht unmittelbar zur Tat angesetzt, wobei dahinstehen könne, ob der Tatplan des Angeklagten auf einen Trickdiebstahl (§ 242 StGB) oder auf einen Sachbetrug (§ 263 StGB) gerichtet gewesen sei, „denn nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Urteils ist hinsichtlich beider möglicher Tatvarianten ein unmittelbares Ansetzen zur Tatausführung nicht gegeben.“⁴⁷

Das Gericht prüft sodann die beiden möglichen Tatvarianten und beginnt mit dem versuchten Diebstahl.⁴⁸ Im Hinblick auf die allgemeine Abgrenzung des Trickdiebstahls vom Sachbetrug führt das Gericht aus, dass der Sachverhalt rechtlich als Trickdiebstahl zu qualifizieren sei, sofern es Q nur darum gegangen sei, seinen Gewahrsam zu lockern.⁴⁹ Sodann bestimmt das Gericht den allgemeinen rechtlichen Prüfungsmaßstab für das unmittelbare Ansetzen. Ein solches bestehe „in einem Verhalten des Täters, das nach seiner Vorstellung von der Tat in ungestörtem Fortgang ohne weitere wesentliche Zwischenakte zur – vollständigen – Tatbestandserfüllung führt oder im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang in sie einmündet. Diese Voraussetzung kann schon gegeben sein, bevor der Täter eine der Beschreibung des gesetzlichen Tatbestandes entsprechende Handlung vornimmt; regelmäßig genügt es, wenn der Täter ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes ver-

⁴⁰ BGH BeckRS 2022, 7965; BayObLG NJW 2024, 2126 (2127).

⁴¹ BGH NJW 2020, 559 (560); BGH NJW 2024, 604 (607).

⁴² BGH NSTZ 2021, 537; BGH BeckRS 2022, 17533.

⁴³ *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 139 ff.

⁴⁴ BGH NSTZ 2011, 400 (401).

⁴⁵ Dazu bereits *Brüning/Rapp*, ZJS 2023, 906 (915).

⁴⁶ *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 22 Rn. 37; *Jäger*, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 22 Rn. 12; dazu auch *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 139 ff.

⁴⁷ OLG Hamm BeckRS 2023, 40895 Rn. 10.

⁴⁸ OLG Hamm BeckRS 2023, 40895 Rn. 11 ff.

⁴⁹ OLG Hamm BeckRS 2023, 40895 Rn. 12.

wirklicht.“⁵⁰ Der Senat betont im Folgenden auch die Tatbestandsbezogenheit des unmittelbaren Ansetzens und führt aus: Mit Blick auf das unmittelbare Ansetzen „muss aber immer das, was [der Täter] zur Verwirklichung seines Vorhabens unternimmt, zu dem in Betracht kommenden Straftatbestand in Beziehung gesetzt werden. Hiernach ist es für den Versuch eines Diebstahls nach § 242 StGB grundsätzlich erforderlich, zum Gewahrsamsbruch anzusetzen.“ Mit Blick auf den versuchten Trickdiebstahl „setzt ein unmittelbares Ansetzen demnach voraus, dass sich eine Gewahrsamslockerung hinsichtlich der betroffenen Sache jedenfalls anbahnt.“⁵¹ Der Tatbestandsbezug liegt nach Ansicht des Gerichts also nicht erst aufgrund des Gewahrsamsbruchs vor, der die Wegnahme erst vollendet, sondern ist bereits durch die Gewahrsamslockerung hergestellt worden. Im konkreten Fall fehle es an einem unmittelbaren Ansetzen, da nach dem Vorstellungsbild des Angeklagten noch mehrere wesentliche Zwischenakte erforderlich gewesen wären. Q hätte die betreffenden Geldscheine noch präsentieren müssen und die zur Geldvermehrung erforderlichen Geldscheine „aus der Hand geben“ müssen, um eine Gewahrsamslockerung anzubahnen. Da dies ist nicht geschehen sei, habe aus Sicht des Angeklagten keine Gefährdung des geschützten Rechtsguts vorgelegen.⁵²

„Sofern der Tatentschluss des Angekl. darauf gerichtet war, den Zeugen Q durch Täuschung sogar dazu zu bewegen, nicht nur seinen Gewahrsam an den Geldscheinen zu lockern, sondern dem Angekl. eigenen Gewahrsam an den Geldscheinen einzuräumen – etwa indem er ihm vorspiegelte, die Vermehrung der Geldscheine könne nicht in den Räumlichkeiten des Zeugen Q stattfinden, weshalb der Angekl. das Geld mitnehmen müsse – würde es sich in rechtlicher Sicht um einen beabsichtigten Sachbetrug handeln.“⁵³

Auch bei einem Betrug sei es „für das Erreichen des Versuchsstadiums regelmäßig ausreichend, dass der Täter bereits ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestands verwirklicht“⁵⁴ habe. Dies könne durch die Täuschungshandlung bzw. das Hervorrufen eines Irrtums geschehen. Jedoch müsse auch bei mehraktigen Geschehen die Tatbestandsbezogenheit beachtet werden. Daher sei „erst diejenige Täuschungshandlung maßgeblich, die den Getäuschten unmittelbar zur irrtumsbedingten [Vermögensverfügung⁵⁵] bestimmen und den Vermögensschaden herbeiführen“⁵⁶ solle. Das Gericht kommt zu dem Schluss, dass die bisherigen Täuschungshandlungen, insbesondere die Behauptung, Geld vermehren zu können, „nur allgemeiner Art“ gewesen seien und dazu gedient hätten, Vertrauen aufzubauen. Es handele sich daher um Vorbereitungshandlungen. Bei dem Treffen am 20.3.2019 sei lediglich über alltägliche Dinge gesprochen worden.

„Demnach fehlt es an derjenigen Täuschungshandlung, die den Zeugen Q unmittelbar zur irrtumsbedingten [Vermögensverfügung], dem Überreichen oder Überlassen konkreter Geldscheine, bestimmen sollte.“

⁵⁰ OLG Hamm BeckRS 2023, 40895 Rn. 12.

⁵¹ OLG Hamm BeckRS 2023, 40895 Rn. 13.

⁵² OLG Hamm BeckRS 2023, 40895 Rn. 14.

⁵³ OLG Hamm BeckRS 2023, 40895 Rn. 15.

⁵⁴ OLG Hamm BeckRS 2023, 40895 Rn. 16.

⁵⁵ Im Urteil heißt es (wahrscheinlich aufgrund eines Versehens) „Verfügungsverfügung“ statt „Vermögensverfügung“.

⁵⁶ OLG Hamm BeckRS 2023, 40895 Rn. 16.

Im Übrigen war „das fremde Rechtsgut [...] aus Sicht des Angekl. auch noch nicht konkret gefährdet, als sich die Polizeibeamten – wohl verfrüht – zum Zugriff entschlossen haben.“⁵⁷ Ein unmittelbares Ansetzen liege daher nicht vor. Da dies bereits anhand der vom Landgericht getroffenen Feststellungen habe bewertet werden können, seien die Sachverhaltsfeststellungen auch nicht lückenhaft gewesen.⁵⁸

IV. Bewertung der Entscheidung

Der *Senat* hat den Freispruch des Angeklagten zu Recht „gehalten“. Der Angeklagte hat unter keinem denkbaren Gesichtspunkt, weder unter dem des versuchten Diebstahls noch unter dem des versuchten Betrugs, zu einer Tat gem. § 22 StGB unmittelbar angesetzt.

Dass das OLG hier offenlassen musste, ob sich der Täter bei Gelingen seines Plans wegen Betrugs oder wegen Diebstahls strafbar gemacht hätte, ist den knappen tatsächlichen Feststellungen der Berufungsinstanz geschuldet. Da der *Senat* aber zu Recht davon ausgegangen ist, dass auch die vorliegenden Feststellungen zur „Entscheidung“ ausreichen, greift die Aufklärungsrüge zu Recht nicht durch.

Für die Abgrenzung zwischen Diebstahl und Betrug stellt das Gericht zutreffend darauf ab, ob durch die Übergabe des Geldes bereits ein Gewahrsamsverlust oder nur eine Gewahrsamslockerung eingetreten ist, begründet dies aber nicht. Nun gehört es zu den Privilegien von Revisionsinstanzen, sich kurz fassen zu können. Dieses Privileg steht den Studierenden in der Klausur aber nicht zu. Von ihnen wird eine Begründung verlangt, da gerade diese die wesentliche Grundlage für das Verständnis und die Bewertung der juristischen Argumentation ist.

Daher müsste im vorliegenden Fall – richtig verortet im Prüfungsaufbau – erläutert werden, wie sich der Gewahrsamsverlust von der Gewahrsamslockerung unterscheidet und aus welchem Grund sich diese Unterscheidung auf die Abgrenzung des Diebstahls vom Betrug auswirkt.

Wie sich der Gewahrsamsverlust von der Gewahrsamslockerung unterscheidet, deutet das Gericht im Rahmen der Ausführungen zum versuchten Betrug an, da es von einem Gewahrsamsverlust ausgeht, wenn der Angeklagte behauptet hätte, „die Vermehrung der Geldscheine könne nicht in den Räumlichkeiten des Zeugen Q stattfinden“ und er das Geld habe mitnehmen müssen. Insoweit bemüht das OLG im Ergebnis das oben ausgeführte Entfernungskriterium. Fraglich ist aber, ob selbst eine Entfernung bereits zu einem Gewahrsamsverlust geführt hätte. Denn hätte Q das Geld zurückerhalten sollen, wäre eine etwaige Entfernung nicht auf Dauer angelegt gewesen. In diesem Fall hätten sozial-normative Gesichtspunkte daher auch nur eine Gewahrsamslockerung begründen können.

Warum aber kommt es für die Unterscheidung zwischen Diebstahl und Betrug darauf an, ob die Geldübergabe zu einer Gewahrsamslockerung oder zu einem Gewahrsamsverlust geführt hat? Hätte die Geldübergabe zu einem Gewahrsamsverlust geführt und hätte Q sich mit diesem Gewahrsamsverlust einverstanden erklärt, dann hätte der Angeklagte keinen Gewahrsam gebrochen und damit läge keine fremdschädigende Wegnahme vor. Vielmehr hätte Q freiwillig eine selbstschädigende Vermögensminderung vorgenommen. Hätte die Geldübergabe allerdings lediglich zu einer Gewahrsamslockerung geführt, dann hätte in diesem Moment mangels Gewahrsamsübergang keine Wegnahme und mangels Vermögensminderung auch keine Vermögensverfügung vorgelegen. Ein Gewahrsamswechsel wäre erst eingetreten, wenn sich der Angeklagte aus dem Zugriffsbereich des Q entfernt hätte. Mit dieser Entfernung wäre Q dann nicht mehr einverstanden gewesen, mit der Folge, dass dieser Gewahrsamsverlust dann durch Bruch erfolgt wäre und somit zu einer Wegnahme geführt hätte.

⁵⁷ OLG Hamm BeckRS 2023, 40895 Rn. 17.

⁵⁸ OLG Hamm BeckRS 2023, 40895 Rn. 18.

Für die Diebstahls- und die Betrugsvariante ergeben sich somit unterschiedliche Vollendungszeitpunkte. Während ein Betrug im Falle des Gewahrsamsverlustes bereits mit der Geldübergabe eingetreten wäre, wäre der Diebstahl erst mit dem späteren Zeitpunkt des Sich-Entfernens vollendet gewesen. Dies ist wichtig für die nun zu bewertende Frage, ob und ggf. wann der Angeklagte unmittelbar zur Tat angesetzt hat.

Das Gericht verzichtet zwar auf das „Jetzt geht’s los!“-Kriterium, kombiniert aber die Zwischenaktstheorie mit der Teilverwirklichungslehre und dem Gefährdungsansatz. Das Gericht betont insoweit die Teilverwirklichungslehre und die damit verbundene Tatbestandsbezogenheit. Zutreffend fordert der *Senat* daher für das unmittelbare Ansetzen zum Diebstahl ein unmittelbares Ansetzen zum Gewahrsamsbruch, da dies den Vollendungszeitpunkt markiert. Warum beim versuchten Trickdiebstahl ein unmittelbares Ansetzen bereits ausreichen soll, wenn lediglich eine Gewahrsamslockerung bevorsteht, ist nicht nachvollziehbar. In diesen Fällen ist oft ein weiterer wesentlicher Zwischenschritt erforderlich, bevor der endgültige Gewahrsamsverlust eintritt. Zwischen der Gewahrsamslockerung und dem Gewahrsamsverlust kann ein erheblicher Zeitraum liegen, und es kann lange dauern, bis der Täter die Gelegenheit erhält, den endgültigen Gewahrsamsverlust herbeizuführen. Daher ist es nicht sinnvoll, bereits die Gewahrsamslockerung als festen Bezugspunkt für das unmittelbare Ansetzen zu wählen. Zwar wandelt das OLG mit dieser Annahme auf den Spuren des BGH, doch ist dies kein inhaltliches Argument für deren Richtigkeit. Rhetorisch greift das Gericht auch beim versuchten Betrug auf die Teilverwirklichungslehre zurück, weicht diese aber letztlich dahingehend auf, dass insoweit nur auf bereits verwirklichte Tatbestandsmerkmale zurückgegriffen werden könne, die das Rechtsgut bereits konkret gefährdet haben. Beim Betrug ist die bereits verwirklichte Täuschung daher richtigerweise nur dann für das unmittelbare Ansetzen maßgeblich, wenn sie unmittelbar in die irrtumsbedingte Vermögensverfügung einmündet. Diese Sichtweise verdient im Ergebnis Zustimmung.

V. Fazit und Ausblick

Die Entscheidung zeigt, dass ein kurzes Urteil eines Oberlandesgerichts Studierende vor unerwartete Herausforderungen stellen kann. Diese bestehen nicht unbedingt darin, rechtliche Streitfragen zu lösen, sondern vielmehr darin, den Sachverhalt korrekt zu erfassen und die darin enthaltenen Rechtsfragen strukturiert im Prüfungsaufbau den entsprechenden Tatbestandsmerkmalen zuzuordnen und präzise zu subsumieren. Insbesondere, wenn auch die Versuchsstrafbarkeit eines Delikts zu prüfen ist, ist es wichtig, den Prüfungsaufbau sicher zu beherrschen. Ein sicheres Strukturverständnis und eine präzise Handhabung des Deliktsaufbaus, einschließlich des Versuchsaufbaus, gehören zum gut sortierten Werkzeugkasten, um die strafrechtlichen Examensprüfungen erfolgreich zu meistern.

Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 17.4.2024 – 1 StR 403/23¹

Versuchte schwere Körperverletzung, fehlgeschlagener Versuch, Rücktritt

1. Die in § 226 Abs. 1 StGB bezeichneten schweren Folgen müssen von längerer Dauer sein. Diese „Langwierigkeit“ der schweren Folge ist Teil des tatbestandlichen Erfolges. Fehlt es hieran, ist der Tatbestand nicht vollendet.
2. Bei einem error in persona liegt jedenfalls beim beendeten Versuch kein fehlgeschlagener Versuch vor, wenn der Täter seine Verwechslung erst nach Vornahme der Tathandlung bemerkt und sich nunmehr erfolgreich um die Rettung seines Opfers bemüht.
3. Freiwillig ist der Rücktritt, wenn er nicht durch zwingende Hinderungsgründe veranlasst wird, sondern der eigenen autonomen Entscheidung des Täters entspringt, der Täter also „Herr seiner Entschlüsse“ geblieben ist.

(Leitsätze des Verf., angelehnt an Rn. 8, 13 und 17 der Entscheidung)

StGB §§ 24, 226 Abs. 1

Prof. Dr. Frank Zieschang, Würzburg*

I. Einführung

Der Beschluss des BGH spricht eine ganze Reihe von besonders prüfungsrelevanten Fragen an. Einmal geht es um das erfolgsqualifizierte Delikt der schweren Körperverletzung gem. § 226 StGB. Diese Vorschrift setzt sich aus einem Grundtatbestand zusammen, nämlich einer vorsätzlichen Körperverletzung gem. §§ 223, 224 StGB, aus welcher der Eintritt einer der in § 226 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 StGB aufgelisteten schweren Folgen resultiert, wobei zwischen dem Grunddelikt und der schweren Folge ein gefahrspezifischer Zusammenhang erforderlich ist. Mit anderen Worten muss sich die dem Grunddelikt anhaftende spezifische Gefahr in der schweren Folge verwirklicht haben. Im konkreten Fall hatte der angeklagte Chirurg bei einem Patienten eine Sterilisation durchgeführt, nach dem Eingriff jedoch festgestellt, dass es sich um den falschen Patienten handelte. Daraufhin wurde zwei Wochen später von einem Spezialisten für Refertilisation die Zeugungsfähigkeit (nicht ausschließbar) wiederhergestellt. Der BGH musste sich folglich mit der Frage auseinandersetzen, da zumindest vorübergehend Zeugungsunfähigkeit vorlag, ob § 226 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4 StGB bereits vollendet oder nur versucht war. Allein im letzteren Fall kommt ein Rücktritt gem. § 24 StGB in Betracht.

Geht man von einer versuchten schweren Körperverletzung aus, ist die Frage zu beantworten, ob aufgrund des von dem Arzt nach Vornahme des Eingriffs erkannten error in persona nicht möglich-

* Der Verf. ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=ef7299d7ddec66ccc2baf16973c8222b&nr=137591&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf> sowie veröffentlicht in BeckRS 2024, 10222.

erweise ein fehlgeschlagener Versuch anzunehmen ist, der nach überwiegender Ansicht dazu führt, dass ein strafbefreiender Rücktritt von vornherein ausscheidet. Hier stellt sich das Problem, dass die Tat einerseits für den Arzt wegen der Personenverwechslung sinnlos geworden ist, was für einen Fehlschlag sprechen mag, andererseits der Arzt aber noch in der Lage war, Gegenmaßnahmen einzuleiten, was gegen einen Fehlschlag angeführt werden könnte. Die Behandlung solcher Konstellationen ist im Schrifttum umstritten, der BGH nimmt nun – zumindest im Fall des beendeten Versuchs – dazu Stellung. Gleichzeitig äußert er sich (nochmals) zu der Frage, was „Freiwilligkeit“ i.S.d. § 24 StGB bedeutet.

II. Sachverhalt

Der angeklagte Facharzt für Allgemeinchirurgie A sterilisierte am 10.3.2016 im Rahmen einer Operation den 17-jährigen Patienten P. A ging aufgrund einer Personenverwechslung davon aus, G zu operieren, bei dem tatsächlich die Sterilisation durchgeführt werden sollte. Unmittelbar im Anschluss an den Eingriff erkannte A seinen Irrtum. Er legte die Personenverwechslung noch am selben Tag gegenüber der Mutter des P offen und vermittelte sie am Folgetag zu einem Spezialisten für Refertilisation, der zwei Wochen später durch eine Operation nicht ausschließbar die Zeugungsfähigkeit des P wiederherstellte.²

Am 18.4.2016 nahm A die Sterilisation des einwilligungsunfähigen G mit Einwilligung von dessen Eltern vor, die u.a. für den Aufgabenkreis „Gesundheitsfürsorge“ als Betreuer ihres Sohnes bestellt waren. Ein Sterilisationsbetreuer war nicht bestellt worden, eine Genehmigung des Betreuungsgerichts lag nicht vor.³

III. Entscheidung

Bei A hatte das Landgericht im Hinblick auf die Sterilisation des G eine schwere Körperverletzung bejaht. Diese Verurteilung beanstandet der BGH nicht.

In Bezug auf den Patienten P hatte das Landgericht eine vorsätzliche Körperverletzung in Tateinheit mit versuchter schwerer Körperverletzung angenommen. Das LG lehnte einen Rücktritt nach § 24 StGB ab, die Bemühungen, den Eintritt der dauernden Fortpflanzungsunfähigkeit des P zu verhindern, seien nicht als freiwilliges Abstandnehmen vom Tatplan anzusehen, da sich dieser auf den Patienten G bezogen und A seine Bemühungen entfaltet habe, nachdem er durch den Hinweis einer Mitarbeiterin den error in persona erkannt hatte. Von seinem Entschluss, bei G eine dauerhafte Fortpflanzungsunfähigkeit herbeizuführen, sei A damit nicht freiwillig abgerückt. Dieser Argumentation tritt der BGH entgegen.

Zwar sei es zutreffend, dass die absichtliche schwere Körperverletzung bezüglich des P, indem A die beiden Samenleiter durchtrennte, nicht vollendet sei. Die in § 226 Abs. 1 StGB genannten Folgen müssten von längerer Dauer sein. Die „Langwierigkeit“ der schweren Folge sei Teil des tatbestandlichen Erfolges, fehlt es hieran, sei der Tatbestand nicht vollendet. Längere Dauer bedeute zwar nicht Unheilbarkeit; es genüge, wenn die Behebung oder nachhaltige Verbesserung des krankhaften Zustands nicht abgesehen werden kann. Hier fehle es am Eintritt der schweren Folge, da die Zeugungsfähigkeit des P zwei Wochen nach der Sterilisation nicht ausschließbar wiederhergestellt werden konnte.⁴

² BGH BeckRS 2024, 10222 Rn. 3.

³ BGH BeckRS 2024, 10222 Rn. 3.

⁴ BGH BeckRS 2024, 10222 Rn. 8 f.

Nach dem BGH ist der Versuch auch nicht fehlgeschlagen. A hielt vielmehr weiterhin die Vervollendung der Tat für möglich. „Tat“ i.S.v. § 24 Abs. 1 StGB sei die Tat im sachlich-rechtlichen Sinn, also die in den gesetzlichen Straftatbeständen umschriebene tatbestandsmäßige Handlung und der tatbestandsmäßige Erfolg. Außertatbestandliche Ziele seien unschädlich, dies gelte auch in Fällen eines sinnlos gewordenen Tatplans. „Tat“ i.S.d. § 24 StGB sei nicht die beabsichtigte Sterilisation des konkret identifizierbaren Patienten, sondern allgemeiner die von § 226 StGB umschriebene Verursachung der Zeugungsunfähigkeit einer Person. Diese „Tat“ war nicht fehlgeschlagen, sondern wäre – hätte A den Dingen seinen Lauf gelassen – zum Nachteil von P zur Vervollendung gelangt. Die Identität des Patienten betraf lediglich außertatbestandliche Motive des A.⁵ Diese Sicht wahre auch den Opferchutz, da ein Anreiz geschaffen werde, die Tatvollendung nach Bemerken des error in persona noch aktiv zu verhindern. Jedenfalls bei einem beendeten Versuch sei damit ein Rücktritt beim error in persona möglich, wenn der Täter seine Verwechslung erst nach Vornahme der Tathandlung bemerkt und sich nunmehr erfolgreich um die Rettung seines verletzten Opfers bemüht. Hiervon abweichende Literaturstimmen, die einen Fehlschlag annehmen, verkennen nach Auffassung des BGH den Tatbegriff i.S.d. § 24 StGB.⁶

Der BGH bejaht einen beendeten Versuch, da A nach dem Durchtrennen der Samenleiter nach seiner Vorstellung bereits alles Erforderliche getan hatte, um die Zeugungsunfähigkeit des P herbeizuführen.⁷ Mit der Aufdeckung der Tat gegenüber der Mutter des P und deren Vermittlung an den Refertilisierungsexperten habe A eine neue Kausalkette in Gang gesetzt, die zur nicht ausschließbar erfolgreichen Refertilisierung des P führte. Damit habe er die am besten geeignete („optimale“) Rettungsmaßnahme ergriffen.⁸

Im Hinblick auf die Freiwilligkeit des Rücktritts bemerkt der BGH, das Landgericht habe einen unzutreffenden Maßstab angelegt. Freiwillig sei der Rücktritt, wenn er nicht durch zwingende Hinderungsgründe veranlasst wird, sondern autonom erfolge, der Täter also „Herr seiner Entschlüsse“ geblieben ist. Nicht maßgeblich sei der bei Beginn der Tat bestehende Tatplan. Es gelte nicht die Tatplanperspektive, sondern der Rücktrittshorizont nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung.⁹ Da das Landgericht keine Feststellungen zur Freiwilligkeit des Rücktritts getroffen hat, hebt der BGH das Urteil auf und verweist die Sache an eine Kammer des Landgerichts mit dem Hinweis zurück, das neue Tatgericht habe zu erörtern, ob A nach dem Hinweis der Mitarbeiterin auf die Verwechslung noch eine autonome Entscheidung treffen konnte, eine Refertilisation zu veranlassen, oder sich durch die Aufdeckung der Tat dazu gezwungen sah.¹⁰

IV. Rechtliche Bewertung

Es ist zwischen den beiden Patienten zu unterscheiden. Zunächst ist auf die Sterilisation des G näher einzugehen, deren strafrechtliche Bewertung durch das Landgericht als schwere Körperverletzung vom BGH nicht beanstandet wird.

⁵ BGH BeckRS 2024, 10222 Rn. 11.

⁶ BGH BeckRS 2024, 10222 Rn. 13.

⁷ BGH BeckRS 2024, 10222 Rn. 14.

⁸ BGH BeckRS 2024, 10222 Rn. 15.

⁹ BGH BeckRS 2024, 10222 Rn. 17.

¹⁰ BGH BeckRS 2024, 10222 Rn. 19.

1. Die Sterilisation des Patienten G

a) Strafbarkeit gem. § 223 Abs. 1 StGB

Im Hinblick auf die Körperverletzung gem. § 223 StGB enthält der Sachverhalt keine Angaben, ob der Eingriff des A medizinisch indiziert war. Sollte dies so sein, stellt sich zunächst die Frage, ob der medizinisch indizierte, lege artis durchgeführte Heileingriff überhaupt tatbestandlich eine Körperverletzung darstellt. Bekanntlich wird das von einem Teil des Schrifttums verneint.¹¹ Demgegenüber geht der BGH¹² in ständiger Rechtsprechung mit Stimmen im Schrifttum¹³ davon aus, dass auch bei einer medizinischen Indikation tatbestandlich § 223 StGB erfüllt ist, der Eingriff aber über die (mutmaßliche) Einwilligung gerechtfertigt werden kann. Für diese Sicht spricht, dass tatsächlich mit einem operativen Eingriff zunächst einmal eine Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit und auch ein pathologischer Zustand hervorgerufen werden; die Heilung ist lediglich Fernziel. Zudem wird die Auffassung der Rechtsprechung der Autonomie des Patienten weitaus gerechter.¹⁴ Daher überzeugt es, bei einem ärztlichen Heileingriff tatbestandlich § 223 StGB zu bejahen. Auch wusste A, dass er die körperliche Unversehrtheit des G beeinträchtigt und wollte dies. Er handelte damit vorsätzlich.

Im Hinblick auf die Ebene der Rechtswidrigkeit ist eine rechtfertigende Einwilligung zu untersuchen. Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass G selbst einwilligungsunfähig ist. Hier waren die Eltern des G für den Aufgabenkreis „Gesundheitsfürsorge“ als Betreuer ihres Sohnes bestellt. Zu beachten ist aber, dass es bei dem operativen Eingriff um die Sterilisation des G ging. Insoweit bestimmt nun § 1817 Abs. 2 BGB, dass für die Entscheidung über die Einwilligung in eine Sterilisation des Betreuten stets ein besonderer Betreuer, der sogenannte Sterilisationsbetreuer, zu bestellen ist. § 1830 Abs. 1 BGB regelt dann im Einzelnen, unter welchen Voraussetzungen der Sterilisationsbetreuer einwilligen darf. Zudem ist dessen Einwilligung gem. § 1830 Abs. 2 BGB durch das Betreuungsgericht zu genehmigen. All dies war hier nicht erfolgt. Damit lag keine wirksame Einwilligung vor. A handelte rechtswidrig.

Nicht angesprochen wird in der Entscheidung, ob A möglicherweise irrtümlich davon ausging, dass die Einwilligung der Eltern genügt. Sollte dies der Fall sein, befand er sich in einem auf der Ebene der Schuld relevanten Verbotsirrtum gem. § 17 StGB. Dabei ist jedoch davon auszugehen, dass A diesen Irrtum als Facharzt für Allgemeinchirurgie hätte vermeiden können, indem er sich vor dem Eingriff hinreichend über die Rechtslage kundig gemacht hätte. Beim vermeidbaren Verbotsirrtum bleibt die Schuld bestehen, aber die Strafe kann gem. § 17 S. 2 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden.

b) Strafbarkeit gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB

Erfolgte die Sterilisation des G in der Form, dass die beiden Samenleiter durchtrennt wurden,¹⁵ ist

¹¹ Siehe etwa Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 223 Rn. 8; Hoyer, in: Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilbd. 1, 11. Aufl. 2019, § 8 Rn. 25; Otto, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. 2005, § 15 Rn. 11; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 223 Rn. 32 ff. Im Detail unterscheiden sich die Lösungsansätze.

¹² BGHSt 11, 111 (112); 64, 69 (73).

¹³ Etwa Grünewald, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 223 Rn. 72 ff.; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 13 Rn. 27; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 302; Zieschang, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2022, Rn. 284.

¹⁴ Zieschang, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2022, Rn. 284.

¹⁵ So ist es in der Entscheidung des BGH bezüglich P beschrieben. Hier wird angenommen, dass auch die Sterili-

davon auszugehen, dass A dafür ein medizinisches Instrument benutzte.¹⁶ Hier stellt sich nun die in der Entscheidung des 1. Strafsenats des BGH überhaupt nicht angesprochene Frage, ob sich A möglicherweise auch wegen gefährlicher Körperverletzung in Form der Benutzung eines gefährlichen Werkzeugs gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB strafbar gemacht hat.

Der BGH hat zu der bis 1998 geltenden Vorgängerregelung zur gefährlichen Körperverletzung (§ 223a StGB a.F.)¹⁷ die Auffassung vertreten, beim gefährlichen Werkzeug sei zu verlangen, dass es zu Angriffs- oder Verteidigungszwecken verwendet werde, was beim medizinischen Heileingriff – ob indiziert oder auch nicht – im Hinblick auf das bestimmungsgemäß eingesetzte chirurgische Gerät nicht der Fall sei, sodass die Qualifikation insofern ausscheide.¹⁸ Da in § 223a StGB a.F. die Waffe der Oberbegriff war und das Messer sowie andere gefährliche Werkzeuge dafür lediglich Beispielsfälle darstellten, hatte der BGH daraus die Voraussetzung hergeleitet, dass ein gefährliches Werkzeug einer Waffe vergleichbar sein müsse. Das sei nur der Fall, wenn der Täter den Gegenstand bei einem Angriff oder Kampf zu Angriffs- oder Verteidigungszwecken benutzt, was bei einem bestimmungsgemäß benutzten Skalpell oder einer zahnärztlichen Zange zu verneinen sei.¹⁹ Dieser Rechtsprechung ist nun aber der 4. Strafsenat des BGH für § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB – jedenfalls für den medizinisch nicht indizierten Heileingriff – mit seinem Beschluss vom 19.12.2023 entgegengetreten.²⁰ Insofern argumentiert der BGH vor allem mit dem Wortlaut des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB, wonach das gefährliche Werkzeug kein Beispiel mehr für eine Waffe sei, sondern umgekehrt der Oberbegriff. In Abgrenzung zur Waffe setze danach ein gefährliches Werkzeug gerade nicht mehr voraus, generell zum Einsatz als Angriffs- oder Verteidigungsmittel bestimmt zu sein.²¹ Diese Entscheidung des 4. Strafsenats des BGH überzeugt.²² Sie berücksichtigt den Wortlaut und Telos des Gesetzes, denn die in § 224 StGB pönalisierte besonders gefährliche Begehungsweise kann auch bei der Benutzung eines chirurgischen Geräts, das bestimmungsgemäß von einer ärztlichen Behandlungsperson verwendet wird, bestehen. Dabei ist § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB auch richtigerweise anwendbar, wenn eine medizinische Indikation vorlag, denn es kommt nur auf die hervorgerufene tatsächliche körperliche Beeinträchtigung

sation des G auf diese Art und Weise durchgeführt wurde.

¹⁶ Siehe zur Sterilisation <https://www.familienplanung.de/verhuetung/verhuetungsmethoden/sterilisation-des-mannes/#:~:text=Bei%20der%20sogenannten%20„Non%2DScalpel,Veröden%20oder%20mit%20Tetanclips%20verschlossen> (12.6.2024).

¹⁷ § 223a Abs. 1 a.F. StGB hatte folgenden Wortlaut: „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.“ Diese Vorschrift wurde durch das 6. StrRG vom 26.1.1998 (BGBl. I 1998, S. 164) durch den heutigen § 224 Abs. 1 StGB ersetzt.

¹⁸ BGH NJW 1978, 1206 (zahnärztliche Zange); siehe auch BGH, Urt. v. 24.5.1960 – 5 StR 521/59 (Skalpell). Aus dem Schrifttum etwa Engländer, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 224 Rn. 7; Wolters, in: SK-StGB, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, § 224 Rn. 17; kritisch zu dieser Rechtsprechung u.a. Grünwald, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 224 Rn. 22; Hardtung, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 50. Ein gefährliches Werkzeug ist aber von der Rechtsprechung bejaht worden bei der Spritzenanwendung durch einen nur angeblich zugelassenen Heilkundigen; BGH NStZ 1987, 174; siehe insofern auch BGH NStZ-RR 2021, 109 (110).

¹⁹ BGH NJW 1978, 1206.

²⁰ BGH BeckRS 2023, 46571 mit Anm. Klein, ZJS 2024, 605; Kudlich, JA 2024, 607; Nestler, JK 2024, 790; Schiemann, NStZ 2024, 358; Zieschang, JR 2024, 368.

²¹ Siehe zuvor bereits OLG Karlsruhe NStZ 2022, 687; zustimmend u.a. Hecker, JuS 2022, 684; Horter, MedR 2022, 754; Kraatz, NStZ-RR 2023, 65 f.; Lorenz, medstra 2022, 224; Nussbaum, JR 2023, 57; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 14 Rn. 35 ff.; S. T. Vogel, NStZ 2022, 688; ablehnend Bergschneider, StraFo 2023, 244; vgl. auch BayObLG BeckRS 2024, 5578.

²² Siehe dazu im Einzelnen Zieschang, JR 2024, 368 (369 ff.).

an.²³ Hier wurde nun durch den Eingriff mit einem medizinischen Instrument die Fortpflanzungsfähigkeit des G aufgehoben. Daher ist auch § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB zu bejahen.

c) Strafbarkeit gem. § 226 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4, Abs. 2 StGB

A hat durch den Eingriff bei G die Zeugungsfähigkeit aufgehoben. Problematisch könnte jedoch sein, ob tatsächlich von einem Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit i.S.d. § 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB auszugehen ist. So bestimmt § 1830 Abs. 2 S. 3 BGB, dass bei der Sterilisation stets der Methode der Vorzug zu geben ist, die eine Refertilisierung zulässt. Fraglich ist also, ob § 226 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4 StGB in Bezug auf G bejaht werden kann, falls A eine solche Methode gewählt haben sollte.

Der BGH führt aus,²⁴ die in § 226 Abs. 1 StGB bezeichneten Folgen müssten von längerer Dauer sein.²⁵ Dies sei nicht mit Unheilbarkeit gleichzusetzen. Es genüge, wenn die Behebung oder nachhaltige Verbesserung des krankhaften Zustands nicht abgesehen werden kann. Für die Beurteilung sei im Grundsatz der Zeitpunkt des Urteils maßgeblich. Hier nun erfolgte die Sterilisation am 14.4.2016. Das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts München I ist datiert auf den 29.6.2023. Vor diesem Hintergrund von über sieben Jahren Dauer kann demnach die Langwierigkeit bejaht werden.

Dennoch könnte § 226 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4 StGB möglicherweise scheitern: Angenommen, durch eine Operation könnte die Fortpflanzungsfähigkeit wiederhergestellt werden, was gar nicht so unwahrscheinlich ist,²⁶ stellt sich nämlich das Problem, ob der gefahrspezifische Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge entfällt, wenn sich das Opfer theoretisch einer Operation unterziehen könnte, dies aber verweigert. Der BGH hat in Bezug auf § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB entschieden, es komme nicht darauf an, ob das Opfer eine ihm mögliche medizinische Behandlung nicht wahrgenommen hat.²⁷ Es widerspreche „jeglichem Gerechtigkeitsempfinden“, eine Art Obliegenheit des Opfers zu konstruieren, sich Heilmaßnahmen zu unterziehen, um dem Täter eine höhere Strafe zu ersparen.²⁸ Danach wäre also eine mögliche Operation unbeachtlich.

Gegenüber dieser pauschalen Sicht sind jedoch erhebliche Bedenken anzumelden.²⁹ Voraussetzung für die Annahme eines erfolgsqualifizierten Delikts ist, dass sich die spezifische Gefahr des Grunddelikts in der schweren Folge realisiert. Daran fehlt es, falls das Opfer oder Dritte eigenverantwortlich in den Geschehensablauf eintreten, was im Übrigen der BGH an anderer Stelle auch so sieht.³⁰ In der Konsequenz ist der gefahrspezifische Zusammenhang zu verneinen, wenn eine freiverantwortliche Entscheidung des Opfers gegen eine mögliche Operation erfolgt.

Im vorliegenden Fall war G jedoch einwilligungsunfähig und damit nicht in der Lage, eine eigenverantwortliche Entscheidung gegen oder zugunsten einer Operation zu treffen. Daher scheitert der gefahrspezifische Zusammenhang insoweit nicht. Auf der anderen Seite ist aber zu beachten, dass die Eltern des G dessen Betreuer waren. Sollten sie nun die Refertilisation verweigern, kann darin

²³ Dazu Zieschang, JR 2024, 368 (371).

²⁴ Er erörtert dies im Zusammenhang mit dem Patienten P, was aber für die hier interessierende Frage keine Rolle spielt.

²⁵ Siehe auch schon BGH BeckRS 2019, 28816; BGH BeckRS 2023, 23529.

²⁶ Siehe <https://klinik-am-ring.de/urologie/leistungen/operationen/infos-zur-vasovasostomie/refertilisierung-beim-mann-sehr-erfolg-versprechend/> (12.6.2024). Danach liegt in den ersten drei Jahren die Erfolgsquote bei über 90 Prozent. Im Anschluss nimmt sie ab, bis sie nach 10 bis 15 Jahren dann 70 Prozent beträgt.

²⁷ BGHSt 62, 36 (40 f.).

²⁸ BGHSt 62, 36 (40).

²⁹ Siehe bereits Zieschang, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2022, Rn. 357; kritisch zu BGHSt 62, 36 auch etwa Eisele, JuS 2017, 893 (894 f.); Grünwald, NJW 2017, 1764 f.

³⁰ Siehe etwa BGH NJW 1992, 1708; BGH NStZ 2008, 278 (in Bezug auf § 227 StGB).

eine eigenverantwortliche Entscheidung und ein selbständiges Dazwischentreten eines Dritten erblickt werden, was den gefahrspezifischen Zusammenhang aufhebt.³¹ § 226 StGB wäre dann entgegen der Auffassung des BGH zu verneinen.

Folgt man hingegen der Ansicht der Rechtsprechung, dass die Verweigerung einer Operation den gefahrspezifischen Zusammenhang nicht aufhebt, ist darauf hinzuweisen, dass A die Sterilisation des G herbeiführen wollte, sodass § 226 Abs. 2 StGB gegeben ist, der den Fall regelt, dass der Täter hinsichtlich der schweren Folge mit *dolus directus* 1. oder 2. Grades handelt.

d) Konkurrenzfragen

Nimmt man an, dass § 226 StGB verwirklicht ist, bedarf es noch des Eingehens auf die Konkurrenzen: Was das Verhältnis zwischen § 223 StGB und § 226 StGB anbetrifft, enthält § 226 StGB sämtliche Merkmale der Körperverletzung gem. § 223 StGB und zusätzliche weitere Merkmale, die zu einer Erhöhung der Strafe führen. § 226 StGB ist eine Qualifikation des § 223 StGB. Die Qualifikation ist nun aber *lex specialis* zum Grundtatbestand, sodass § 223 StGB hinter die vollendete schwere Körperverletzung zurücktritt.

Problematischer ist das Konkurrenzverhältnis von § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB zu § 226 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4, Abs. 2 StGB. Hier ist zu beachten, dass § 224 StGB an die besondere Gefährlichkeit der Begehung der Körperverletzung anknüpft, während § 226 StGB den schweren Erfolg der Körperverletzung qualifiziert. Zudem ist es vorstellbar, dass der Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit auch ohne die Verwirklichung des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB herbeigeführt wird.³² Vor diesem Hintergrund wird man zwischen § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB und § 226 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4, Abs. 2 StGB nicht Gesetzeskonkurrenz,³³ sondern Tateinheit anzunehmen haben.³⁴ Dazu neigt inzwischen auch der BGH.³⁵ A war folglich in Bezug auf den Patienten G zu verurteilen gem. §§ 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, 226 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4, Abs. 2, 52 StGB, sofern man § 226 StGB bejaht.

2. Die Sterilisation des Patienten P

a) Strafbarkeit gem. § 223 StGB

Im Hinblick auf die Sterilisation des P verwirklicht A unproblematisch den objektiven Tatbestand des § 223 StGB. Eine medizinische Indikation lag bei P jedenfalls nicht vor, sodass auch diejenigen Autoren den objektiven Tatbestand bejahen müssen, die diesen ansonsten bei einem Heileingriff verneinen. Auch der subjektive Tatbestand ist erfüllt. Der vorliegende *error in persona* hat aufgrund der Gleichwertigkeit der Rechtsgüter keine Auswirkungen auf den Vorsatz. Es handelt sich um einen unbeachtlichen Motivirrtum. Mangels objektiv vorliegender Einwilligung in die Sterilisation ist die Tat auch

³¹ Nach § 1829 Abs. 2 BGB bedarf die Nichteinwilligung des Betreuten in einen ärztlichen Eingriff u.a. dann der Genehmigung des Betreuungsgerichts, wenn die Maßnahme medizinisch angezeigt ist und die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute aufgrund des Unterbleibens einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet. Zur Entlassung des Betreuers siehe § 1868 BGB.

³² So ist es denkbar, dass der Täter bei seinem Opfer mit der Hand eine Hodentorsion herbeiführt, die sich so erheblich auswirkt, dass der Betreffende unfruchtbar wird.

³³ So aber BGHSt 21, 194 (195); Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafrecht, 30. Aufl. 2023, § 224 Rn. 12.

³⁴ In diese Richtung u.a. auch Grünwald, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 226 Rn. 40.

³⁵ BGH NSTZ 2021, 138 (zumindest für § 226 Abs. 1 StGB); in diese Richtung auch BGH NSTZ-RR 2017, 173; siehe ebenfalls BGH BeckRS 2023, 13216; BGH NSTZ-RR 2023, 247.

rechtswidrig.

Soweit A irrtümlich von der Einwilligung der Eltern ausging, ist dies kein Fall des Erlaubnistatbestandsirrtums, sondern eine Konstellation des § 17 StGB, da eine Einwilligung der Eltern im Hinblick auf § 1817 Abs. 2 BGB ohnehin nicht genügt hätte. Dieser Irrtum ist aber wiederum als vermeidbar anzusehen, sodass die Schuld gegeben ist, aber die Strafe gemildert werden kann.

b) Strafbarkeit gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB

Es kann weitgehend auf die obigen Ausführungen zu § 224 StGB verwiesen werden. Hier war die Sterilisation noch dazu jedenfalls nicht medizinisch indiziert. Der *error in persona* ist wiederum unbeachtlich, eine Einwilligung lag nicht vor. Der vermeidbare Verbotsirrtum führt gem. § 17 S. 2 StGB zu einer fakultativen Strafmilderung. In der Entscheidung des 1. Strafsenats ist indessen § 224 StGB gar nicht angesprochen.

c) Strafbarkeit gem. §§ 226 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4, Abs. 2, 22, 23 StGB

Besondere Aufmerksamkeit verdient der Beschluss des BGH im Hinblick auf die versuchte schwere Körperverletzung zum Nachteil des P.

Der BGH stellt fest, dass die schwere Körperverletzung nicht vollendet sei, da es an der „Langwierigkeit“ der schweren Folge fehle. So sei die Zeugungsfähigkeit des P zwei Wochen nach der Sterilisation – nicht ausschließbar – wiederhergestellt worden. Es erscheint zutreffend, dass der BGH mit den schweren Folgen des § 226 StGB das Erfordernis der längeren Dauer verbindet. Es kommt schon in der Gesetzesfassung zum Ausdruck, wenn dort Begriffe benutzt werden wie „verliert“, „dauernd“ sowie „verfällt“. Eine solche Interpretation stellt zudem eine sinnvolle Begrenzung der mit einer relativ hohen Strafdrohung versehenen Vorschrift dar.

Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus dem Verbrechenscharakter des § 226 Abs. 1, Abs. 2 StGB.³⁶ Darauf hinzuweisen ist, dass die Strafzumessungsvorschrift des § 226 StGB gem. § 12 Abs. 3 StGB nichts am Verbrechenscharakter der Vorschrift ändert.

A wollte bei P die Sterilisation herbeiführen und hatte folglich Tatentschluss i.S.d. § 226 Abs. 2 StGB. Der *error in persona* hat wiederum keine Auswirkungen auf den Vorsatz. Mit dem Eingriff hat A auch nach seiner Vorstellung von der Tat i.S.d. § 22 StGB zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar angesetzt. Mangels wirksamer Einwilligung ist A nicht gerechtfertigt. Der etwaige Verbotsirrtum ist vermeidbar und führt zu einer fakultativen Strafmilderung.

Fraglich ist, ob A strafbefreiend zurückgetreten ist. Ein Rücktritt kommt aber nach herrschender Meinung von vornherein dann nicht in Betracht, wenn ein fehlgeschlagener Versuch vorliegt.³⁷ Die Ausführungen des BGH zu dieser Frage machen die besondere Bedeutung der Entscheidung aus.

Ein Versuch ist fehlgeschlagen, wenn der Täter erkennt oder zumindest annimmt, dass er im unmittelbaren zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln die Vollendung der Tat nicht mehr herbeiführen kann.³⁸ Ein solcher Fall ist hier nicht gegeben. Hätte A das Geschehen ungehindert fortlaufen lassen, wäre ab dem Zeitpunkt, in dem von einer Langwierigkeit der Folge gesprochen werden kann, die Vollendung eingetreten. A erkannte, dass die

³⁶ Vgl. §§ 12 Abs. 1, 23 Abs. 1 Var. 1 StGB.

³⁷ BGHSt 39, 221 (228); *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 77 ff.; gegen diese Figur etwa *Fahl*, GA 2014, 453.

³⁸ Etwa BGH NStZ 2005, 263 (264); BGH NStZ 2013, 156 (157 f.); *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 37 Rn. 15; *Zieschang*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2023, Rn. 536.

Vollendung herbeiführbar war.

Hier handelt es sich jedoch um eine andere Konstellation, bei der ein Fehlschlag diskutiert wird: Ist von einem solchen auch dann auszugehen, wenn der Täter erkennt, dass ihm ein *error in persona* unterlaufen ist und die Tatvollendung für ihn daher sinnlos ist?

Es geht etwa um den Fall, dass T sich auf die Lauer legt, um O zu töten. Als eine Person des Weges kommt, hebt T die Waffe und zielt, da er glaubt, es handele sich um O. Im letzten Moment erkennt T jedoch, dass es nicht O ist, sondern der Passant X. T senkt die Waffe und verschwindet. Zu nennen ist auch der vom RG entschiedene Fall, in dem der Täter zunächst irrtümlich glaubte, einen roten Gummiball stehlen zu können, der aber in Wirklichkeit eine Holzkugel war, was der Täter erkannte und die Kugel nicht mitnahm.³⁹ Insofern handelt es sich um unbeendete Versuche, bei denen der Täter den *error* erkennt. In Betracht kommt dies aber auch beim beendeten Versuch. Die Abwandlung des erstgenannten Beispielsfalls soll dies verdeutlichen: T schießt auf die Person, und eilt zu ihr. Hier nun entdeckt T, dass es sich gar nicht um O, sondern um X handelt, der verletzt ist und sterben wird, sofern keine Hilfe erfolgt. Auch im Fall des BGH liegt ein beendeter Versuch vor: A erkannte, dass ihm eine Personenverwechslung unterlaufen war und P seine Fortpflanzungsfähigkeit dauerhaft verliert, wenn keine Gegenmaßnahmen eingeleitet werden.

Ob in solchen Konstellationen ein Fehlschlag vorliegt, der den Rücktritt ausschließt, ist im Schrifttum umstritten. Teilweise wird vertreten, sowohl beim beendeten als auch beim unbeendeten Versuch sei bei einem erkannten *error in persona* kein den Rücktritt ausschließender Fehlschlag anzunehmen; vielmehr könne der Täter i.S.d. § 24 StGB zurücktreten.⁴⁰ Andere Autoren differenzieren und meinen, beim unbeendeten Versuch liege ein Fehlschlag vor, beim beendeten Versuch hingegen komme ein Rücktritt in Betracht.⁴¹ Schließlich wird im Schrifttum davon ausgegangen, dass beim erkannten *error in persona* sowohl in Fällen des unbeendeten als auch des beendeten Versuchs ein Fehlschlag anzunehmen sei.⁴²

Der BGH muss sich nur zum beendeten Versuch äußern und vertritt insofern die Auffassung, dass ein Fehlschlag zu verneinen sei. „Tat“ i.S.d. § 24 Abs. 1 StGB sei die Tat im sachlich-rechtlichen Sinne, also die in den gesetzlichen Straftatbeständen umschriebene tatbestandsmäßige Handlung und der tatbestandsmäßige Erfolg. Ein Rücktritt setze daher nur ein Abstandnehmen oder ein Verhindern der Vollendung dieses gesetzlichen Tatbestands voraus. Die vorherige Erreichung außertatbestandlicher Ziele sei unschädlich. Dies gelte auch in Fällen eines sinnlos gewordenen Tatplans.⁴³ Die „Tat“ sei hier die vom Tatbestand des § 226 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4 StGB umschriebene Verursachung der Zeugungsunfähigkeit einer Person. Diese Tat sei nicht fehlgeschlagen, sondern wäre – hätte der A den Dingen seinen Lauf gelassen – zum Nachteil des P zur Vollendung gelangt. Die Identität des Patienten betraf lediglich außertatbestandliche Motive des A. Ob A von seinem Entschluss, den Patienten G zu sterilisieren, (endgültig) abgerückt ist, sei somit unerheblich. Bei Annahme eines Fehlschlags werde der Tatbegriff i.S.d. § 24 StGB verkannt. Dies wahre auch den Opferschutz, da für den Täter ein Anreiz geschaffen werde, die Tatvollendung nach Bemerken eines *error in persona* noch aktiv zu verhindern.

³⁹ RGSt 39, 37.

⁴⁰ Feltes, GA 1992, 395 (413); B. Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 777; in der Tendenz auch Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 1031.

⁴¹ Etwa Brand/Wostry, GA 2008, 611 (615 ff.); Engländer, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 24 Rn. 24 f.; Murmann, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 125; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 37 Rn. 23 f.

⁴² So etwa Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 24 Rn. 11; Fischer, Strafgesetzbuch, 71. Aufl. 2024, § 24 Rn. 8; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, 2003, § 30 Rn. 94 ff.; Seier, JuS 1978, 692 (694 f.).

⁴³ BGH BeckRS 2024, 10222 Rn. 11; siehe auch schon BGH NSTZ 2008, 275 (276).

Diese Darlegungen des BGH überzeugen. Sie werden dem Wortlaut des § 24 StGB gerecht. Es geht in § 24 StGB entscheidend um die Aufgabe der „Tat“ im materiell-rechtlichen Sinn, also vorliegend um § 226 StGB, nicht aber um die Identität des Opfers. Den Erfolgseintritt bei § 226 StGB hat nun aber der A verhindert. Nicht maßgeblich sind die außertatbestandlichen Motive, sondern die konkret in Rede stehende gesetzliche Strafbestimmung. In der Konsequenz gilt dies dann aber nicht nur beim beendeten, sondern auch beim unbeendeten Versuch. Der Begriff der Tat i.S.d. § 24 StGB ist in beiden Fällen einheitlich zu bestimmen. Hinzu kommt, dass der vom BGH erwähnte Aspekt des Opferschutzes auch beim unbeendeten Versuch greift, denn tatsächlich bleibt das „falsche Opfer“ verschont. Soweit im Schrifttum zugunsten der Annahme des Fehlschlags ausgeführt wird, der Vorsatz beziehe sich in einem solchen Fall auf die individuelle Person und nicht auf irgendeinen Menschen,⁴⁴ müsste das letztlich zur Konsequenz haben, dass der error in persona schon Auswirkungen auf den Tatbestandsvorsatz hat. So wie er aber zutreffend bei Gleichwertigkeit der Rechtsgutobjekte für den Vorsatz unbeachtlich ist, unterbindet er umgekehrt nicht den Rücktritt.⁴⁵ Erkennt der Täter also den error in persona, der ihm unterlaufen ist, ist ihm sowohl beim beendeten als auch beim unbeendeten Versuch mangels Fehlschlags der Rücktritt gem. § 24 StGB eröffnet.

Der Rücktritt vom hier vorliegenden beendeten Versuch verlangt gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB das freiwillige Verhindern der Vollendung der Tat. Was unter dem „Verhindern“ zu verstehen ist, wird bekanntlich unterschiedlich beurteilt.⁴⁶ Dieser Streit braucht hier nicht entschieden zu werden, da auch nach der engsten Ansicht, die optimale Verhinderungsbemühungen verlangt,⁴⁷ ein Verhindern vorlag, indem A den Geschädigten P an einen Spezialisten für Refertilisation vermittelte.⁴⁸

Problematisch ist schließlich, ob A freiwillig handelte. Das Landgericht hatte die Freiwilligkeit verneint, da sich der Tatplan auf G bezogen und A seine Bemühungen entfaltet habe, nachdem er erkannt hatte, dass er einem error in persona unterlegen war. Auch im Schrifttum gibt es Stimmen, die es für vertretbar erachten, mit Hilfe des Sinnlosigkeitskriteriums die Freiwilligkeit zu verneinen.⁴⁹ Der BGH indessen hält für maßgeblich, ob A noch „Herr seiner Entschlüsse“ war. Nicht maßgeblich sei der bei Beginn bestehende Tatplan, sondern der Rücktrittshorizont. Um zu prüfen, ob A noch eine eigene autonome Entscheidung treffen konnte, verweist der BGH an eine andere Kammer des Landgerichts zurück, damit dort insofern Feststellungen getroffen werden können.

Die Rechtsprechung⁵⁰ und herrschende Meinung im Schrifttum⁵¹ legen zur Beurteilung der Freiwilligkeit zutreffend eine psychologisierende Betrachtungsweise zugrunde. Es kommt dabei nicht darauf an, ob die Motive zur Tataufgabe sittlich billigenswert sind, der Täter also zur Rechtsordnung zurückkehrt.⁵² Maßgeblich ist allein, ob der Täter nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung

⁴⁴ Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 94.

⁴⁵ Siehe auch Feltes, GA 1992, 395 (413).

⁴⁶ Siehe die Übersicht zum Streitstand bei Zieschang, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2023, Rn. 565 ff.

⁴⁷ Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 13. Aufl. 2021, § 23 Rn. 40.

⁴⁸ Gewisse Zweifel an einem „optimalen“ Handeln könnte man nur deswegen hegen, da A offenbar unmittelbar nach der Tatentdeckung zunächst versuchte, seine Tat zu verschleiern bzw. zu bagatellisieren, bis er die Tat dann umfassend offenbarte und den Geschädigten an einen Refertilisierungsexperten vermittelte (BGH BeckRS 2024, 10222 Rn. 15). Zumindest hat A aber eine neue Kausalkette in Gang gesetzt, die für die Nichtvollendung der Tat mitursächlich war, was nach dem BGH ohnehin genügt; siehe etwa BGH NSTZ-RR 2010, 276 (277). Der Täter kann auch die Hilfe Dritter hinzuziehen; BGH BeckRS 2018, 27079.

⁴⁹ Siehe Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 15. Aufl. 2023, § 37 Rn. 26. Freiwilligkeit ablehnend auch Jäger, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 24 Rn. 22.

⁵⁰ BGHSt 35, 184.

⁵¹ Siehe Murmann, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 258 ff.; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 53. Aufl. 2023, Rn. 1070 ff.

⁵² Zieschang, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2023, Rn. 560.

aus autonomen oder heteronomen Gründen agiert, also selbst- oder fremdbestimmt handelt. Ein etwaiger vorheriger Tatplan ist dabei nicht entscheidend. Hier könnte man nun an der Freiwilligkeit zweifeln, da sich der Täter nach Erkennen des error in persona einer wesentlich anderen Sachlage gegenüberieht; entscheidungsbestimmende Faktoren erweisen sich als nicht vorhanden.⁵³ Eine solche Betrachtung würde aber den Rücktritt zu sehr einengen. Tatsächlich ist es so, dass sich ein Täter, nachdem er den error in persona erkannt hat, noch autonom entscheiden kann, ob er die Tat im materiell-rechtlichen Sinn dennoch durchführt (unbeendeter Versuch) oder den Dingen seinen Lauf lässt (beendeter Versuch), sollte nicht aus anderen Gründen die Freiwilligkeit scheitern. Auch bei der Frage nach der Freiwilligkeit sind außertatbestandliche Ziele unbeachtlich, denn es geht nur um die Tat im materiell-rechtlichen Sinn. Insoweit überzeugt es, dass der BGH die Freiwilligkeit des Rücktritts beim erkannten error in persona grundsätzlich für möglich hält. Richtigerweise hat bereits das RG in dem erwähnten Holzkugelfall⁵⁴ einen freiwilligen Rücktritt bejaht.⁵⁵

In der hier erörterten Konstellation muss das neue Tatgericht klären, ob aus anderen Gründen die Freiwilligkeit entfällt. So stellt sich die Frage, ob A nach dem Hinweis einer Mitarbeiterin auf die Verwechslung noch eine autonome Entscheidung treffen konnte, die Refertilisation zu veranlassen, oder er sich durch Aufdeckung der Tat dazu gezwungen sah.

d) Konkurrenzen

Sollte Unfreiwilligkeit vorliegen, macht sich A in Bezug auf P nach den §§ 226 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Var. 1 StGB in Tateinheit mit § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB strafbar. § 224 StGB verdrängt § 223 StGB.

Ist A hingegen von der versuchten schweren Körperverletzung freiwillig zurückgetreten, verbleibt die Strafbarkeit nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB. Der BGH hat indessen § 224 StGB nicht angesprochen, sondern nur § 223 StGB.

V. Fazit

Die Entscheidung des BGH ist hochinteressant und sehr examensrelevant. Sie berührt Fragen des erfolgsqualifizierten Delikts der schweren Körperverletzung, nimmt vor allem aber auch zum Problem des Fehlschlags oder Rücktritts beim vom Täter erkannten error in persona Stellung. Insbesondere diese Erwägungen des 1. Strafsenats des BGH vermögen zu überzeugen.

⁵³ Siehe zu diesen Formulierungen Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 24 Rn. 47.

⁵⁴ Siehe den Text bei Fn. 39.

⁵⁵ RGSt 39, 37 (40).

Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23 (LG Neuruppin)¹

Zueignung eines Tiefladers – zur Konkretisierung des Zueignungserfolges der Unterschlagung

1. Die Manifestation des Zueignungswillens reicht für eine Zueignung i.S.d. § 246 Abs. 1 StGB nicht aus. Jedoch kann dies ein Beweisanzeichen für den subjektiven Tatbestand darstellen.
2. Eine vollendete Zueignung gem. § 246 Abs. 1 StGB kommt nur in Betracht, wenn der Täter sich die Sache oder den in ihr verkörperten Wert tatsächlich zumindest vorübergehend aneignet und den Eigentümer dauerhaft enteignet.
3. In dem bloßen Unterlassen einer geschuldeten Rückgabe von sicherungsübereigneten Sachen liegt keine vollendete Zueignung, weil dieses Verhalten keine tiefergehende Beeinträchtigung der Eigentümerbefugnisse begründet.

(Leitsätze des Verf.)

StGB § 246 Abs. 1

Wiss. Mitarbeiter Tim Stephan, Köln*

I. Einleitung

Der Unterschlagungstatbestand gem. § 246 Abs. 1 StGB wird im Gegensatz zum deutlich klausur-relevanten Diebstahlsdelikt gem. § 242 Abs. 1 StGB im Grundstudium sowie der Examensvorbereitung nur selten ausgiebiger beleuchtet. Für das Verständnis der Eigentumsdelikte im Allgemeinen ist es jedoch bedeutsam, auch den „Auffangtatbestand“ der Unterschlagung nachzuvollziehen. Hierbei wird nicht nur das Verhältnis zwischen den verschiedenen Zueignungsdelikten für Studierende klarer, sondern auch die Bearbeitung von Sachverhalten, die im strafrechtlichen Bagatellbereich spielen, einfacher. Anlass zur erneuten Befassung mit dem Unterschlagungstatbestand gibt insbesondere eine aktuelle Entscheidung des 6. Strafsenats des BGH, die eine Neupositionierung zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „zueignet“ darstellt. Nachdem in die der Entscheidung zugrundeliegende Problematik eingeführt wird (II.), soll der entschiedene Sachverhalt vorgestellt werden (III.), bevor sich kritisch mit den Ergebnissen und insbesondere der Argumentation des Senats auseinandergesetzt (IV.) und ein Fazit gezogen wird (V.).

II. Einführung in die Problematik

§ 246 Abs. 1 StGB ist ein voraussetzungsarmes Delikt: Ein Täter verwirklicht den Tatbestand, wenn sich dieser eine fremde bewegliche Sache rechtswidrig *zueignet*. Ungeachtet der Voraussetzung einer

* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik von Prof. Dr. Anja Schiemann an der Universität zu Köln.

¹ Der Beschluss ist abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=6%20StR%20191/23&nr=136473> sowie abgedruckt in NSTZ 2024, 287.

fremden beweglichen Sache ist Dreh- und Angelpunkt des Straftatbestandes das (normative) Tatbestandsmerkmal „zueignet“ und dessen inhaltliche Akzentuierung. Der Verhaltensbereich, der durch das Delikt als strafbewehrt gekennzeichnet wird, hängt demnach maßgeblich an dem strafrechtlichen Verständnis einer Zueignung. Das StGB gibt jedoch nur bedingt Aufschluss darüber, wie der Begriff ausgestaltet ist. Es verwundert insoweit nicht, dass bereits seit Jahrzehnten umstritten ist, wie der Zueignungsbegriff im Gefüge des grundsätzlich als subsidiäres Delikt konzipierten § 246 Abs. 1 StGB auszulegen ist, bzw. genauer: was die Merkmale eines Zueignungserfolges sind.²

1. Der Zueignungsbegriff im Strafrecht

Diese Frage erlangt jedoch nicht isoliert in Bezug zu § 246 Abs. 1 StGB Bedeutung. Im System der Eigentumsdelikte sind auch § 242 Abs. 1 StGB (Diebstahl) und § 249 Abs. 1 StGB (Raub) als sog. Zueignungsdelikte zu qualifizieren. Beide Straftatbestände fordern die – bei § 249 Abs. 1 StGB mittels Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben – Wegnahme einer fremden beweglichen Sache in der *Absicht*, sich die Sache rechtswidrig zuzueignen. Die Zueignung hat hierbei also nur auf subjektiver Tatbestandsseite Bedeutung. Eine Zueignung ist beabsichtigt, wenn sich der Täter die eigentümerähnliche Herrschaftsmacht über die Sache anmaßen will,³ indem er den Eigentümer dauerhaft enteignet und sich die Sache oder den Sachwert zumindest vorübergehend aneignet.⁴

Wird der Wortlaut des § 246 Abs. 1 StGB herangezogen, so ist im deutlichen Unterschied zu dem Diebstahlsdelikt erkennbar, dass nicht nur das Vorliegen eines Zueignungswillens vorausgesetzt wird.⁵ Die Zueignung wird ausdrücklich als objektives Tatbestandsmerkmal verstanden – und ist die maßgebliche Tathandlung des Unterschlagungstatbestandes.⁶ Demnach müsste sich ein Täter eine eigentümerähnliche Herrschaftsmacht über die (fremde) Sache anmaßen, indem er den Eigentümer dauerhaft enteignet und sich die Sache oder den Sachwert zumindest vorübergehend aneignet. Der Wortlaut scheint klar auf dieses Normverständnis hinzudeuten.

Dieses wortlautgetreue Verständnis des Zueignungsbegriffs wurde bzw. wird jedoch oftmals als zu eng erachtet.⁷ Berücksichtigt man den Charakter der Unterschlagung als Auffangtatbestand, der grundsätzlich subsidiär zu § 242 Abs. 1 StGB zur Anwendung kommen soll, so erscheint eine Verkürzung des Anwendungsbereiches allein auf Fälle, die eine schwere Eigentumsbeeinträchtigung begründen, auf erste Sicht überzogen.

Dies zum Anlass nehmend wurde bereits früh eine extensive Auslegung der Zueignung vertreten. Anhänger dieses Ansatzes lassen zunächst jedes menschliche Verhalten als objektiven Anknüpfungspunkt genügen, soweit sich durch das Verhalten der Wille zur Zueignung *offenbart*.⁸ Innerhalb dieses

² Vgl. Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 15 Rn. 22.

³ Vgl. Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 242 Rn. 10: „Herrschaftswille“; Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 54.

⁴ Statt aller Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2024, § 242 Rn. 30.

⁵ So auch Kargl, ZStW 103 (1991), 136 (136).

⁶ Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2024, § 242 Rn. 30; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 5 Rn. 19; Schmidt, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 246 Rn. 4.

⁷ Vgl. Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, § 6 Rn. 325; in die Richtung wohl auch Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 5 Rn. 21 ff.; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 246 Rn. 6; die Hintergründe für die extensive Auslegung der h.M. ebenfalls erkennend Joecks/Jäger, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2020, § 246 Rn. 8: „Zumindest zur alten Fassung war festzustellen, dass die h.M. versuchte, den Tatbestand in seinen Einzelmerkmalen relativ weit auszulegen, um Strafbarkeitslücken zu schließen“.

⁸ Vgl. zur Manifestationslehre in der Literatur Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2024, § 246 Rn. 4; Heger, in:

Lagers ist einzig strittig, welche Umstände bei der Bewertung, ob sich durch ein Verhalten hinreichend der Zueignungswille manifestiert, zu berücksichtigen sind (sog. Manifestationslehren).⁹

Dass eine Willensmanifestation für eine Tatbestandsverwirklichung ausreicht und gerade kein spezifischer Zueignungserfolg zu fordern ist, wird damit begründet, dass es sich bei der Zueignung um ein Merkmal handle, das objektive und subjektive Merkmale in sich vereine. Es müsse insoweit bei § 246 Abs. 1 StGB allein in Bezug auf das Merkmal „zueignet“ die typische Trennung zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand unterbleiben, während der Vorsatz hinsichtlich der restlichen Merkmale (fremde bewegliche Sache sowie Rechtswidrigkeit der Zueignung) im subjektiven Tatbestand zu prüfen ist.¹⁰

2. Bisherige Rechtsprechungslinie

In der frühen Rechtsprechung des Reichsgerichtshofes¹¹ bzw. Bundesgerichtshofes¹² fand dieser Ansatz einer extensiven Auslegung des Zueignungserfolges Anklang: Demnach muss nicht die Handlung selbst das Vorliegen eines Zueignungswillens (objektiv) indizieren, sondern es genüge bereits, dass das zugrundeliegende Verhalten bei Kenntnis des Täterwillens diesem zugeordnet werden kann.¹³ Ob sich durch das Verhalten ggf. auch anderweitige Beweggründe des Täters manifestieren könnten, ist für die Qualifikation als Zueignungsverhalten unbeachtlich – entscheidend ist, ob sich bei Betrachtung aller Tatumstände ein Zueignungswille „offenbart und bestätigt“¹⁴. Steckt sich z.B. ein Täter eine gefundene Sache in die Tasche, so kann ex post dieses Verhalten als Zueignung gewertet werden, soweit im Rahmen eines Strafverfahrens anhand anderer Umstände festgestellt werden kann, dass er mit Zueignungswillen handelte.¹⁵

Jüngst bewegte sich allerdings auch die Rechtsprechung hin zu einer restriktiveren Auslegung.¹⁶ Neuerdings muss sich der Zueignungswille durch ein Verhalten so objektivieren, dass dieser bereits bei Betrachtung der Verhaltensweise selbst *zweifelsfrei* erkennbar ist. Eine Zueignung kann sich nur durch klare objektive Umstände manifestieren – andere, außerhalb des unmittelbaren Tatgeschehens vorliegende Umstände dürfen keine Berücksichtigung bei der normativen Bewertung des Verhaltens finden. Eine Zueignung sei z.B. aus objektiver Perspektive unzweifelhaft in Fällen zu erkennen, bei denen der Täter die Sache vor dem Eigentümer verborgen hält, den Besitz ableugnet oder der Sachwert durch den Gebrauch erheblich vermindert wird.¹⁷

3. Ansätze innerhalb der Literatur

Der Rechtsprechungslinie steht seit jeher eine Palette an Ansätzen gegenüber, die für einen Zueignungserfolg i.S.d. § 246 Abs. 1 StGB ein konkretes Zueignungsereignis fordern. Grundgedanke dieser

Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 246 Rn. 4.

⁹ Siehe für einen Überblick über die verschiedenen Ansätze der Manifestationslehren Börner, Die Zueignungsdogmatik der §§ 242, 246 StGB, 2004, S. 120 ff.

¹⁰ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 5 Rn. 5 f.

¹¹ RGSt 4, 404 (405); 63, 376 (378); 67, 70 (75).

¹² BGHSt 14, 39 (41).

¹³ Vgl. hierzu Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2024, § 246 Rn. 4; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 246 Rn. 4.

¹⁴ BGHSt 2, 317 (318).

¹⁵ Für dieses Beispiel vgl. Vogel/Brodowski, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 246 Rn. 23.

¹⁶ BGH NJW 1987, 2242 (2243); BGH NStZ-RR 2006, 377 (377 f.); OLG Düsseldorf NStZ 1992, 298 (299).

¹⁷ BGH NJW 1987, 2242 (2243); bestätigend BGH NStZ 2019, 473 (473).

Ansätze ist der bereits genannte: Bei strenger Betrachtung der Strafvorschrift erscheint es contra legem, statt einer tatsächlich eingetretenen Zueignung einer fremden Sache allein eine Kundgebung des konkreten Willens zu fordern. Der Wortlaut des § 246 Abs. 1 StGB verwendet den Begriff der Manifestation selbst nicht und lässt auch nicht unmittelbar den Schluss zu, dass eine Zueignung mit der reinen *Manifestation* des (Zueignungs-)Willens gleichzusetzen wäre. Den Manifestationslehren wird vorgeworfen, dass sie keine kohärente rechtsdogmatische Antwort auf die Frage nach der Deutung des Zueignungsbegriffs bereithalten, sondern vielmehr ein methodisches Instrument zur richterlichen Entscheidung von Einzelfällen sind; ein nach außen manifestierter Zueignungswille ließe die Vermutung einer Eigentumsverletzung zu, begründe eine solche aber nicht unbedingt.¹⁸

Die den Manifestationslehren gegenüberstehenden Alternativen, die in der Rechtswissenschaft angeboten werden, können unter dem Sammelbegriff der „objektivierenden Theorien“ geordnet werden.¹⁹ Vertreter dieser Ansätze wollen unter Zugrundelegung des von § 246 Abs. 1 StGB zu schützenden Rechtsgutes objektiv-erfolgsbezogene Merkmale bei den Anforderungen an eine Tatbestandsverwirklichung betonen. Hierdurch soll die Reichweite der Norm durch eine einschränkende Auslegung des entscheidenden Tatbestandsmerkmals auf Verhaltensweisen mit hinreichendem Unrechtscharakter beschränkt werden.²⁰

Während alle objektivierenden Ansätze auf dieser (Grund-)Prämisse beruhen, ist jedoch trotzdem noch umstritten, welches Element der Sachzueignung – die dauerhafte Enteignung oder die vorübergehende Aneignung der Sache – für die Zueignungsvollendung von größerer Bedeutung ist. Die sog. Enteignungslehren heben die Enteignungskomponente hervor und fordern für eine Tatbestandsverwirklichung einen Zustand, in dem – neben der vorübergehenden Sachaneignung des Täters – der Eigentümer dauerhaft und endgültig die Möglichkeit, die Sache zu nutzen, verliert.²¹ Eine vollendete Zueignung bestehe demnach nur bei dem Verlust des Eigentums durch die Weiterveräußerung der Sache an einen gutgläubigen Dritten, den endgültigen, sachvernichtenden bzw. sachwertauflösenden Verbrauch der Sache oder dem Tod des Eigentümers. Dieser streng am Wortlaut orientierte Ansatz limitiere jedoch den Anwendungsbereich der (vollendeten) Unterschlagung erheblich und sei deswegen nach den sog. Enteignungsgefahrlehren nur bedingt brauchbar.²² Für Vertreter dieser Strömung liegt ein Zueignungserfolg bereits in der konkreten *Gefährdung* der dauerhaften Enteignung; die Zueignung sei bereits vollendet, soweit aller Wahrscheinlichkeit nach die endgültige Verdrängung des Eigentümers aus der Herrschaftsposition (unmittelbar) bevorsteht bzw. die Zugriffsmöglichkeit des Eigentümers auf die Sache erheblich verschlechtert wird.²³ Die sog. Aneignungslehren stellen im Kern darauf ab, inwiefern die Sache bzw. der Sachwert zumindest vorübergehend in das Täter- oder Drittvermögen einverleibt wurde; das Verhalten des Täters bzw. eines unbefugten Dritten

¹⁸ Vgl. zu dieser Kritik an den Manifestationslehren insbes. Bärner, Die Zueignungsdogmatik der §§ 242, 246 StGB, 2004, S. 136 f.; dieser Gedanke findet sich auch in der Entscheidung des *Senats* wieder, vgl. BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 10.

¹⁹ Zur Systematisierung der verschiedenen Ansätze siehe Bärner, Die Zueignungsdogmatik der §§ 242, 246 StGB, 2004, S. 141 ff.

²⁰ Hohmann, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 246 Rn. 30.

²¹ So z.B. Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 246 Rn. 20, der nur eine tatsächlich eingetretene dauernde Enteignung neben einer mindestens vorübergehenden Aneignung für eine Tatbestandsverwirklichung ausreichen lässt; vgl. auch Kargl, ZStW 110 (1991), 136 (140 ff.).

²² Zu dem Vollendungsproblem siehe Vogel/Brodowski, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 246 Rn. 21, 25; Hohmann, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 246 Rn. 34; Samson, JA 1990, 5 (7): „beträchtliche Unsicherheit“; ebenso Mitsch, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 3. Aufl. 2015, S. 170, der bemängelt, dass der Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens i.S.d § 22 StGB zu weit hinausgezogen wird.

²³ Hohmann, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 246 Rn. 39; Androulakis, JuS 1968, 409 (415); siehe auch Degener, JZ 2001, 388 (398 f.): „Veränderung, die eine dauernde Verdrängung des Eigentümers befürchten lässt“.

muss einen wirtschaftlich sinnvollen Umgang mit der Sache darstellen.²⁴ Die dauerhafte Enteignung müsse dagegen nicht *realiter* vorliegen, sondern muss sich nur in dem darauf bezogenen Vorsatz erschöpfen.²⁵

Während der bereits seit Jahrzehnten geführte Diskurs um die strafrechtsdogmatisch vorzugswürdige Auslegung eingestaubt erscheint,²⁶ haucht die hier vorgestellte Entscheidung diesem wieder Leben ein. In der Folge soll unter Berücksichtigung des bisherigen, vielfältigen Meinungsstandes die Entscheidung des 6. Strafsenats eingeordnet werden.

III. Sachverhalt (vereinfacht)

Der Sachverhalt kann angesichts der beschränkten Angaben nur grob skizziert werden, jedoch hat sich wohl Folgendes zugetragen:

Der Angeklagte hatte mit der T. AG einen Miet- oder Leasingvertrag vereinbart, wodurch dem Angeklagten der rechtmäßige Gebrauch eines im Eigentum der T. AG stehenden Tiefladers überlassen wurde. Zu einem späteren Zeitpunkt wurde gegenüber dem Angeklagten das Insolvenzverfahren eröffnet. In der Folge hat der Angeklagte jedoch dem Insolvenzverwalter die Existenz und den Standort des Tiefladers verschwiegen und es zudem unterlassen, der T. AG die Herausgabe des Tiefladers anzubieten. Erst ein Jahr später gelang es einer durch die T. AG beauftragten Person, den Tieflader wieder sicherzustellen.

Das Landgericht verurteilte den Angeklagten wegen veruntreuender Unterschlagung in fünf Fällen, wegen Vorenthaltens von Arbeitnehmerbeiträgen in fünf Fällen und wegen Insolvenzverschleppung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten.

IV. Die Entscheidung des 6. Strafsenats und ihre Bewertung

Der 6. Strafsenat kam zu dem Ergebnis, dass eine Verurteilung wegen veruntreuender Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1, 2 StGB in dem oben skizzierten Sachverhalt keinen Bestand haben kann. Hierbei begründet der Senat seine Entscheidung damit, dass der Angeklagte mit seinem Verhalten bei Zugrundelegung der durch den Senat vertretenen Definition der Zueignung den Tatbestand des § 246 Abs. 1 StGB nicht verwirklicht habe.²⁷ Eine Zueignung liege vor, „wenn der Täter sich die Sache oder den verkörperten Wert in sein Vermögen wenigstens vorübergehend einverleibt und den Eigentümer dauerhaft von der Nutzung ausschließt“.²⁸

Eine vollendete Zueignung sicherungsübereigneter Sachen (hier: der Tieflader) sei danach nicht bereits durch das bloße Unterlassen der geschuldeten Rückgabe anzunehmen.²⁹ Der Angeklagte habe nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens weder dem nun Verfügungsberechtigten Insolvenzverwalter (vgl. § 80 Abs. 1 InsO) noch dem Leasingunternehmen T. AG Informationen über die Existenz und den Standort des Tiefladers gegeben oder die Herausgabe angeboten. Dies begründe an sich jedoch noch keine tiefergehende Beeinträchtigung der Eigentümerbefugnisse – und damit auch keinen Zueig-

²⁴ Samson, JA 1990, 5 (9); Tenckhoff, JuS 1970, 723 (727).

²⁵ Samson, JA 1990, 5 (9).

²⁶ Die letzte Monografie, die sich mit dem Zueignungsbegriff des § 246 StGB befasste, wurde 2005 veröffentlicht, siehe Kauffmann, Zur Identität des strafrechtlichen Zueignungsbegriffes, 2005.

²⁷ BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 4.

²⁸ BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 5.

²⁹ BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 12.

nungserfolg i.S.d. § 246 Abs. 1 StGB.³⁰

Im weiteren Verlauf befasst sich der *Senat* genauer mit der Frage, was für Anforderungen an den Zueignungserfolg gem. § 246 Abs. 1 StGB zu stellen sind. Hierbei betont der *Senat*, dass im Rahmen der Zueignung die Enteignungskomponente in den Mittelpunkt zu rücken habe: Als Mindestbedingung setze eine Zueignung voraus, „dass die Befugnisse des jeweiligen Eigentümers – also sein Nutzungs- oder sein Ausschlussrecht aus § 903 S. 1 BGB – beeinträchtigt werden“³¹.

Begriffslogisch deutet die Nutzung der Wörter „einverleibt“ und „ausschließt“ darauf hin, dass beide Verhaltensfolgen tatsächlich eintreten müssen. Der *Senat* macht hierbei deutlich, dass eine irgendwie geartete Gefahrenlage des fremden Eigentums (im Sinne der Enteignungsgefahrlehren) für eine vollendete Zueignung nicht ausreicht.³² Das Gleiche gilt auch für die bisherige Rechtsprechungslinie, für die jedes von einem Zueignungswillen getragene Verhalten genügte. Der *Senat* äußert sich hierzu klar:

„Eine bloße Manifestation des Zueignungswillens genügt nicht [...]“.³³

Hierbei führt der *Senat* jedoch auch aus, wieso eine Zueignung des Tiefladers im konkreten Fall selbst bei Zugrundelegung der bisherigen Rechtsprechungslinie ausgeschlossen sei. Danach sei für eine Unterschlagung sicherungsübereigneter Gegenstände mehr als das Unterlassen der Rückgabe nach dem Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erforderlich. Vielmehr müssen zusätzliche Umstände (z.B. das Verbergen des Gegenstandes oder der Weitergebrauch) hinzutreten, die den Zueignungswillen manifestieren.³⁴ Solche Umstände sind jedoch nicht erkennbar. Insbesondere ergeben die Verhandlungen zwischen dem Angeklagten und der T. AG über die Herausgabe des Tiefladers nichts Gegenteiliges, da diese noch vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgebrochen worden sind und der Angeklagte zu diesem Zeitpunkt noch nicht seine Verfügungsbefugnis über den Tieflader verloren hatte.³⁵ Die Ausführungen des 6. *Strafsenats* zu der von ihr vertretenen Rechtsansicht hinsichtlich des Zueignungserfolges spielten insoweit für die Entscheidung selbst keine Rolle und sind dahingehend als *obiter dictum* zu werten.

Trotz dieses Umstands beinhaltet die Begründung der abweichenden Rechtsansicht des *Senats* interessante Gedankengänge hinsichtlich des Inhaltes einer Zueignung gem. § 246 Abs. 1 StGB. Der *Senat* kommt zu seiner Begriffsbestimmung durch eine Anwendung der gängigen juristischen Auslegungsmethoden. Insoweit bietet sich die Lektüre der Entscheidung für Studierende als gute Wiederholung der bekannten juristischen Auslegungsarten an, die bei Stellungnahmen in einer juristischen Klausur zu nutzen sind. Hierbei beschränkt sich die Analyse aus Platzgründen auf die in den Entscheidungsgründen anklingenden Argumente.

1. Wortlaut des § 246 Abs. 1 StGB

Beginnend mit dem Wortlaut spreche für das Erfordernis eines Zueignungserfolges, dass der Gesetzgeber ausdrücklich fordere, dass sich der Täter die Sache „zueignet“.³⁶ Es muss also ein äußerlich

³⁰ BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 12.

³¹ BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 9.

³² So auch *Hahn*, NStZ 2024, 287 (289).

³³ BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 5.

³⁴ BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 13.

³⁵ BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 13.

³⁶ BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 6.

wahrnehmbares Ereignis, die Zueignung, tatsächlich eingetreten sein. Entgegen der bisherigen Rechtsprechung entpuppt sich die Unterschlagung demnach als ein Erfolgsdelikt.³⁷

Diese Schlussfolgerung wird durch einen Vergleich mit anderen Erfolgsdelikten offensichtlich; für einen Totschlag gem. § 212 Abs. 1 StGB wird bei Betrachtung des Wortlautes auch gefordert, dass der Tötungserfolg in einem vom Verhalten getrennten Umstand (Tod einer Person) liegen muss. Der Wortlaut spricht demnach dafür, dass ein konkret-spezifischer, objektiver Sachverhalt vorliegen muss.³⁸

Dieser Umstand verdeutlicht zudem, dass die Manifestationslehren sich vom gesetzlich vorgesehenen Grundfall so weit wegbewegen, dass das Unterschlagungsdelikt einen völlig neuen Inhalt aufweist. In anschaulicher Weise zeigt bereits *Kauffmann*, dass die Manifestationslehren zweifellos nicht aus dem Gesetzestext ableitbar sind: Der Wortlaut des § 246 Abs. 1 StGB müsste bei strenger Anwendung der bisherigen Rechtsprechungslinie wie folgt lauten:

„Wer eine fremde bewegliche Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zueignen will und diesen Willen in einer äußeren Handlung manifestiert, wird [...] bestraft.“³⁹

Mehr müsste für eine vollendete (!) Unterschlagung nicht vorliegen.

In der Absolutheit kann der Wortlaut jedoch bei genauerem Hinsehen nicht die vom *Senat* geführte These begründen. Denn der Wortlaut begründet streng genommen nur die These, dass ein (objektiver) Zueignungserfolg eintreten muss. Worin sich dieser objektive Erfolg erschöpfen muss, wird hierdurch nicht begründet. Die Worthülse „zueignet“ kann demnach auch für einen Zueignungserfolg sprechen, der sich bereits in der konkreten Gefahr einer Zueignung erschöpft. Insoweit müssen weitere Auslegungsmethoden berücksichtigt werden, um den von § 246 Abs. 1 StGB geforderten Zueignungserfolg genauer zu ermitteln.

2. Historische Auslegung

Besonders interessant sind die Ausführungen des *Senats* zu den historischen Hintergründen des Unterschlagungsdelikts. Angesichts der nur kursorischen Ausführungen innerhalb der Entscheidungsgründe, soll die Gesetzgebungsgeschichte zum Verständnis des Lesers ausgiebiger nachgezeichnet werden.

Ursprünglich war eine Deliktsverwirklichung nur möglich, wenn ein Täter „eine fremde bewegliche Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet.“⁴⁰ Hierbei wurde in der Literatur gestritten, inwiefern der Tatbestand voraussetzte, dass der Täter zum Zeitpunkt der Zueignung bereits den Gewahrsam an der Sache inne haben musste oder die Gewahrsamserlangung mit dem Moment der Zueignung zusammenfallen konnte.⁴¹ Die Vertreter der letzten Ansicht sahen das Tatbestandsmerkmal als verunglückte Formulierung, die ursprünglich zur Abgrenzung zu dem einen

³⁷ Die Unterschlagung als Erfolgsdelikt anerkennend *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 246 Rn. 3; *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 246 Rn. 1; Vertreter der Manifestationslehren sehen entsprechend ihres Verzichtes auf einen Zueignungserfolg die Unterschlagung als reines Tätigkeitsdelikt, vgl. *Wittig*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2024, § 246 Rn. 3; OLG Köln NStZ 2009, 84 (84).

³⁸ Vgl. auch *Duttge/Fahnenschmidt*, ZStW 110 (1998), 884 (894); *Kargl*, ZStW 103 (1991), 136 (136 f.).

³⁹ *Kauffmann*, Zur Identität des strafrechtlichen Zueignungsbegriffes, 2005, S. 138 f.

⁴⁰ § 246 Abs. 1 StGB a.F.

⁴¹ Siehe hierzu *Sinn*, NStZ 2002, 64 (64 ff.).

Gewahrsamsbruch voraussetzenden Diebstahl bestimmt war.⁴² Soweit die Gewahrsamsklausel nicht korrigiert werde, seien Zueignungen, die ohne (Gewahrsams-)Bruch stattfinden, tatbestandslos.⁴³ Um der Restriktion des Anwendungsbereiches entgegenzutreten, wurde hierbei eine sog. *große berichtende Auslegung* vorgenommen, die den Wirkungsgehalt der Gewahrsamsklausel relativierte.

Die sog. Gewahrsamsklausel wurde mit dem 6. StrRG aus der Vorschrift entfernt. Ausgangspunkt der gesetzgeberischen Entscheidung war hierbei die – auch von den Befürwortern der berichtenden Auslegung geteilte – Sorge vor erheblichen Strafbarkeitslücken.⁴⁴ Die rechtsmethodische Korrektur der Gewahrsamsklausel durch eine extensive Auslegung wurde als nicht dauerhaft haltbar erachtet,⁴⁵ weshalb sich gesetzgeberisch für die Streichung entschieden wurde.⁴⁶ Der Gesetzgeber legalisierte insoweit die große berichtende Auslegung.⁴⁷ Dadurch sollte sich § 246 Abs. 1 StGB zu einem Auffangtatbestand aller Formen rechtswidriger Zueignungen fremder beweglicher Sachen – insbesondere auch Zueignungen ohne Gewahrsamsbezug – entwickeln.⁴⁸

Der 6. *Strafsenat* begreift die Strafgesetzsänderung offensichtlich als defizitär und sieht sich zu der von ihm vorgenommenen Auslegung durch den Wegfall der Gewahrsamsklausel veranlasst. Dies wird vom *Senat* aus folgenden Gründen als zwingend notwendig erachtet:

„Um nach der Gesetzesänderung die Tathandlung und den Vollendungszeitpunkt unter Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes (Art. 103 Abs. 2 GG) zu konkretisieren und die Grenze der Versuchsstrafbarkeit (§ 246 Abs. 3 StGB) konturieren zu können, ist der Unterschlagungstatbestand – und damit notwendigerweise das Tatbestandsmerkmal ‚zueignet‘ – auf tatsächliche Eigentumsbeeinträchtigungen zu beschränken.“⁴⁹

Während der *Senat* überzeugt ist, dass auch die Gesetzgebungsgeschichte für seine Auslegung spricht, so ist dieser Auffassung zu widersprechen. Der *Senat* vermischt einerseits teleologisch-analytische Ausführungen zu der (normativen) Folgewirkung der Änderung mit historisch-deskriptiven Erläuterungen zum Willen des Gesetzgebers in Bezug auf die Ausgestaltung des Unterschlagungstatbestandes. Werden allein die Hintergründe des 6. StrRG betrachtet, erscheint es widersprüchlich, mit Wegfall der Gewahrsamsklausel eine (strafbarkeits-)begrenzende Auslegung des Merkmals „zueignet“ zu erwägen. § 246 Abs. 1 StGB sollte sich durch die Tatbestandsänderung zu einem Auffangtatbestand aller Eigentumsdelikte entwickeln⁵⁰ – und damit den (strafrechtlichen) Schutz des Eigentums unter-

⁴² Vgl. Duttge/Fahnenschmidt, ZStW 110 (1998), 884 (888 f.).

⁴³ Zu dieser Erwägung und den Hintergründen der Änderung durch das 6. StrRG siehe Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 15 Rn. 9.

⁴⁴ Vgl. Hohmann, NSTZ 2013, 161 (161); Duttge/Fahnenschmidt, ZStW 110 (1998), 884 (893 ff.).

⁴⁵ BT-Drs. 13/8587, S. 43: „Durch diese Einschränkungen entstehen Strafbarkeitslücken, die durch eine ausdehnende Auslegung der Vorschrift nicht oder nur mit erheblichen Schwierigkeiten überbrückt werden können“.

⁴⁶ Zum 6. StrRG und der „großen berichtenden Auslegung“ des § 246 a.F. siehe Wolters, JZ 1998, 397 (399).

⁴⁷ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 246 Rn. 10a; Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 15 Rn. 10; anders jedoch Duttge/Fahnenschmidt, ZStW 110 (1998), 884 (898): „So kann einmal keineswegs angenommen werden, nun sei zwar nicht die kleine, wohl aber die ‚große berichtende Auslegung‘ Gesetz geworden“.

⁴⁸ BT-Drs. 13/8587, S. 43 f.

⁴⁹ BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 7.

⁵⁰ In der Gesetzesbegründung wird dieses Verständnis des Unterschlagungstatbestandes klar benannt, BT-Drs. 13/8587, S. 43: „Vielmehr wird die Unterschlagung als ein Auffangtatbestand behandelt, der alle Formen rechtswidriger Zueignung fremder beweglicher Sachen umfasst [...]“.

mauern⁵¹. Insoweit deutet die Stoßrichtung der Gesetzgebungsänderung auf die Beibehaltung einer extensiven Auslegung hin.

3. Systematische Erwägungen

Der *Senat* widmet sich zudem der Frage, inwiefern eine systematische Auslegung sein Verständnis des Zueignungserfolges stützt.

a) Die Zueignungsabsicht des Diebstahls setze voraus, dass der Täter dauerhaft die Nutzungsmöglichkeit des Eigentümers ausschließt und sich die Sache oder den Wert zumindest vorübergehend einverleiben will. Hierbei entspreche „der in § 242 Abs. 1 StGB verwendete Begriff der Zueignung [...] demjenigen des § 246 Abs. 1 StGB.“⁵²

Begriffslogisch erscheint es zielführend, dem Strafrecht ein einheitliches Zueignungsverständnis zugrunde zu legen, um Wertungswidersprüche innerhalb des Systems der Eigentumsdelikte zu vermeiden. Eine Zueignung i.S.d. § 246 Abs. 1 StGB erfasst insoweit das gleiche Verhalten, nur dass hierbei nicht nur die Vorstellung der Begehung ausreicht, sondern eine reale Verhaltensdurchführung erforderlich wird.⁵³ Aus systematischen Erwägungen ist dem *Senat* zuzustimmen – und den Manifestationslehren eine Absage zu erteilen.

b) Die Schlussfolgerungen über den genauen Inhalt der unterschlagungstatbestandlichen Zueignung haben hierbei erhebliche Auswirkungen auf die Abgrenzung zwischen versuchten und vollendeten Unterschlagungen. Bei Anwendung der Manifestationslehren und dem dadurch ausgeweiteten Feld an Sachverhaltskonstellationen, die bereits zu einem frühen Begehungsstadium zu einer vollendeten Unterschlagung führen, besteht die Gefahr einer Verschmelzung des Versuchs- und Vollendungsstadium der Unterschlagung und damit gleichzeitig einer Entwertung der gesetzlich festgeschriebenen Versuchsstrafbarkeit gem. § 246 Abs. 3 StGB.⁵⁴

Wird der Zueignungserfolg erst durch den Eintritt der dauerhaften Enteignung erreicht, kann bis zu diesem Zeitpunkt ein Täter nicht für eine *vollendete* Unterschlagung bestraft werden. Die dauerhafte Enteignung erfordert hierbei nicht nur, dass eine tatsächliche Verdrängung des Eigentümers aus seiner Position vorübergehend geschieht, sondern vielmehr endgültig eintritt. Insoweit wäre eine dauerhafte Enteignung – und damit eine vollendete Unterschlagung – nur möglich, wenn (a) die Sache völlig verbraucht oder bis zur dauerhaften Funktionslosigkeit gebraucht wird, (b) der Eigentümer stirbt oder (c) eine Verfügung über die Sache dazu führt, dass das Eigentum über die Sache an einen Dritten wirksam übergeht.⁵⁵ Beeinträchtigt der Täter durch sein Verhalten die Nutzungsmöglichkeiten des Eigentümers i.S.d. § 903 S. 1 BGB, ist jedoch die Wiedererlangung der Sache durch den Eigentümer noch möglich, so käme eine dauerhafte Enteignung streng genommen (noch) nicht in Betracht.⁵⁶

Obwohl der *Senat* für eine Zueignung einen *dauerhaften* Nutzungsausschluss fordert, relativiert er diese Grundvoraussetzung später selbst. Eine vollendete Zueignung sei z.B. bereits gegeben, wenn

⁵¹ Siehe zu der Überlegung eines umfassenden strafrechtlichen Schutzes m.w.N. *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht*, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 15 Rn. 10.

⁵² BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 8.

⁵³ Vgl. BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 8.

⁵⁴ Vgl. zur Missachtung der § 246 Abs. 3 StGB und § 22 StGB durch die Manifestationslehren *Degener*, JZ 2001, 388 (395); *Hoyer*, in: *SK-StGB*, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 246 Rn. 20; siehe auch *Hoven*, NJW 2024, 1050 (1052).

⁵⁵ Zu der Möglichkeit einer dauerhaften Enteignung durch eine Sachverfügung des Täters siehe auch *Hahn*, NStZ 2024, 287 (289).

⁵⁶ Anders jedoch *Vogel/Brodowski*, in: *LK-StGB*, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 246 Rn. 32, die für eine Vollendung allein auf den Beginn der Enteignung abstellen wollen.

die Sache durch den Täter verborgen wird. Solange die Sache jedoch nicht zerstört ist, kann der Eigentümer, soweit er wieder auf die Sache zugreifen kann, trotzdem noch von seiner Nutzungsmöglichkeit Gebrauch machen. Würde der *Senat* die vorher postulierte Enteignungsvoraussetzung ernst nehmen, käme allein eine versuchte Unterschlagung in Betracht.

Insoweit verkürze eine restriktive Auslegung, die den Eintritt einer *dauerhaften* Enteignung fordere, den Anwendungsbereich (der vollendeten Unterschlagung) erheblich.⁵⁷ Dies ist jedoch in Kauf zu nehmen. Als Zueignungserfolg eine dauernde Enteignung zu fordern, ermöglicht eine klare Abgrenzung zwischen der Versuchs- und Vollendungsstrafbarkeit. Massive Strafbarkeitslücken, die durch eine restriktive Auslegung des Zueignungserfolges entstehen könnten, werden sich angesichts der in § 246 Abs. 3 StGB vorzufindenden Strafbarkeit der versuchten Unterschlagung nicht ergeben.⁵⁸

c) Die Versubjektivierung des Tatbestandsmerkmals „Zueignung“ bei § 246 Abs. 1 StGB ist nicht nur bei Betrachtung des im Diebstahl vorzufindenden Zueignungsbegriffs sowie der Unterscheidung zwischen dem Versuchs- und Vollendungsstadium systemwidrig, sondern führt auch zu einem Bruch mit gängigen strafrechtlichen Grundprinzipien – der Unterscheidung zwischen objektiven und subjektiven Tatelementen.⁵⁹ Während nach dem Grundgedanken eines Tatstrafrechts das *konkrete Verhalten* zur Unterscheidung zwischen strafrechtlich relevantem sowie (noch) irrelevantem Geschehen ausschlaggebend sein sollte, wird bei Anwendung der Manifestationslehren der Vorsatz das entscheidende Kriterium auf dem Weg zur Tatbestandsvollendung.⁶⁰ Eine qualitative Überprüfung des Unrechtsgehalts des konkreten (Zueignungs-)Verhaltens ist schlichtweg nicht erforderlich.⁶¹ Hierzu betont bereits *Kargl*, dass der Tatbestand bei Anwendung der Manifestationslehren von einer Objektivierung der Zueignungshandlung weit entfernt ist und vielmehr der Weg zum Gesinnungsstrafrecht geebnet wird.⁶²

Der Versuchung, im Schwerpunkt das Vorliegen einer (straftatbezogenen) Gesinnung zur Begründung hinreichenden Unrechts ausreichen zu lassen, muss widerstanden werden. Es muss stets ein Verhalten vorliegen, das (objektiv) rechtlich zu missbilligen ist.⁶³ Will die typische Unterscheidung zwischen objektiven und subjektiven Elementen beibehalten werden, so erscheint es unumgänglich, in § 246 Abs. 1 StGB einen (objektiven) Zueignungserfolg zu fordern, dem ein darauf bezogener (subjektiver) Zueignungsvorsatz gegenübersteht.⁶⁴ Auch in dieser Hinsicht ist dem *Senat* – trotz seiner teils verwirrenden Zuordnung der Argumentationsstränge zu den verschiedenen Auslegungsmethoden – zuzustimmen.

4. Teleologische Erwägungen

Abschließend geht der *Senat* auf die teleologische Auslegungsmethode ein. Er stellt hierzu klar:

⁵⁷ Vgl. *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, § 6 Rn. 325; *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 3. Aufl. 2015, S. 170.

⁵⁸ So auch *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 246 Rn. 20; a.A. *Heinrich*, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 15 Rn. 22, der hierzu jedoch keine inhaltlichen Argumente nennt.

⁵⁹ *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 246 Rn. 11; *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 246 Rn. 11.

⁶⁰ *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 246 Rn. 11; *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 246 Rn. 21.

⁶¹ Pointiert *Kauffmann*, Zur Identität des strafrechtlichen Zueignungsbegriffes, 2005, S. 140.

⁶² *Kargl*, ZStW 103 (1991), 136 (140).

⁶³ Siehe auch *Hoven*, NJW 2024, 1050 (1052): „Für die Annahme eines rechtsgutsverletzenden Erfolgs ist [...] die Vornahme eines tatsächlich verletzenden Akts notwendig“.

⁶⁴ So auch *Vogel/Brodowski*, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 246 Rn. 28; *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 246 Rn. 7.

„So ist bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals ‚zueignet‘ die Begrenzung des Strafrechts als ‚ultima ratio‘ zu beachten (vgl. Hohmann/Sander, aaO, Rn. 9). Eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung muss somit in jedem Fall zum Schutz des Eigentums erforderlich sein; dieser Vorgabe ist durch eine präzise Beschreibung des Unrechts des § 246 StGB – die nach dem 6. StrG nur durch das (einzige) Tatbestandsmerkmal ‚zueignet‘ erfolgen kann – Rechnung zu tragen.“⁶⁵

Der *Senat* bezieht sich insoweit auf zwei Aspekte, die bei der rechtswissenschaftlichen Analyse des (veränderten) Unterschlagungstatbestandes regelmäßig kritisiert werden: Einerseits die Berücksichtigung der Funktion des Strafrechts als ultima ratio und die Pflicht des Gesetzgebers, Straftatbestände hinreichend bestimmt bzw. bestimmbar zu gestalten.

Zuvor muss jedoch angemerkt werden, dass der Schlussfolgerung des *Senats*, die Forderung eines Zueignungserfolges werde auch durch eine Auslegung anhand des Normzwecks gestützt, nur unter Zugrundelegung bestimmter Prämissen gefolgt werden kann. Soweit allein der Grundgedanke eines möglichst umfassenden Eigentumsschutzes durch den *Senat* zugrunde gelegt wird, erscheint die Anwendung einer extensiven Auslegung (entsprechend der Enteignungsgefährdungslehre oder der engen Manifestationslehre) zur Erreichung des Normzweckes konsequenter; nur diese Ansätze können einen absoluten Eigentumsschutz gewähren, indem bereits in frühen Stadien einer – wenn auch nur abstrakten – Gefahr der Beeinträchtigung des Nutzungs- oder Ausschließungsrechts die strafrechtlichen Schutzmechanismen greifen.⁶⁶ Hierbei ist jedoch überhaupt fraglich, inwiefern die ratio legis der Zueignungsdelikte und in concreto des § 246 Abs. 1 StGB tatsächlich die Herstellung eines allumfassenden Schutzes des Eigentums ist.⁶⁷ Dieser Frage kann im Rahmen dieser Besprechung nicht nachgegangen werden.

Jedoch kann die Frage nach dem zu fordernden Schutzgehalts nur Geltung erlangen, soweit sich die vorgestellten Ansätze innerhalb der für Strafnormen geltenden rechtsstaatlichen Grenzen bewegen. Die Überlegungen des *Senats* knüpfen an diese Grenzen an.

Der Gesetzgeber muss Strafgesetze so konkret gestalten, dass der Anwendungsbereich eines Verbots von Bürgern zum Zwecke der Verhaltensanpassung erfasst werden kann⁶⁸; Art. 103 Abs. 2 GG hat insoweit eine freiheitsgewährleistende Funktion.⁶⁹ Ohne die durch das 6. StrRG eliminierte Gewahrsamsklausel macht den Tatbestand nur noch das (normative) Merkmal „zueignet“ aus, dass dem Bürger jedoch keinen Aufschluss über das strafrechtlich erfasste Verhalten ermöglicht.⁷⁰ Freilich ist dem Zueignungsbegriff bereits inhärent, dass das strafbewehrte Verhalten nicht unmittelbar in der Lebenswirklichkeit von jedem Laien erkennbar ist; wann jemand einen Menschen i.S.d. § 212 Abs. 1 StGB tötet, ist für den Bürger zunächst ohne eine weitere Auslegung klar. Bereits *Duttge/Fahnenschmidt* haben darauf hingewiesen, dass „[...] das Merkmal der Zueignung [...] sich als solches nicht auf einen auch nur einigermaßen faßbaren Ausschnitt aus der Lebenswirklichkeit bezieht.“⁷¹

Die „Errungenschaft“ der Manifestationslehren, möglichst alle Verhaltensvarianten zu erfassen,

⁶⁵ BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 9.

⁶⁶ Das Ziel, einen totalen Eigentumsschutz zu gewährleisten, hinterfragen insbes. *Duttge/Fahnenschmidt*, ZStW 110 (1998), 884 (910).

⁶⁷ *Heinrich*, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 11 Rn. 2 ff., begründet in ansprechender Weise, wieso insbesondere der Schutz von Eigentum und anderen Vermögenswerten „überspannt“ ist.

⁶⁸ BVerfGE 153, 310 (340 Rn. 74).

⁶⁹ Vgl. BVerfG NJW 2010, 3209 (3210).

⁷⁰ Ausführlich *Duttge/Fahnenschmidt*, ZStW 110 (1998), 884 (916).

⁷¹ *Duttge/Fahnenschmidt*, ZStW 110 (1998), 884 (915).

die auch nur ansatzweise eine weit entfernte, abstrakte Gefahr für das Eigentum darstellen, geht mit dem Verlust der genauen Konturierung des Tatbestandes und damit einem (erheblichen) Verlust an Rechtsstaatlichkeit einher.⁷² Die Flexibilisierung von Straftatbeständen, die in der Folge richterlichen Gerechtigkeitserwägungen zugänglich sind, steht hierbei diametral dem Bestimmtheitsgrundsatz gegenüber.⁷³

Die Ausführungen des *Senats* sind angesichts der allgemeinen, „entgrenzenden“ Tendenz des Strafrechts zu befürworten. Hierzu gehören nicht nur die Gedanken zur ausufernden Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe, sondern auch die geäußerte Kritik hinsichtlich der Verwurzelung des Strafrechts in Lebensbereiche, in denen dies nichts zu suchen hat. Das Strafrecht ist als subsidiärer Rechtsgüterschutz nicht dazu bestimmt oder geeignet, bestimmte Lebenssituationen abschließend zu regulieren. Es soll grundsätzlich als letztes Mittel verwendet werden, soweit das zugrundeliegende Verhalten besonders schwer individuelle oder allgemeine Rechtsgüter verletzt und sich als sozial unerträglich erweist.⁷⁴

Mit der Reduzierung des Tatbestandes durch die im Rahmen des 6. StrRG durchgeführten Änderungen des § 246 Abs. 1 StGB kann allein eine restriktive Auslegung sicherstellen, dass nur Verhalten mit hinreichendem Unrechtscharakter strafrechtlich geahndet wird.⁷⁵ Dies wird durch den *Senat* unter expliziten Verweis auf die Folgen der gesetzlichen Änderungen anerkannt:

„Hingegen würde eine vom Rechtsgut des § 246 StGB losgelöste Interpretation den zulässigen Anwendungsbereich des Strafrechts überdehnen, denn der Unterschlagungstatbestand könnte in Folge des Wegfalls des Gewahrsamserfordernisses Konstellationen erfassen, in denen Eigentümerinteressen nicht einmal abstrakt gefährdet würden [...]“⁷⁶

Bisher wurden unter Zugrundelegung der (engen) Manifestationslehre insbesondere verbale Zueignungsakte (z.B. Abschluss eines Kaufvertrages über eine im fremden Besitz stehende Sache⁷⁷) als bereits vollendete Unterschlagung bewertet. Diese Fälle sind jedoch alltägliche Situationen, in denen keine reale Verletzung bzw. Gefährdung des Eigentums oder, konkreter, der faktischen Nutzungsmöglichkeit dessen zu verorten ist.

Als maßgeblicher Anknüpfungspunkt für die Verletzung bzw. Gefährdung des Eigentums erscheint vielmehr eine gewisse (faktische) Nähe des Täters zur fremden Sache notwendig zu sein. Insoweit ist als Grundgedanke der Überlegungen des *Senats* erkennbar, dass insbesondere bei Vorliegen eines Besitz- bzw. Gewahrsamsverhältnisses des Täters ein tatbestandsrelevantes Verhalten die Nutzungsmöglichkeit des Eigentümers erheblich tangieren kann.⁷⁸ Der *Senat* äußert sich hierzu jedoch nicht explizit.

⁷² Hierzu insbes. *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 246 Rn. 30; vgl. *Degener*, JZ 2001, 388 (393).

⁷³ Vgl. *Hassemer*, ZRP 1992, 378 (381), der die Aufweichung und Reduzierung der gesetzlich bestimmten Auslegungsvorgaben als Kerninstrument des modernen Strafrechts erachtet.

⁷⁴ Siehe *Neumann/Saliger*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vorb. zu § 1 Rn. 168: „[...] Auftrag des Rechtsgüterschutzes bei schwersten Konfliktsituationen“; vgl. zur soziaethischen Verwerflichkeit *Frisch*, NStZ 2016, 16 (24).

⁷⁵ So insbes. *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 246 Rn. 30: „[...] bildet nunmehr eine restriktive Auslegung des Zueignungsbegriffs die einzige Möglichkeit, den außergewöhnlich weit gefassten Tatbestand zu begrenzen und das strafbare Unrecht hinreichend präzise zu bestimmen“.

⁷⁶ BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 9.

⁷⁷ Vgl. *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 3. Aufl. 2015, S. 166; sog. „Fahrradbeispiel“, siehe *Sander/Hohmann*, NStZ 1998, 273 (276).

⁷⁸ Vgl. BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 12.

Der Schlussfolgerung, dass erst ein Näheverhältnis zwischen dem Täter bzw. einem Dritten und der fremden beweglichen Sache Eigentumsinteressen tangieren kann, ist grundsätzlich zuzustimmen.⁷⁹ Allein die Erlangung des Gewahrsams durch den Täter oder einen Dritten kann tatsächlich dazu führen, dass der Eigentümer einerseits das positive Recht des § 903 S. 1 BGB – die Nutzung der Sache – nicht ausüben und andererseits den Täter oder einen Dritten nicht faktisch von der (unberechtigten) Nutzung ausschließen kann. Besitzt der Eigentümer oder ein berechtigter Dritter die Sache, so kommt eine Beeinträchtigung der Rechtsausübung nicht in Betracht. In praxi sind demnach insbesondere verbale Zueignungsakte sowie Verhaltensweisen wie das Ableugnen des Besitzes oder das Unterlassen der Rückgabe, die zu keiner faktischen Veränderung der ursprünglichen Besitzposition führen, nicht tatbestandsmäßig. Eigentumsbeeinträchtigungen dieser Art können hinreichend durch zivilrechtliche Instrumente ausgeglichen werden.

V. Fazit

Obwohl der *Senat* oftmals verschiedene Argumentationslinien miteinander vermischt, kann die Begründung der Position in großen Teilen überzeugen. Gleichwohl wird deutlich, dass hinsichtlich der genauen Akzentuierung des Zueignungserfolges des § 246 Abs. 1 StGB noch Ungenauigkeiten bestehen, die zu einer Konkretisierung einladen.⁸⁰ Insbesondere die Frage nach dem Zeitpunkt, zu dem tatsächlich eine Rechtsgutsbeeinträchtigung vorliegt bzw. unmittelbar bevorsteht, muss weiter untersucht werden.

Unabhängig von den noch bestehenden Lücken ist zusammenzufassen: Die Entscheidung reiht sich in ihrer Argumentation mit den Kritikern der bisherigen Rechtsprechungslinie ein und zeigt eine höchstrichterliche Bereitschaft, sich auch hinsichtlich jahrzehntelang diskutierter Fragen ggf. neu zu positionieren. Ob diese Bereitschaft auf einem allgemeinen, höchstrichterlichen „Umdenken“ beruht oder vielmehr darauf, dass der Vorsitzende des *Senats* (Günther Sander) in der Fachliteratur ein starker Verfechter einer restriktiven Auslegung ist,⁸¹ sei dahingestellt.

Inwiefern die Entscheidung jedoch tatsächlich zu einer Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung führen wird, bleibt wohl noch offen. Ein Divergenzausgleich gem. § 132 Abs. 3 S. 1 GVG ist nicht vonnöten, da in Bezug auf das betreffende Tatgeschehen „weder ein Zueignungserfolg noch ein Manifestationsakt festgestellt ist.“⁸² Somit stehen die konträr verlaufenden Ansichten des 6. *Strafsenats* und der bisherigen Rechtsprechung in Zukunft nebeneinander – und das womöglich für eine beträchtliche Zeit. Denn, hält ein anderer *Senat* an der bisherigen Rechtsprechung fest, so scheidet ein Divergenzausgleich gem. § 132 Abs. 3 S. 1 GVG grundsätzlich aus – eine Vorlage ist nur möglich, wenn die Abweichung für *beide* Entscheidungen erheblich war.⁸³ Die Rechtsfrage kann insoweit nur dann höchstrichterlich geklärt werden, wenn ein *Senat* eine Vorlage gem. § 132 Abs. 4 GVG wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtsfrage anstrengt – hierzu lägen die Voraussetzungen wohl vor.⁸⁴

⁷⁹ Vogel/Brodowski, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 246 Rn. 23, plädieren dafür, dass ein nicht ganz untergeordnetes Herrschaftsverhältnis des Täters über die Sache erforderlich sei und „in diesem beschränkten Sinne [...] das frühere Besitz- oder Gewahrsamserfordernis nunmehr in den Zueignungsbegriff ein[geht]“.

⁸⁰ Insbesondere, wenn den Enteignungsgefahrlehren der Vorzug erteilt wird. Hierzu Hoven, NJW 2024, 1050 (1052).

⁸¹ Vgl. Hohmann/Sander, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 37 Rn. 7 ff.; in die Richtung bereits Hohmann/Sander, NStZ 1998, 273 (276).

⁸² BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 11.

⁸³ Siehe hierzu insbes. Hahn, NStZ 2024, 287 (289).

⁸⁴ Hahn, NStZ 2024, 287 (289).

Buchrezension

Martini, Mario: Verwaltungsprozessrecht und Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 2023, 259 S., 25,90 €.

Kilian L. Scholz, Hannover*

I. Einführung: Das Werk und die besondere Darstellungsform

Lehrbücher aus dem Bereich des Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrechts sind sowohl als kombinierte Grundlagendarstellungen¹ als auch in Form von Einzelwerken² in vielfacher Ausgestaltung verfügbar. Gerade zur Klausuren- und Examensvorbereitung liegen seit geraumer Zeit auch Spezialwerke³ vor, die die Besonderheiten dieser juristischen Lernsituationen mit neuen didaktischen Darstellungsformen unter Berücksichtigung der Erkenntnisse der Lernforschung bedienen wollen.⁴

Einen für den konservativen Leser/die konservative Leserin höchst eigenen, mitunter gar einzigartigen Weg in der Darstellung des Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrechts wählt das Examens-
trainingsbuch von *Martini*, welches nunmehr in der siebten Auflage vorliegt. Es kann zur Gattung der benannten Spezialwerke gezählt werden.

Das Werk sieht der *Autor* selbst als Pionierarbeit im Bereich der Visualisierung. Dies ist keinesfalls zu hoch gegriffen. Im Gegensatz zu klassischen Lehrbüchern liegt der Schwerpunkt nicht in der rein textmäßigen Vermittlung des Grundlagenlehrstoffs aus den beiden Themenbereichen. Vielmehr soll der Leser/die Leserin durch zahlreiche aufeinander aufbauende Grafik-Text-Kombinationen nach dem Baukastenprinzip (angelehnt an die Gestaltung von Flussdiagrammen oder auch Organigrammen) ein systematisches Verständnis über das Gesamtsystem und darauf aufbauend die einzelnen Regelungsbereiche erlangen. Dabei referieren die Grafiken, soweit möglich, stets auf die einschlägigen Vorschriften, sodass das Lernen und Wiederholen unter Heranziehung der Vorschriften erfolgt. Hierbei gelingt es *Martini* hervorragend, auch komplexe Regelungsmaterien übersichtlich und zugleich präzise darzustellen. Dies gelingt auch deshalb besonders gut, weil der *Autor* eine eigene, leicht zugängliche Symbolsystematik einführt, welche die Übersichtlichkeit zusätzlich befördert. Das Werk erschöpft sich jedoch nicht in der grafischen Darstellung, sondern geht darüber hinaus. Zu jedem der dargestellten Themenbereiche treten Erläuterungstexte, welche nach der Sichtung der Grafiken zum tieferen Verständnis beitragen sollen. Sie sind weitgehend in Gestalt der aus Skripten bekannten

* Kilian L. Scholz ist Lehrbeauftragter für u.a. Verwaltungsrecht an verschiedenen Hochschulen, u.a. an der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen (HSVN) in Hannover und Polizeikommissar des Landes Niedersachsen.

¹ Etwa *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 21. Aufl. 2023; *ders.*, Öffentliches Recht, 12. Aufl. 2022; *Suckow/Weidemann/Barthel*, Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtsschutz, 17. Aufl. 2021; *Brühl*, Verwaltungsrecht für die Fallbearbeitung, 9. Aufl. 2018; sehr empfehlenswert *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht, Gesamtwerk in zwei Bänden, 13./17. Aufl. 2019/2023.

² Für den Bereich des Allgemeinen Verwaltungsrechts *Siegel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2024; *Ehlers/Pünder*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022; *Koch u.a.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2023; für den Bereich des Verwaltungsprozessrechts *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 18. Aufl. 2023; *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2024.

³ Etwa Frage-und-Antwort-Bücher wie *Will*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2022 oder problemzentrierte Lehrbücher wie *Hebeler/Spitzlei*, 60 Probleme aus dem Staats- und Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2024.

⁴ Hierzu *Lange*, Jurastudium erfolgreich, 8. Aufl. 2015, insb. S. 162 ff., 329 ff.

Ausführungen verfasst. Dabei fällt positiv auf, dass diese durchgehend am Gesetzestext anknüpfen und so, gleichlaufend zu den Grafiken, das für den Studienerfolg so wichtige gesetzeszentrierte Lernen in den Vordergrund stellen. Die einzelnen Grafiken und Texte sind untereinander durch Seiten-Verweise verbunden, sodass ein zielgerichtetes Nachschlagen erfolgen kann. Der Fußnotenapparat zeigt auf, dass es sich keinesfalls um ein mit heißer Nadel gestricktes Werk handelt, sondern um ein solches besonderer Güte. So wird insbesondere die einschlägige Rechtsprechung auf Bundes- und auch Landesebene umfassend einbezogen. Dies verdient Applaus, sind doch gerade kompakte Lehrbücher bedauerlicherweise dafür bekannt, diese zugunsten der komprimierten Darstellung nachrangig zu berücksichtigen, was das weiterführende Studium unnötig erschwert, weil es die Heranziehung ergänzender Werke erforderlich macht. In die Erläuterungen punktuell eingebaute Beispielfälle runden die Darstellung ab.

II. Adressaten

Als Zielgruppe benennt der *Autor* neben Personen, die sich erstmalig mit dem Verwaltungsrecht befassen, auch Examenskandidaten. Diese Adressierung verdient Zustimmung. Neben angehenden Juristinnen und Juristen erscheint es auch für Studierende an den Verwaltungshochschulen von Bund und Ländern ab dem ersten Semester, spätestens jedoch bei Behandlung des Widerspruchsrechts, besonders geeignet. So zeigte sich durch seitens des Rezensenten zurückliegenden Einsatz in der Lehre in Verwaltungsstudiengängen, dass gerade leistungsschwächere Studierende auch höherer Semester erheblich davon profitieren, für sie bis dahin nicht erkennbare Strukturen mithilfe der Darstellungen besser zu durchdringen. Denn oftmals ist es gerade das fehlende systematische Verständnis, nicht hingegen unzureichendes Detailwissen, welches das Erreichen guter Studienleistungen verhindert.

III. Überblick über den Inhalt

Das Werk beginnt mit allgemeinen Ausführungen zu den Handlungsinstrumenten der öffentlichen Verwaltung (Kapitel A.). Der inhaltliche Schwerpunkt ist jedoch eindeutig verwaltungsprozessrechtlicher Natur. Schlüssig führt das Werk daher bereits in Kapitel B. in das Verwaltungsprozessrecht und das System der verwaltungsrechtlichen Rechtsbehelfe mit den Ausprägungen der förmlichen Widerspruchs- und Klageverfahren ein. Kapitel C. ist dem verwaltungsrechtlichen Widerspruch gewidmet, bevor in Kapitel D. die einzelnen verwaltungsgerichtlichen Klagen dargestellt werden. Hierbei wird klassisch zwischen den Sachentscheidungsvoraussetzungen und den Voraussetzungen der Begründetheit unterschieden. Zudem wird ausführlich auf die Unterschiede bei den einzelnen Klagearten eingegangen. In den weiteren Kapiteln behandelt das Werk den Normenkontrollantrag nach § 47 VwGO (E.), Fragen des vorläufigen Rechtsschutzes nach §§ 80, 123 VwGO (F.), die verwaltungsgerichtlichen Rechtsmittel (G.), namentlich Berufung, Revision und Beschwerde, ferner die Entscheidung über die förmlichen Rechtsbehelfe (H.). Besonders hervorzuheben ist die in Kapitel I. vorzufindende zusammenfassende Übersicht, die eine Gesamtdarstellung ermöglicht und so systematische Zusammenhänge aufzeigt. Sie eignet sich in den urheberrechtlichen Grenzen⁵ als vorlesungsbegleitende Unterstützung, um Studierenden etwa im Rahmen einer Vorlesung den Standort und das Verhältnis der Prüfungskonstellationen zueinander aufzuzeigen und somit von Beginn an eine ordnungsgemäße Verortung des Lernstoffs im Gesamtsystem sicherzustellen. Gleichzeitig kann die Grafik als Lernhilfe

⁵ Für die Vorlesung § 60a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UrhG.

und auch „Checkliste“ für eine verwaltungsprozessuale Klausur dienen, indem der Rahmen des prüfungsrelevanten Stoffes grafisch sichtbar wird. Über Grundlagenwerke des Prozessrechts hinaus gehen die Ausführungen zur Tenorierung im Verwaltungsprozess (J.), die den Schluss bilden. Mag dies hinsichtlich der Prüfungsrelevanz zuvorderst für Examenskandidaten von Relevanz sein, ist die praktische Bedeutung gerade auch für Studierende der Verwaltungshochschulen gegeben, weil die praktische Befassung mit dem Recht regelmäßig die Heranziehung und Arbeit mit verwaltungsgerichtlichen Urteilen erfordert. Kenntnis über den Aufbau sind hier unabdingbar. Dazu bieten die dortigen Übersichten einen fachlich hinreichenden und leicht gangbaren Einstieg.

IV. Fazit

Die von *Martini* gewählte besondere Darstellungsform des Lehrstoffs aus dem Bereich des Verwaltungsprozessrechts sowie Allgemeinen Verwaltungsrechts vermag auf ganzer Linie zu überzeugen. Es eignet sich uneingeschränkt zur Klausur- und Examensvorbereitung, sofern bereits ein Grundlagenwissen gegeben ist. Für die erste inhaltliche Befassung ist vorlesungsbegleitend neben dem Werk ein ergänzendes klassisches Lehrbuch dringend empfehlenswert. Als Ausgangspunkt der Nachbereitung einer Vorlesung sollten zunächst die grafischen Übersichten von *Martini* herangezogen und die Anknüpfungspunkte am Gesetzestext nachvollzogen werden. Hiernach empfiehlt sich eine erste Sichtung der textlichen Ausführungen. Anschließend sollten zumindest durchschnittlich anspruchsvolle Studierende ergänzend ein Lehrbuch konsultieren, um Spezialprobleme durch Textunterstützung ausführlicher zu durchdringen. Zwar geht *Martini* hierauf ein, dennoch ist dies durch die Darstellungsform naturgemäß nur begrenzt möglich, was jedoch aufgrund der klaren Zielsetzung des Werkes nicht negativ berücksichtigt werden kann.

Zwei Verbesserungsvorschläge bleiben jedoch: Zwar sind die mittels QR-Codes im Buch eingepflegten ergänzenden Videobeiträge inhaltlich gut gelungen und bieten durch die audiovisuelle Vermittlung einen hervorragenden Einstieg, doch sind sie in technischer Hinsicht nicht mehr zeitgemäß. Hier wäre es wünschenswert, durch professionell produzierte Videos in Bild und Ton mit der hohen Qualität der inhaltlichen Aufbereitung des gedruckten Werkes gleichzuziehen. In diesem Zuge sollte der Ansatz der ergänzenden Videos weiter ausgebaut werden.

Zweitens wäre es wünschenswert, wenn der Fußnotenapparat umfassender um geeignete Lehrbuch-Fundstellen ergänzt wird. Diese sind stellenweise bereits vorhanden, doch würde dies das oben empfohlene Lern-Wechselspiel zwischen dem Werk von *Martini* und ergänzenden Lehrbüchern vereinfachen und auch insgesamt interessierten Studierenden einen zusätzlichen Anreiz zum weiterführenden Selbststudium bieten.

Der Einsatz des Werkes durch didaktisch aufgeschlossene Lehrende im Rahmen der Vorlesung ist in höchstem Maße zu begrüßen, um die Bekanntheit des Werkes mit seinem modernen Ansatz weiter zu erhöhen.

Es bleibt für die Zukunft zu hoffen, dass der *Autor* beabsichtigt, den Ansatz auch auf andere Themenbereiche zu erstrecken.

Buchrezension

Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*, 53. Aufl., C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2023, 516 S., mit eBook, 27,00 €.

Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jur. Leon Trampe, Berlin*

I. Kontextualisierung

Seit über 50 Jahren bedient das etablierte Werk zum Allgemeinen Teil des Strafrechts erfolgreich den Markt der juristischen Ausbildungsliteratur. Zusammen mit zwei Lehrbüchern zu Delikten gegen die Person und die Allgemeinheit (*Wessels/Hettinger/Engländer*, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023) und Vermögensdelikten (*Wessels/Hillenkamp/Schuh*, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023) begründete *Johannes Wessels* einen der prominentesten Dreiteiler im deutschen Strafrechtskosmos.¹ Das hiesige Werk übernahm *Werner Beulke* in der 28. Auflage, der seit der 43. Auflage *Helmut Satzgers* Unterstützung erhält. Es wurde ins Georgische, Koreanische, Portugiesische, Russische und Spanische übersetzt. Die drei von *Beulke* begründeten Klausurenkurse für Anfänger*innen (Teil 1, 9. Aufl. 2024), Fortgeschrittene (Teil 2, 4. Aufl. 2019) und Examenskandidat*innen (Teil 3, 6. Aufl. 2023) ergänzen das Gesamtsystem der „Schwerpunkte“-Reihe zur Ausbildungsliteratur fallorientiert auf jeder Niveaustufe.

Inhaltlich konzentrieren sich die *Autoren* konsequent auf die examensrelevanten Bereiche des Allgemeinen Teils und sparen umfangreiche Ausführungen zu historischen, internationalen oder prozessrechtlichen Bezügen des Strafgesetzbuches aus. Für Antworten auf diese Grundfragen sei das Lesen eines gesonderten Lehrbuches empfohlen.

II. Konzeption und Struktur

Das Werk behandelt die Lehre von der Straftat und vermittelt die Grundlagen des Strafrechtssystems. Es ist für eine studienbegleitende Lektüre konzipiert und gliedert sich in fünf Teile, denen insgesamt 23 Paragraphen untergeordnet sind.

Zu Beginn behandeln die *Autoren* die Aufgaben, Funktionen, Auslegungsgrundsätze, Deliktstypen, internationale Aspekte und den Geltungsbereich des deutschen Strafrechts. Nach der Klärung der strafrechtlichen Grundprinzipien führen sie über die Handlungs- zur Tatbestandslehre. Gleichbleibend prüfungsorientiert ist die weitere Gliederung des Lehrbuchs, da sie sich am dreistufigen Deliktsaufbau orientiert (§§ 4–13: Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld) und etwa den speziellen zivilrechtlichen Notstand vor den rechtfertigenden Notstand zieht.

Der sich anschließende Aufbau der deliktischen Prüfung im vorsätzlichen Begehungsdelikt steckt den thematischen Rahmen des zweiten Teils ab. Die *Autoren* widmen sich umfassend dem Tatbestand, der Rechtswidrigkeit und der Schuld. Besonders eingehend erörtern sie Täterschaft und Teilnahme (68 Seiten), Rechtfertigungsgründe (65 Seiten) sowie Versuch und Rücktritt (52 Seiten). Dieser Teil füllt mit 335 Seiten ca. zwei Drittel des Buches und bildet das inhaltliche Fundament, auf dem

* 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 Zur Gesamtrezension über die „blauen Drillinge der Strafrechtslehrbücher“ *Pintaske*, ZJS 2009, 310.

die nachfolgenden Erklärungen bauen. Die *Autoren* erläutern wiederkehrende Begriffe und Probleme ausführlich und rekurren auf diese Ausführungen im weiteren Verlauf. Dies erklärt die vergleichsweise kurze Beschreibung des fahrlässigen Begehungsdelikts (Teil III) und der Unterlassungsstrafbarkeit (Teil IV). Den Abschluss bilden Ausführungen zur Konkurrenzlehre (Teil V). Der Anhang rundet den Hauptteil zum materiellen Stoff in prüfungsgerechter Form ab. Nach einer übersichtlichen Zusammenfassung der wesentlichen Aspekte der Lehre von der Straftat, präsentiert er eine Methodik zur rechtlichen Prüfung des Falls und stellt klausurbezogene Arbeitstechniken dar. Er gibt den Leser*innen Werkzeuge an die Hand, mit denen sie die Strafrechtsmaterie souverän auf Lebenssachverhalte anwenden und zu einem gelungenen Gutachten verarbeiten können.

In den Unterkapiteln leiten häufig historische oder systematische Erwägungen die Ausführungen zu den strafrechtlichen Inhalten ein. Die kompakt aufbereiteten Aufbauschemata und ansprechenden Übersichten vermitteln den Stoff anschaulich, erleichtern das Verständnis und brennen sich nachhaltig in das Gedächtnis ein. Im Nachgang konkretisieren und vertiefen Beispielfälle das theoretische Wissen an geeigneten Passagen. Die Darstellung der Materie stellt einen großen Fallbezug her, allerdings liegt in Abgrenzung zu Fallsammlungen der Schwerpunkt in der Stoffvermittlung. Besonders hervorzuheben ist die Verzahnung der Inhalte mit deren klausurmäßiger Umsetzung in den von *Beulke* begründeten Fall- und Repetitionsbüchern, die ergänzende Vertiefungsmöglichkeiten bieten. Hilfreich sind zudem die präzise an die Ausführungen im Haupttext angebrachten Fußnoten mit Rechtsprechungs- und Literaturhinweisen. Die ausbildungsrelevanten Gerichtsentscheidungen und entsprechendes Schrifttum bis einschließlich Juni 2023 arbeiten die *Autoren* am Ende nahezu aller Kapitel in der Rubrik „Aktuelle Rechtsprechung“ ein. Diese ermöglicht den Leser*innen, sich in kurzer Zeit für unmittelbar bevorstehende Prüfungen auf den neusten Stand zu bringen. Indem sie einen niedrigschwelligen Übergang von der Literatur- zur Rechtsprechungsanwendung bietet, erleichtert sie auch die Recherche. Das Werk gestaltet durch seine umfangreichen Aktualisierungsarbeiten gegenwärtige Diskurse mit und bringt in die Darstellung des überkommenen Systems frischen Wind ein. So ist etwa das besondere Anliegen der *Autoren* erkennbar, die allgemeinen strafrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit dem Klimaaktivismus (Rn. 427, 472) und autonomen Fahrsystemen (Rn. 1126) zu bearbeiten. Das am Ende des Buches befindliche Sachverzeichnis erleichtert als Stichwortindex das zielgerichtete Arbeiten.

Einzigartig innerhalb des strafrechtlichen Ausbildungssortiments ist das innovative, integrierte eBook, das den Lehrbuchtext verlinkt mit den höchstrichterlichen Entscheidungen im Volltext enthält und zu Gesetzestexten führt. Es ist benutzerfreundlich konzipiert, die Handhabung funktioniert intuitiv. Die Entscheidungen sind innerhalb der alphabetischen Reihenfolge der Spruchkörper (BGH, BVerfG, EGMR, EuGH, KG, LG und OLG, RGSt) chronologisch geordnet. Insofern den Rezipient*innen ein Endgerät zur Verfügung steht, das zur schnellen Verarbeitung einer umfassenden Datei fähig ist, dient das elektronische Buch dem effizienten Studieren umfassender Judikatur und unkomplizierten Nachverfolgen der Binnenverweise „mit einem Klick“. Hierbei besonders hervorzuheben sind die Rückverweise auf die Lehrbuchrandnummern und die den Entscheidungen vorangestellten Orientierungssätze, die auf die besonders ausbildungsrelevanten Passagen verweisen. Das eBook untermauert die hohe Bedeutung des Lehrbuchs für fortgeschrittene Student*innen und Referendar*innen. Auch erfahrene Strafrechtspraktiker*innen ordnen es daher als „nutzbar und wertvoll“² ein.

² Englert, WiJ 2014, 130 (131).

III. Entwicklungspotenzial

Die Entwicklung des Werks ist im Fluss und unterliegt stetiger Verbesserungen. Anders als in früheren Auflagen³ platzieren die *Autoren* den Prüfungsaufbau zu den Erläuterungen nicht im Anhang, sondern integrieren ihn an entsprechenden Stellen in den Hauptteilen. Die Grundlage der Kritik an kohärenter Struktur und Übersichtlichkeit hat deutlich an Boden verloren. Es sei aber angeregt, die Schaubilder einheitlich an den Anfang der Paragraphen zu setzen, auch um den gedanklichen Zugang zu erleichtern. Im Zuge dessen sollten die im Anhang befindlichen Übersichten zur strafrechtlichen Irrtumslehre und der Verortung des Erlaubnistatbestandsirrtums (§ 22 III., IV.) in das entsprechende Hauptkapitel (§ 14) verschoben werden. Schließlich ist der prüfungsorientierte Aufbau im Falle der Rechtfertigungsgründe nicht konsistent, wenn die Darstellung der Notwehr, Einwilligung oder des Festnahme- und Selbsthilferechts (§§ 10–12) nach dem subsidiären allgemeinen Notstand (§ 9) erfolgt. Verwunderlich ist daneben, dass die *Autoren* im Rahmen der Erlaubnissätze nur cursorisch auf einen zivilrechtlichen Selbsthilfegrund (§ 229 BGB) eingehen (vgl. Rn. 620), obwohl drei weitere zu den wichtigsten Rechtfertigungsgründen zählen sollen (Rn. 422). Dabei fehlt insbesondere eine Besprechung der prüfungsrelevanten Besitzwehr bzw. -kehr (§ 859 BGB). Auch entspricht es weder der gesetzlichen noch der üblichen Abfolge in der Prüfung, wenn die *Autoren* begründungslos den entschuldigenden Notstand (Rn. 687 ff.) vor dem Notwehrexzess (Rn. 702 ff.) erläutern.

Vielerorts liegen didaktische Potenziale, deren Realisierungen durch Fortentwicklung des Werkes höhere Lerneffekte erzeugen könnten. Es sei vorgeschlagen, für besonders inhaltsreichen Passagen Zwischenüberschriften einzuführen und sie nach den einprägsamen Fallgruppen zu benennen. Entsprechend der Ausführungen zur notwehrbezogenen Gebotenheit (Rn. 522 ff.) wäre dies etwa auf die notstandsbezogene Angemessenheit (Rn. 484 ff.) zu übertragen. Gleichzeitig würde dem „Vorrang demokratisch-politischer und rechtliche geordneter Verfahren“ nicht nur Erwähnung im Exkurs (Rn. 472), sondern eigener Platz zukommen. An anderen Stellen könnte das Werk mehr Klarheit schaffen, wenn es verschiedene Sichtweisen und Ansätze nicht im Fließtext, sondern (wie nur vereinzelt geschehen) mit dazugehörigen Argumenten in separaten Absätzen darstellen würde. Jedenfalls sollten längere Ausführungen die wesentlichen Ansichten sprachlich deutlicher herausstellen. Der im Vorwort beschriebene Vorsatz zur lesefreundlicheren Gestaltung ist auch auf die nächste Auflage zu beziehen. Daneben sollten die *Autoren* zumindest die eigenen Auffassungen argumentativ stärker über die Auslegungsmethoden herleiten, um das Verständnis zu erhöhen. Etwa fördert keine der bei der Modifizierung des Sorgfaltsmaßstabes genannten ergebnisgeleiteten Aussagen die dogmatische Durchdringung der Fahrlässigkeit (Rn. 1122 ff.). Spätestens an dieser Stelle wäre es sinnvoll, den Zweck der Bestrafung fahrlässigen Verhaltens (etwa die Sanktionierung des am Schutzgut eingetretenen Erfolgs) anzubringen.

Ein Paragraphenverzeichnis am Ende des Werkes könnte den Blick für die systematischen Zusammenhänge der Strafvorschriften schärfen – und wäre in Anbetracht der wenigen prüfungsrelevanten Normen des Allgemeinen Teils platzsparend realisierbar.

IV. Zusammenfassung

Den *Autoren* gelingt es, einen Markt zu bereichern, der aus einer unüberschaubaren Zahl von Lehrbüchern zum Allgemeinen Teil des Strafrechts gespickt ist. Ihr Werk hat sich deshalb mit Fug und Recht als blauer Evergreen etabliert. Zwar weist es im Hinblick auf Kohärenz, Übersichtlichkeit,

³ Beh, ZJS 2018, 649.

Didaktik, sprachlicher Klarheit und inhaltlicher Vollständigkeit Entwicklungspotenziale auf, die jedoch angesichts der vielen Stärken in den Hintergrund rücken. Ohnehin sei empfohlen, die Inhalte parallel über ein weiteres Lehrbuch mit anderer Schwerpunktsetzung zu vertiefen.⁴ Das Werk empfiehlt sich für jedes Ausbildungsniveau. Für Anfänger*innen eignet es sich zum ersten Einstieg in das Strafrechtssystem. Für Fortgeschrittene sowie Examenskandidat*innen bietet es zahlreiche Möglichkeiten zur Vertiefung und Wiederholung des Pflichtstoffes. Für Praktiker*innen dient es der Auffrischung und Aktualisierung des Wissensstandes. Das eBook ist eine zeitgemäße Ergänzung, die die Nutzung des Lehrbuchs erleichtert. Die Aktualisierungsarbeiten bilden eine weitere große Stärke. Insgesamt sei empfohlen, bei der individuellen Tour d'Horizon durch die Ausbildungswerke das vorgestellte Lehrbuch zu berücksichtigen.

⁴ Zur Rezension eines guten Korrelats aus der Feder *Rengiers* siehe *Trampe*, ZJS 2024, 628.