

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

5/2024
17. Jahrgang

S. 879–1140

Inhalt

AUFSÄTZE

Öffentliches Recht

Additive Grundrechtseingriffe in der Fallbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Tim Buchholz, Heidelberg

879

Strafrecht

Zur Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB auf die Aussagedelikte der §§ 153 ff. StGB
Zugleich eine Besprechung von BGH, Beschl. v. 5.2.2024 – 3 StR 470/23 (LG Oldenburg)

Wiss. Mitarbeiter Yusef Mansouri, Bayreuth

888

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Zivilrecht

Der Lehrbuchdschungel im Schuldrecht: Eine Durchforstung am Beispiel der GoA

Prof. Dr. Dr. Hanjo Hamann, JSM (Stanford), Wiss. Mit. Simon Weyhofen,
Wiesbaden

902

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Fortgeschrittenenklausur: „Drei Kartoffelbestellungen“

Prof. Dr. Gregor Albers, Stud. iur. Clemens Mehl, Bonn

921

Anfängerklausur im Sachenrecht: Mehr Sein als Schein

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

939

Anfängerklausur: BGB AT

Prof. Dr. Benedikt Strobel, Wiss. Mitarbeiterin Rosalie Roos, Konstanz

952

Examensübungsklausur: Die Faksimile-Masche

Richter Johann Mitzscherlich, Dresden 963

Anfängerhausarbeit BGB AT: „Formvollendeter Anteilswerb“

Wiss. Mitarbeiter Dr. Johannes Claudio Felsch, Bielefeld 984

Examensübungsklausur: Geteiltes Leid ist halbes Leid?

Wiss. Mitarbeiter Adrian Kaufmann, Kiel 990

Öffentliches Recht

Fortgeschrittenenhausarbeit Europarecht: Die Rechtsstaatskrise als Demokratielkrise – Zum Vertragsverletzungsverfahren gegen die Lex Tusk

Prof. Dr. Claudio Franzius, Dr. Sebastian Hapka, Yannick Vogt, Bremen 1008

Anfängerklausur zum Baurecht – Wohnen im Außenbereich

Wiss. Mitarbeiter Piet Blanc, Bochum 1031

Strafrecht

Original-Examensklausur: Liebesbeweis mit rasanten Folgen – mit Exkurs zu § 315d StGB

Prof. Dr. Anne Schneider, LL.M., Wiss. Mitarbeiter Florian Nazli, Düsseldorf 1040

Fortgeschrittenenübungsklausur: Pferderetter

Wiss. Mitarbeiter Dr. Mehmet Arslan, LL.M., Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jur.
Philipp Kiuppis, Bochum 1083

Fortgeschrittenenübungsklausur: Ehe (es fünf vor zwölf ist)

Wiss. Mitarbeiter Maximilian Hartwig, Wiss. Mitarbeiterin Irina Isabel Pommerenke,
Gießen 1105

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Öffentliches Recht

BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 2.22

(Qualifizierter Grundrechtseingriff als Voraussetzung des Fortsetzungsfeststellungsinteresses in den Fällen sich typischerweise kurzfristig erledigender Maßnahmen)

(Wiss. Mitarbeiter Benjamin Poliak, Düsseldorf) 1119

ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

| Strafrecht

BGH, Beschl. v. 18.10.2023 – 1 StR 222/23

(Beweisverwertungsverbot, Angehörige, Zeugnisverweigerungsrecht, Teilverzicht)

(Prof. Dr. Anne Schneider, LL.M., Düsseldorf)

1125

BUCHREZENSIONEN

| Öffentliches Recht

Mager, Ute: Staatsrecht II, Grundrechte, 8. Aufl. 2024

(Stud. iur. Janne Fromberg, M.C.L. [Fribourg], Heidelberg)

1133

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

Additive Grundrechtseingriffe in der Fallbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Tim Buchholz, Heidelberg*

Die klassische Grundrechtsdogmatik ist blind gegenüber der Unverhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, die erst durch das Zusammentreffen mehrerer Eingriffe entsteht. Diesem Problem begegnen Wissenschaft und Rechtsprechung mit der Figur des additiven Grundrechtseingriffs. Der Beitrag soll einen Überblick über den Anwendungsbereich des additiven Grundrechtseingriffs geben und Studenten eine Prüfungsstruktur für die Fallbearbeitung an die Hand geben.

I. Das Problem der klassischen Prüfung der Freiheitsrechte	880
II. Figur des additiven Grundrechtseingriffs	880
1. Erfordernis der additiven Betrachtung.....	880
2. Voraussetzungen	880
a) Gleicher Grundrechtsträger	881
b) Betroffenheit von Grundrechten mit gleichem Schutzzweck.....	881
c) Gleichzeitigkeit.....	882
d) Konnexität	882
3. Prüfungsstruktur	883
a) Schutzbereich.....	883
b) Eingriff.....	883
c) Rechtfertigung.....	884
aa) Prinzip der Gesamtverhältnismäßigkeit	884
(1) Legitimer Zweck	884
(2) Geeignetheit	884
(3) Erforderlichkeit.....	884
(4) Angemessenheit	884
bb) Verstoß gegen die Wesensgehaltsgarantie aus Art. 19 Abs. 2 GG?	885
III. Rechtsfolgen bei Vorliegen der Unverhältnismäßigkeit der Gesamtbelastung	885
IV. Mögliche Fallkonstellationen	886
1. Privatsphäre	886
2. „Doppelbestrafung“	886
3. Kumulierte Steuerlasten	887
V. Additive Grundrechtseingriffe im Mehrebenensystem	887

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand am Institut für Finanz- und Steuerrecht in Heidelberg (Prof. Dr. Reimer/Prof. Dr. Kube).

I. Das Problem der klassischen Prüfung der Freiheitsrechte

Die klassische Prüfung einer Grundrechtsverletzung zeichnet sich durch ihre Punktualität aus, da eine konkrete staatliche Maßnahme dem Schutzbereich eines bestimmten Grundrechts gegenübergestellt wird. Die klassische Dogmatik blendet kumulative Belastungen des Bürgers durch verschiedene staatliche Maßnahmen aus.¹ Das stellt die Effektivität der Grundrechte als Abwehrrechte des Bürgers in Frage. Das erkennt auch das BVerfG, das in additiven Grundrechtseingriffen ein „Gefährdungspotential“² sieht. In der Literatur finden sich einige Vorschläge, wie mit additiven Grundrechtseingriffen umzugehen ist.³ Naturgemäß kann und soll der Beitrag nicht auf alle dogmatischen Feinheiten des additiven Grundrechtseingriffs eingehen. Er gibt einen Überblick über die Figur und typische Fallkonstellationen. Zudem wird ein Vorschlag unterbereitet, wie Studenten diese in der Fallprüfung anwenden sollten.

II. Figur des additiven Grundrechtseingriffs

1. Erfordernis der additiven Betrachtung

Grundrechte können nur als effektive Abwehrrechte fungieren, wenn sich die Grundrechtsdogmatik für die Prüfung additiver Grundrechtseingriffe öffnet.⁴ Daher besteht Einigkeit darüber, dass bei der Prüfung der Vereinbarkeit staatlicher Maßnahmen mit den Grundrechten die kumulative Wirkung der Eingriffe betrachtet werden muss.⁵ Dafür spricht der Realitätsbezug der Grundrechte: Es soll nicht aufgrund der klassischen Dogmatik isoliert auf einzelne staatliche Eingriffe geblickt werden, sondern die tatsächliche Belastung des Bürgers realitätsgerecht in die Grundrechtsprüfung übertragen werden.⁶ Die Figur des additiven Grundrechtseingriffs bezweckt, die Schutzlücke zu schließen, die durch die punktuelle Grundrechtsprüfung hervorgerufen wird.⁷ Die Figur ist in dem Sinne zu verstehen, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen geprüft werden kann, ob unterschiedliche Grundrechtseingriffe aufgrund ihrer Kumulation den Bürger unverhältnismäßig belasten und damit mit den Grundrechten unvereinbar sind.

2. Voraussetzungen

Die Voraussetzungen für die Prüfung eines additiven Grundrechtseingriffs sind umstritten. Die Figur des additiven Grundrechtseingriffs ist nur handhabbar, wenn sie nicht ausufert, sondern an bestimmte Tatbestandsvoraussetzungen geknüpft wird. Voraussetzungen für die Prüfung additiver Grundrechtseingriffe sind, dass der gleiche Grundrechtsträger (a)) in Grundrechten mit gleichem Schutzzweck (b)) betroffen ist, die Eingriffe gleichzeitig wirken (c)) und eine Konnexität zwischen den Eingriffen (d)) besteht.

¹ Kirchhof, NJW 2006, 732.

² BVerfGE 112, 304 (320) = NJW 2005, 1338 (1341) = JuS 2005, 740 (Sachs). So auch BVerfGE 130, 372 (392) = NJW 2012, 1784 (1785 f.).

³ Lücke, DVBl. 2001, 1469.

⁴ Kirchhof, NJW 2006, 732.

⁵ Lücke, DVBl. 2001, 1469 ff.; Kirchhof, NJW 2006, 732 ff.; Winkler, JA 2014, 881 ff.; BVerfGE 112, 304 (319 ff.) = NJW 2005, 1338 (1340 ff.) = JuS 2005, 740 (Sachs); BVerfGE 130, 372 (392 ff.) = NJW 2012, 1784 (1785 ff.); BVerfGE 141, 220 Rn. 130 = NJW 2016, 1781 = JuS 2016, 662 (Sachs); BVerfGE 159, 223 Rn. 223, 295 = NJW 2022, 139 = JuS 2022, 182 (Sachs).

⁶ Kirchhof, NJW 2006, 732 (734).

⁷ Heu, Kulminierende Grundrechtseingriffe, 2018, S. 236.

a) Gleicher Grundrechtsträger

Anerkannt ist, dass der gleiche Grundrechtsträger betroffen sein muss.⁸ Zudem werden unter dem additiven Grundrechtseingriff auch Fälle diskutiert, in denen Eingriffe unverhältnismäßig sein sollen, da sie die Grundrechte einer Vielzahl von Personen betreffen.⁹ Diese sog. horizontale Kumulation¹⁰ ist nicht Gegenstand des Beitrags.

b) Betroffenheit von Grundrechten mit gleichem Schutzzweck

Am umstrittensten ist die Voraussetzung, ob ein Eingriff in dasselbe Grundrecht vorliegen muss. Es wird vielfach vertreten, dass ein additiver Grundrechtseingriff nur vorliegt, wenn es sich um Eingriffe in dasselbe Grundrecht handelt.¹¹ Dafür wird geltend gemacht, dass ansonsten der Anwendungsbereich der Figur des additiven Grundrechtseingriffs nicht hinreichend genau bestimmt werden könne und damit ausufere.¹² Diese Gefahr besteht jedoch auch dann nicht, wenn lediglich gefordert wird, dass die betroffenen Grundrechte denselben Schutzzweck verfolgen. Dieses Merkmal führt zu einem effektiveren Schutz vor additiven Eingriffen im Vergleich zur Voraussetzung desselben Grundrechts. Wird lediglich auf dasselbe Grundrecht abgestellt, könnten Rundumüberwachungen, die sowohl die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) als auch die persönliche Kommunikation (Art. 10 GG) betreffen, nicht geprüft werden, obwohl jeweils derselbe Schutzzweck der Privatsphäre betroffen ist. Auch das BVerfG lehnt es ab, nur Eingriffe in dasselbe Grundrecht zu berücksichtigen: Es sei „möglich, dass verschiedene einzelne, für sich betrachtet geringfügige Eingriffe in *grundrechtlich geschützte Bereiche*¹³ in ihrer Gesamtwirkung zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung führen, die das Maß der rechtsstaatlich hinnehmbaren Eingriffsintensität überschreitet.“¹⁴ In der ersten Entscheidung zur Bundesnotbremse bezüglich der Corona-Schutzmaßnahmen stellte es fest, dass der „Gesetzgeber [...] das Gewicht *der Eingriffe in die betroffenen Grundrechte*¹⁵ auch nicht lediglich isoliert betrachten“¹⁶ durfte.

Das Merkmal desselben Schutzzwecks ist auch hinreichend genau, da der Schutzzweck eines Grundrechts mithilfe der Auslegung ermittelt werden kann. In der Literatur gibt es eine Vielzahl von Vorschlägen, wie auf das Merkmal desselben Grundrechts verzichtet werden kann: Es müsse sich um „vergleichbare Gegenstände“¹⁷ handeln, der gleiche „Freiheitsraum“¹⁸ oder „Lebensraum“¹⁹ müsse betroffen sein. Die Vorschläge beruhen auf demselben Gedanken, dass ein Abstellen auf ein einziges Grundrecht zu eng ist.²⁰ Das Merkmal desselben Schutzzwecks entgeht diesem Problem und ist im

⁸ Brade, Additive Grundrechtseingriffe, 2020, S. 161 m.w.N.

⁹ Kirchhof, Grundrechte und Wirklichkeit, 2006, S. 32, ablehnend dazu Ruschemeier, Der additive Grundrechtseingriff, 2019, S. 140 f.

¹⁰ Siehe dazu Klement, AöR 134 (2009), 35 (45 ff.).

¹¹ Lücke, DVBl. 2001, 1469 (1470); Ruschemeier, Der additive Grundrechtseingriff, 2019, S. 136 ff.; Brade, Additive Grundrechtseingriffe, 2020, S. 200 f.

¹² Ruschemeier, Der additive Grundrechtseingriff, 2019, S. 138; Brade, Additive Grundrechtseingriffe, 2020, S. 200.

¹³ Hervorhebung des Verf.

¹⁴ BVerfGE 123, 186 (265 f.) = NJW 2009, 2033 (2045) = JuS 2009, 848 (Sachs). So auch BVerfGE 130, 372 (392) = NJW 2012, 1784 (1785 f.).

¹⁵ Hervorhebung des Verf.

¹⁶ BVerfGE 159, 223 (321 Rn. 223) = NJW 2022, 139 = JuS 2022, 182 (Sachs).

¹⁷ Kirchhof, NJW 2006, 732 (734); ders., Grundrechte und Wirklichkeit, 2006, S. 28.

¹⁸ Winkler, JA 2014, 881 (884 ff.).

¹⁹ Hillgruber, in: Kirchhof/Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 9, 3. Aufl. 2011, § 200 Rn. 97.

²⁰ Winkler, JA 2014, 881 (885); Heu, Kulminierende Grundrechtseingriffe, 2018, S. 234 f.

Vergleich zu den eben genannten Merkmalen am besten handhabbar, da sich der Schutzzweck der verschiedenen Grundrechte durch Auslegung rechtssicher bestimmen lässt. Bei Art. 2 Abs. 1 GG kann aufgrund der Weite des Schutzbereichs nicht auf den abstrakten Schutzzweck abgestellt werden. Vielmehr ist der Schutzzweck im Hinblick darauf zu ermitteln, vor welchem Eingriff Art. 2 Abs. 1 GG im konkreten Fall schützt.

c) Gleichzeitigkeit

Weitgehende Einigkeit besteht darüber, dass die Eingriffe gleichzeitig wirken müssen.²¹ Dabei ist nicht der Erlass der Maßnahme maßgeblich, sondern dass sich die Eingriffe gleichzeitig auswirken. Erfasst werden daher auch fortgesetzte Grundrechtseingriffe, in denen ein Eingriff zwar vor dem anderen begonnen hat, aber weiterhin belastend wirkt.²² In Ausnahmefällen können auch bereits erledigte Eingriffe erfasst werden. Voraussetzung dafür ist, dass von diesen eine noch andauernde Folgewirkung ausgeht oder es sich um tiefgreifende Grundrechtseingriffe handelt.²³

d) Konnexität

Das letzte Tatbestandsmerkmal ist ebenfalls umstritten: Der Zweck eines zusätzlichen Merkmals ist, den Anwendungsbereich des additiven Grundrechtseingriffs zu begrenzen, indem ein Zusammenhang zwischen den Eingriffen gefordert wird. Vielfach wird verlangt, dass die Eingriffe denselben Zweck verfolgen müssen;²⁴ andere fordern eine Konnexität, wonach auch ein objektiver Zusammenhang zwischen den Eingriffen ausreichen soll.²⁵ Für die Zweckidentität wird geltend gemacht, dass das Zusammenwirken der Eingriffe nur bei gleicher Zweckverfolgung eine rechtliche Relevanz erlange.²⁶ Dagegen spricht, dass ein additiver Grundrechtseingriff dann nur bei mehreren finalen Eingriffen vorliegen kann. Dies steht im Widerspruch zum modernen Eingriffsbegriff, der auch faktische, nicht-finale Eingriffe erfasst.²⁷ Das Tatbestandsmerkmal der Zweckidentität führt dazu, dass der moderne Eingriff vom Anwendungsbereich des additiven Grundrechtseingriffs ausgeschlossen wäre. Das BVerfG lehnt das Merkmal der Zweckidentität ebenfalls ab. Das zeigt sich daran, dass es die Unverhältnismäßigkeit der Kumulation der Freiheitsstrafe und freiheitsentziehender Maßregeln prüft, obwohl diese Maßnahmen – was das BVerfG ausdrücklich feststellt – unterschiedliche Zwecke verfolgen.²⁸ Vor diesem Hintergrund ist lediglich eine Konnexität zu fordern. Diese besteht, wenn derselbe Zweck verfolgt wird oder wenn die Eingriffe eine Wirkungsidentität aufweisen, also vergleichbar wirken.²⁹ Mit diesem Kriterium lässt sich auch die Kumulation einer Freiheitsstrafe und freiheitsentziehenden

²¹ Lücke, DVBl. 2001, 1469 (1470 f.); Kirchhof, NJW 2006, 732 (734); Peine, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 3, 2009, § 57 Rn. 53; Ruschemeier, Der additive Grundrechtseingriff, 2019, S. 148; Brade, Additive Grundrechtseingriffe, 2020, S. 193 ff.

²² Lücke, DVBl. 2001, 1469 (1470 f.); Ruschemeier, Der additive Grundrechtseingriff, 2019, S. 148.

²³ Brade, Additive Grundrechtseingriffe, 2020, S. 196 f. Siehe dazu das Beispiel zur „Doppelbestrafung“ unten.

²⁴ Lücke, DVBl. 2001, 1469 (1470); Hillgruber, in: Kirchhof/Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 9, 3. Aufl. 2011, § 200 Rn. 97.

²⁵ Würsig, Die Steuerung von Summenbelastungen im öffentlichen Immissionsschutzrecht, 2009, S. 62 f. Zustimmung dazu Brade, Additive Grundrechtseingriffe, 2020, S. 204 f.

²⁶ Lücke, DVBl. 2001, 1469 (1470).

²⁷ Würsig, Die Steuerung von Summenbelastungen im öffentlichen Immissionsschutzrecht, 2009, S. 52.

²⁸ BVerfGE 130, 372 (392) = NJW 2012, 1784 (1785 f.).

²⁹ Würsig, Die Steuerung von Summenbelastungen im öffentlichen Immissionsschutzrecht, 2009, S. 63 f.; Brade, Additive Grundrechtseingriffe, 2020, S. 205.

der Maßregel erfassen, da beide vergleichbar wirken, indem sie die Freiheit der Person wegen derselben Tat entziehen.

3. Prüfungsstruktur

Für die Fallbearbeitung ist entscheidend, wie die Prüfung eines additiven Grundrechtseingriffs zu strukturieren ist. Klausurbearbeiter stehen vor der Schwierigkeit, dass die Figur zwar weitestgehend anerkannt ist, deren Voraussetzungen aber zum Teil umstritten sind. Die Vielzahl an vertretenen Auffassungen zur Prüfungsstruktur können hier nicht wiedergegeben werden.³⁰ Es wird vorgeschlagen, zuerst im Sinne der klassischen Grundrechtsdogmatik zu prüfen, ob die einzelnen Maßnahmen mit den einzelnen Grundrechten vereinbar sind. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob ein Grundrechtsverstoß aufgrund der Addition der Eingriffe vorliegt.

- A. Vereinbarkeit der Maßnahmen mit den einzelnen Grundrechten
- B. Grundrechtsverstoß aufgrund des additiven Grundrechtseingriffs
Begründung der Erforderlichkeit der kumulativen Betrachtung
 - I. Schutzbereich
 - II. Eingriff
 - 1. Gleicher Grundrechtsträger
 - 2. Gleiches Grundrecht/gleicher Schutzzweck der betroffenen Grundrechte
 - 3. Gleichzeitigkeit
 - 4. Konnexität
 - III. Rechtfertigung
Prüfung der Gesamtverhältnismäßigkeit

Bevor die dreiteilige Grundrechtsprüfung des additiven Grundrechtseingriffs begonnen wird, sollte erläutert werden, warum die Figur des additiven Grundrechtseingriffs anzuerkennen ist.

a) Schutzbereich

Wenn die verschiedenen Eingriffe alle dasselbe Grundrecht betreffen, ist im Schutzbereich lediglich festzustellen, welches konkrete Grundrecht betroffen ist. Handelt es sich dagegen um Eingriffe in mehrere Grundrechte, ist das nicht möglich. In diesem Fall ist Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit den betroffenen Grundrechten heranzuziehen.

b) Eingriff

Im Eingriff sind die Voraussetzungen dafür aufzustellen, dass die verschiedenen Eingriffe zusammen betrachtet werden können. Die Voraussetzungen, dass derselbe Grundrechtsträger gleichzeitig betroffen sein muss, sind weitestgehend anerkannt und müssen daher nicht näher erörtert werden. Bei der Konnexität ist mit den oben genannten Argumenten zu begründen, warum diese ausreicht und keine Zweckidentität erforderlich ist. Die zweite Voraussetzung (dasselbe Grundrecht/derselbe Schutzzweck der Grundrechte) sollte wie folgt gehandhabt werden: Ist dasselbe Grundrecht betroffen, sind keine Ausführungen dazu erforderlich, ob der additive Grundrechtseingriff darüber hinaus

³⁰ Siehe dazu *Heu*, *Kulminierende Grundrechtseingriffe*, 2018, S. 225–266; *Brade*, *Additive Grundrechtseingriffe*, 2020, S. 232–360.

auch Eingriffe in unterschiedliche Grundrechte erfasst. Liegen Eingriffe in verschiedene Grundrechte vor, ist zu begründen, warum diese Fälle in den Anwendungsbereich des additiven Grundrechtseingriffs fallen. Danach muss festgestellt werden, dass derselbe Schutzzweck verfolgt wird. Beispiele hierfür sind Art. 10 GG, Art. 13 GG, Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, die alle die Privatsphäre schützen und Art. 14 GG und Art. 2 Abs. 1 GG, die beide vor der Auferlegung unangemessen hoher Geldleistungspflichten schützen.

c) Rechtfertigung

Bei der Rechtfertigung ist zu berücksichtigen, dass die Einzeleingriffe bereits auf ihre Verfassungsmäßigkeit geprüft wurden. Daher ist bei der Rechtfertigung lediglich zu prüfen, ob die Addition der Eingriffe gegen das Prinzip der Gesamtverhältnismäßigkeit verstößt.³¹

aa) Prinzip der Gesamtverhältnismäßigkeit

(1) Legitimer Zweck

Die verschiedenen Zwecke der Eingriffe müssen bestimmt werden, da sie den Bezugspunkt der späteren Angemessenheitsprüfung bilden.³²

(2) Geeignetheit

Bei der Geeignetheit ist zu prüfen, ob die Eingriffe auch in ihrem Zusammenwirken geeignet sind, die verfolgten Zwecke zu erreichen. Nicht geeignet sind additive Eingriffe, wenn zwischen den Eingriffen Wechselwirkungen dazu führen, dass die Wirksamkeit eines der Eingriffe aufgehoben wird.³³

(3) Erforderlichkeit

Die Gesamtbelastung ist nicht erforderlich, wenn die legitimen Zwecke durch ein weniger belastendes, gleich geeignetes Eingriffsbündel erreicht werden können.³⁴ Zudem ist die Gesamtbelastung nicht erforderlich, wenn einer der Eingriffe hinweggedacht werden kann, weil die angestrebten Zwecke durch die anderen Eingriffe gleich effektiv erreicht wird.³⁵ Davon wird jedoch eher selten ausgegangen werden können, da sich verschiedene staatliche Maßnahmen ergänzen und sich ihre Gesamtwirksamkeit dadurch erhöht.³⁶

(4) Angemessenheit

In der Angemessenheit ist das Gesamtfreiheitsinteresse des Grundrechtsträgers mit dem Gesamteingriffsinteresse abzuwägen.³⁷ Das Gesamtfreiheitsinteresse ist anhand der Wertigkeit der beeinträchtigten Schutzgüter und der Belastungsintensität der konkreten Eingriffe zu bestimmen.³⁸ Um

³¹ Siehe dazu *Brade*, Additive Grundrechtseingriffe, 2020, S. 322. Dieser schlägt zusätzlich vor, den additiven Eingriff auf einen möglichen Verstoß gegen die Wesensgehaltsgarantie aus Art. 19 Abs. 2 GG zu prüfen (S. 340 ff.), siehe dazu sogleich unter III. 3. b).

³² *Brade*, Additive Grundrechtseingriffe, 2020, S. 327 f.

³³ *Kreuter-Kirchhof*, NVwZ 2019, 1791 (1793); *Kaltenstein*, SGB 2016, 365 (370).

³⁴ *Kreuter-Kirchhof*, NVwZ 2019, 1791 (1793); *Kaltenstein*, SGB 2016, 365 (370).

³⁵ *Kreuter-Kirchhof*, NVwZ 2019, 1791 (1793).

³⁶ *Klement*, AöR 134 (2009), 35 (67).

³⁷ Ablehnend dazu *Heu*, Kulminierende Grundrechtseingriffe, 2018, S. 259 f.

³⁸ *Brade*, Additive Grundrechtseingriffe, 2020, S. 336 ff.

die Belastungsintensität zu bestimmen, kann es hilfreich sein, auf jeweilige dogmatische Figuren der Grundrechte abzustellen, die entweder direkt zur Unverhältnismäßigkeit führen oder erhöhte Rechtfertigungsanforderungen mit sich bringen.³⁹ So kann eine unverhältnismäßige Erdrosselungswirkung erst durch die Kumulation von Abgaben hervorgerufen werden oder die additive Wirkung von Freiheitsbeschränkungen kann insgesamt zu einer Freiheitsentziehung i.S.d. Art. 104 Abs. 2–4 GG führen. Zudem kann bei Eingriffen in das APR an die Sphärentheorie angeknüpft werden.⁴⁰ Bei der Bestimmung des Gesamtfreiheitsinteresse ist also entscheidend, inwiefern die Addition der Eingriffe die beeinträchtigende Wirkung der Einzeleingriffe verstärkt. Bei der Festlegung des Gesamteingriffsinteresses ist zu berücksichtigen, dass mehrere Maßnahmen, die denselben Zweck verfolgen, in der Regel effektiver wirken und damit das Eingriffsinteresse erhöhen. Werden mehrere Zwecke verfolgt, wächst das Eingriffsinteresse ebenfalls im Vergleich zur isolierten Prüfung der einzelnen Eingriffe.⁴¹

bb) Verstoß gegen die Wesensgehaltsgarantie aus Art. 19 Abs. 2 GG?

Zudem wird vorgeschlagen, zu prüfen, ob die Kumulation der Eingriffe gegen die Wesensgehaltsgarantie aus Art. 19 Abs. 2 GG verstößt.⁴² Allerdings ist der Inhalt des Art. 19 Abs. 2 umstritten: Manche sehen in Art. 19 Abs. 2 GG eine objektive Grundrechtsbestimmung, welche die Grundrechte als solche in ihrem Bestand schützt. Danach schützt Art. 19 Abs. 2 GG vor dem Wegfall der geschützten Freiheit „für das soziale Leben im Ganzen“⁴³. Nach diesem Verständnis setzt Art. 19 Abs. 2 GG additiven Grundrechtseingriffen keine Grenzen, da diese nur die Betroffenheit des einzelnen Grundrechtsträgers durch kumulierte Eingriffe erfassen und nicht den generellen Wegfall einer grundrechtlichen Freiheit. Andere verstehen Art. 19 Abs. 2 GG subjektiv-rechtlich, wonach er vor der „restlose[n] Entziehung eines Grundrechts im Einzelfall“⁴⁴ schützt.⁴⁵ Danach schützt Art. 19 Abs. 2 GG auch vor der vollständigen Entziehung durch additive Grundrechtseingriffe. Allerdings ergeben sich bei einem subjektiv-rechtlichen Verständnis von Art. 19 Abs. 2 GG keine zusätzlichen Grenzen als aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Liegt ein Eingriff in den Wesensgehalt eines Grundrechts vor, ist ein Eingriff unverhältnismäßig.⁴⁶ Daher muss bei der Rechtfertigung nur die Gesamtverhältnismäßigkeit geprüft werden.

III. Rechtsfolgen bei Vorliegen der Unverhältnismäßigkeit der Gesamtbelastung

Eine unverhältnismäßige Gesamtbelastung durch mehrere Eingriffe kann durch unterschiedliche Maßnahmen beseitigt werden; es können einzelne Maßnahmen komplett aufgehoben werden oder alle Maßnahmen abgemildert werden. Aufgrund des Demokratieprinzips obliegt diese Entscheidung dem Gesetzgeber. Wenn der Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten hat, um den verfassungswidrigen Zustand zu vermeiden, muss das BVerfG eine Unvereinbarkeitserklärung vornehmen.⁴⁷ Bei der Unver-

³⁹ Brade, Additive Grundrechtseingriffe, 2020, S. 337.

⁴⁰ Siehe zu diesen Beispielen Brade, Additive Grundrechtseingriffe, 2020, S. 337.

⁴¹ Brade, Additive Grundrechtseingriffe, 2020, S. 338.

⁴² Zu diesen zwei Rechtfertigungsvoraussetzungen siehe Brade, Additive Grundrechtseingriffe, 2020, S. 322.

⁴³ BVerfGE 2, 266 (285) = NJW 1953, 1057.

⁴⁴ BVerfGE 2, 266 (285) = NJW 1953, 1057.

⁴⁵ Ruschemeier, Der additive Grundrechtseingriff, 2019, S. 202 f.

⁴⁶ Alexy, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 272: „Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG formuliert gegenüber dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz keine zusätzliche Schranke der Einschränkung von Grundrechten.“

⁴⁷ BVerfGE 110, 94 (138) = NJW 2004, 1022 (1030) = JuS 2004, 719 (Selmer).

hältnismäßigkeit der kumulativen Eingriffe sollte das BVerfG daher die Gesamtbelastung für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklären und den Gesetzgeber verpflichten, die Gesamtbelastung zu mäßigen.⁴⁸

IV. Mögliche Fallkonstellationen

1. Privatsphäre

*Fall:*⁴⁹ A steht in Verdacht, vier Sprengstoffanschläge verübt zu haben. Um ihm die Tat nachzuweisen, werden verschiedene Observationsmaßnahmen angeordnet. Diese werden zu verschiedenen Zeitpunkten angeordnet, aber gleichzeitig durchgeführt. Die Wohnung des A und sein Telefonanschluss werden akustisch überwacht. Zugleich observieren Beamte des Bundeskriminalamts ihn visuell. An seinem PKW befindet sich ein GPS-Sender und seine Postsendungen werden geöffnet. A rügt, dass die Kumulation der Maßnahmen ihn übermäßig belastet.

Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 13 GG, Art. 10 GG und dem APR schützt vor additiven Eingriffen in die Privatsphäre, weshalb der Schutzbereich eröffnet ist. Die Gesamtbelastung kann geprüft werden, wenn die Voraussetzungen des additiven Grundrechtseingriffs vorliegen. Die Maßnahmen betreffen alle A und damit denselben Grundrechtsträger. Die Eingriffe betreffen die Privatsphäre des A, sodass in Grundrechte mit demselben Schutzzweck eingegriffen wird. Zudem wirken die Maßnahmen gleichzeitig; auf die unterschiedlichen Zeitpunkte des Erlasses der Maßnahmen kommt es nicht an. Ferner muss eine Konnexität zwischen den Eingriffen bestehen. Alle Maßnahmen bezwecken den Nachweis der Tatbegehung durch A. Daher besteht zwischen den Eingriffen eine Konnexität. Sie erfüllen die Voraussetzungen des additiven Grundrechtseingriffs. Bei der Prüfung der Gesamtverhältnismäßigkeit erhöht sich das Gesamteingriffsinteresse, da das Zusammenwirken der Maßnahmen die Wahrscheinlichkeit erhöht, Erkenntnisse über die Tatbegehung zu erlangen. Zugleich erhöht sich auch das Gesamtfreiheitsinteresse, da die Kumulation der Überwachungsmaßnahmen dazu führt, dass A kaum noch ein unbeobachteter Raum verbleibt.

2. „Doppelbestrafung“

Eine weitere Fallkonstellation bildet die „Doppelbestrafung“. Gemeint sind damit zwei Strafen für dieselbe Tat, die nicht in den Anwendungsbereich von Art. 103 Abs. 3 GG fallen, da dieser nur eine doppelte Bestrafung durch die allgemeinen Strafgesetze erfasst. Gemeint sind damit Taten, die sowohl disziplinarrechtlich als auch strafrechtlich bestraft werden. Verstößt ein Soldat gegen einen Befehl, kann er sowohl mit einem disziplinarrechtlichen Arrest nach § 28 WDO als auch mit einer strafrechtlichen Freiheitsstrafe nach § 20 WStG bestraft werden. Die Eingriffe verfolgen andere Zwecke, da die Disziplinarstrafe präventiven und die Kriminalstrafe repressiven Charakter hat. Die Konnexität der Eingriffe besteht allerdings aufgrund der Wirkungsidentität, da beide Maßnahmen die Fortbewegungsfreiheit aufgrund desselben Verhaltens entziehen. Obwohl der Arrest und die Freiheitsstrafe logischerweise zu unterschiedlichen Zeitpunkten vollzogen werden, liegt die Gleichzeitigkeit vor: Die erste

⁴⁸ Kirchhof, Grundrechte und Wirklichkeit, 2006, S. 30 f.

⁴⁹ Angelehnt an die GPS-Entscheidung des BVerfG, siehe dazu BVerfGE 112, 304 = NJW 2005, 1338 = JuS 2005, 740 (Sachs). Siehe zur gleichen Thematik der additiven Überwachungsmaßnahmen auch BVerfGE 141, 220 = NJW 2016, 1781 = JuS 2016, 662 (Sachs).

Freiheitsentziehung stellt einen tiefgreifenden Grundrechtseingriff dar, weshalb von ihr eine andauernde Folgewirkung ausgeht. Daher stellen disziplinarrechtliche und strafrechtliche Strafen für dieselbe Tat einen additiven Grundrechtseingriff dar.⁵⁰ Ein weiteres Beispiel aus der Rechtsprechung für die „Doppelbestrafung“ ist die Kumulation einer Freiheitsstrafe und der Maßregeln der Besserung und Sicherung.⁵¹

3. Kumulierte Steuerlasten

Im Steuerrecht beschäftigte sich das BVerfG bereits mehrfach mit kumulierten Steuereingriffen, ohne auf die Figur des additiven Grundrechtseingriffs abzustellen. Zunächst stellte der *Zweite Senat* des BVerfG den sog. Halbteilungsgrundsatz auf, wonach die Steuerbelastung durch die Vermögensteuer zusammen mit den sonstigen Steuern auf den Vermögenshinzuerwerb „in der Nähe der hälftigen Teilung zwischen privater und öffentlicher Hand“ verbleiben müsse.⁵² Später gab der *Zweite Senat* diesen Grundsatz auf, prüfte aber die kumulative Steuerbelastung von Einkommen- und Gewerbesteuer auf ihre Verhältnismäßigkeit; er erklärte eine kumulative Steuerlast von ca. 57 % für verfassungsgemäß.⁵³ Zurzeit werden auf den Vermögenshinzuerwerb mehrere Steuern erhoben: Einkommen- oder Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer und der Solidaritätszuschlag. Diese Steuern greifen gleichzeitig in Art. 14 Abs. 1 GG derselben Grundrechtsträger ein und verfolgen mit der Erzielung von Einnahmen denselben Zweck. Die einzelnen Eingriffe erfüllen damit die Voraussetzungen des additiven Grundrechtseingriffs. Eine Gesamtunverhältnismäßigkeit liegt insbesondere dann vor, wenn die kumulierte Steuerlast erdrosselnde Wirkung hat, also den Betroffenen übermäßig belastet und seine Vermögensverhältnisse grundlegend beeinträchtigt.

V. Additive Grundrechtseingriffe im Mehrebenensystem

Zuletzt ist auf das Problem des additiven Grundrechtseingriffs im Mehrebenensystem hinzuweisen. Die entscheidende Frage ist, ob Eingriffe durch die verschiedenen Hoheitsträger (Bund, Länder und Europäische Union) zusammen betrachtet werden. Das wird überwiegend bejaht, da für einen effektiven Grundrechtsschutz die Belastungsintensität des Bürgers maßgeblich sein müsse. Aus seiner Sicht kommt es nicht darauf an, wer die Belastungen hervorgerufen habe.⁵⁴ Die additive Betrachtung von nationalen und unionalen Maßnahmen gestaltet sich besonders schwierig, da nationale Maßnahmen und nicht vollständig unionsrechtlich determiniertes innerstaatliches Recht am Maßstab der deutschen Grundrechte zu messen sind, während für vollständig unionsrechtlich determiniertes Recht die Europäische Grundrechtecharta anwendbar ist.

⁵⁰ So auch *Brade*, *Additive Grundrechtseingriffe*, 2020, S. 198 m.w.N.

⁵¹ BVerfGE 130, 372 = NJW 2012, 1784.

⁵² BVerfGE 93, 121 (138) = NJW 1995, 2615 (2617).

⁵³ BVerfGE 115, 97 = NJW 2006, 1191 = JuS 2006, 661 (*Selmer*).

⁵⁴ So auch *Brade*, *Additive Grundrechtseingriffe*, 2020, S. 214 m.w.N. in Fn. 1062. Zur Vertiefung siehe die Ausführungen von *Brade* auf S. 214–223.

Zur Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB auf die Aussagedelikte der §§ 153 ff. StGB

Zugleich eine Besprechung von BGH, Beschl. v. 5.2.2024 – 3 StR 470/23 (LG Oldenburg)*

*Wiss. Mitarbeiter Yusef Mansouri, Bayreuth***

I. Sachverhalt und Einführung in die Problematik	888
1. Der Grundsatz der limitierten Akzessorietät	890
2. Die Regelung des § 28 StGB und ihre Folgen	890
3. Der Anwendungsbereich des § 28 StGB im Besonderen	891
a) § 14 StGB als Ausgangspunkt?	892
b) Besondere „persönliche“ Merkmale	893
c) „Besondere“ persönliche Merkmale	893
aa) Einheitslösung	894
bb) Differenzierende Auffassungen (insb. qualifizierte Pflichtenstellungen)	894
cc) Tat- und Täterbezogene Merkmale	895
II. Entscheidung des Senats	896
III. Würdigung	897
1. Wortlaut	897
2. Historie	898
3. Systematik	898
a) Drohender Widerspruch in der Binnensystematik der §§ 153 ff. StGB	898
b) Strafrahmendiskrepanz zu § 160 StGB	899
4. Schutzrichtung der §§ 153, 154 StGB	900
IV. Fazit	901

I. Sachverhalt¹ und Einführung in die Problematik

Die Vorschrift des § 28 StGB lernen Studierende meist im Zusammenhang mit Tötungsdelikten kennen, angesprochen werden hier in der Regel Beteiligungsfragen rund um §§ 211, 212 StGB. Sie spielt

* Der Beschluss ist abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=137633&pos=0&anz=1368> sowie abgedruckt in NJW 2024, 2268 m. Bespr. Stephan/Zurmussen, KriPoZ 2024, 317; Gerson, JR 2024 (im Erscheinen).

** Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und IT-Strafrecht von Prof. Dr. Christian Rückert an der Universität Bayreuth.

¹ Die Darstellung des Sachverhalts beruht auf der Pressemitteilung Nr. 27/21 des LG Aurich, abrufbar unter

dort eine nicht unerhebliche Rolle. Nunmehr musste sich der BGH erneut² zur Frage eines „besonderen persönlichen Merkmals“ äußern. Der Fall ist nicht nur mit Blick auf die materiell-rechtliche Kernfrage – die Anwendbarkeit des § 28 Abs. 1 StGB auf § 153 StGB – interessant, sondern auch wegen seiner vorherigen „prozessuale Sprünge“:

Ursprünglich hat das LG Aurich den Angeklagten V mit Urteil vom 3.6.2021³ wegen Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage in Tateinheit mit Strafvereitelung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. V wurde vorgeworfen, als Verteidiger in einem Strafverfahren vor dem AG Aurich im Rahmen eines persönlichen Gespräches einen Zeugen dahingehend erfolgreich beeinflusst zu haben, dass dieser im Rahmen seiner Zeugenaussage vor Gericht bewusst falsche Angaben machte, die letztlich zum Freispruch des von V verteidigten Angeklagten führten. Ein solcher Vorwurf kann nicht nur strafrechtliche, sondern auch anwaltsberufsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen (§§ 113 Abs. 1, 114 Abs. 1 BRAO), die bei der Bemessung der zu verhängenden Strafe (§ 46 Abs. 1 StGB) in der Regel strafmildernd einzustellen sind. Diese Feststellungen hatte das LG Aurich vermessen lassen, weshalb der BGH hinsichtlich des Strafausspruchs das Urteil aufgehoben und an eine neue Strafkammer verwiesen hat.⁴ Die dritte Strafkammer des LG Aurich hatte sodann Feststellungen über dem V drohende anwaltsgerichtliche Maßnahmen treffen können und dies in der Strafzumessung berücksichtigt, ihn jedoch überraschenderweise – ohne weitere Begründung – zur selben Strafe verurteilt.⁵ „Überraschenderweise“ deshalb, weil es der gefestigten Rechtsprechung entspricht, dass das Tatgericht nach Aufhebung des ursprünglichen Urteils seine erneute Entscheidung eingehend begründen muss, wenn es Umstände feststellt, die die Tat in einem milderem Licht erscheinen lassen, es dennoch aber der Höhe nach auf dieselbe Strafe erkennen will.⁶ Der BGH machte nach Bemängelung dieses Umstandes von der Zurückweisung an ein anderes Landgericht desselben Landes Gebrauch (§ 354 Abs. 2 Alt. 2 StPO), weshalb nun das LG Oldenburg zur Entscheidung berufen war. Dieses hat schließlich unter anderem strafmildernd das inzwischen gegen V eingeleitete anwaltsgerichtliche Verfahren berücksichtigt und ihn zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde (was wegen § 358 Abs. 2 StPO und § 56 Abs. 2 StGB zu erwarten war).⁷ Die hiergegen eingelegte und auf die Sachrüge gestützte Revision gegen den allein in Rede stehenden Strafausspruch blieb erneut ohne Erfolg. Das LG Oldenburg habe insbesondere fehlerfrei den Strafraum aus §§ 153, 26 StGB zu Grunde gelegt, ohne dass eine Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB angezeigt gewesen wäre.⁸

Es lohnt sich, sich die hinter § 28 StGB stehenden Grundprinzipien in gebotener Kürze in Erinnerung zu rufen (hierzu 1.), bevor nach ebenso kurzem Überblick der Systematik und Rechtsfolgen des § 28 StGB (hierzu 2.) auf das eigentliche Kernproblem – die Abgrenzung zwischen tat- und täterbezo-

<https://www.landgericht-aurich.niedersachsen.de/aktuelles/presseinformationen/neu-beginnende-erstin-stanzliche-strafverfahren-kw-20-200407.html> (18.9.2024) sowie auf den Urteilsgründen des damit im Nachgang befassten LG Oldenburg, vgl. LG Oldenburg, Urt. v. 15.8.2023 – 3 KLS 410 Js 11816/20 (14/23) = BeckRS 2023, 48256 Rn. 13 ff.

² Eine vergleichbare Fragestellung hatte der BGH zuletzt für die Ingerenz-Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt (§ 13 StGB) zu klären, vgl. BGH, Beschl. v. 24.3.2021 – 4 StR 416/20, Rn. 15 ff. = BGHSt 66, 66 (71 ff.) mit umfangreichen Nachweisen zu den einzelnen Auffassungen; Besprechung bei Kudlich, JA 2021, 606.

³ LG Aurich, Urt. v. 3.6.2021 – 11 KLS 45/20 (unveröffentlicht).

⁴ BGH, Beschl. v. 8.3.2022 – 3 StR 398/21.

⁵ LG Aurich, Urt. v. 19.9.2022 – 11 KLS 45/20 (unveröffentlicht).

⁶ BGH, Beschl. v. 11.1.2023 – 3 StR 445/22, Rn. 4 m.w.N. (juris).

⁷ LG Oldenburg, Urt. v. 15.8.2023 – 3 KLS 410 Js 11816/20 (14/23) = BeckRS 2023, 48256.

⁸ BGH, Beschl. v. 5.2.2024 – 3 StR 470/23.

genen besonderen Merkmalen und die Anwendbarkeit auf die Tatbestände des Besonderen Teils (hierzu 3.) – näher eingegangen wird. Anschließend wird die Entscheidung des *Senats* (hierzu II.) einer kritischen Würdigung unterzogen (hierzu III.).

1. Der Grundsatz der limitierten Akzessorietät

Ausgangspunkt ist die im Gesetz bereits früh⁹ angelegte Grundregel, dass sich die Strafe eines Teilnehmers (Anstifter oder Gehilfe, §§ 26 f. StGB) grundsätzlich nach dem vom Haupttäter verwirklichten Unrecht richtet, d.h. er wird aus dem Tatbestand bestraft, den der Täter verwirklicht. Weil die Teilnahme aus Gründen einer sonst drohenden Ausuferung der Teilnehmerbestrafung¹⁰ an das tatsächliche Vorliegen einer Straftat anknüpft, ist sie „akzessorisch“, sie hängt also von der Begehung einer (mindestens versuchten) Tat ab. Das Gesetz kennt bei genauer Betrachtung zwei „Lockerungen“ dieser Akzessorietäts-Logik: Die erste besteht darin, dass die Haupttat nur vorsätzlich rechtswidrig (nicht zwingend: auch schuldhaft) zu sein braucht, die Akzessorietät also nicht „streng“¹¹, sondern „begrenzt abhängig“ verstanden wird – sog. limitierte Akzessorietät der Teilnahme.¹² Das ergibt sich heute unter anderem aus §§ 26, 27 StGB und § 29 StGB.

2. Die Regelung des § 28 StGB und ihre Folgen

Die zweite – für den hier in Rede stehenden Fall bedeutende – Lockerung findet sich in § 28 StGB. Verlangt die Verwirklichung eines Tatbestandes „besonderes Unrecht“ bzw. „besondere Schuld“, und liegt jenes bzw. jene bei nur einem von mehreren Beteiligten vor, so scheint es nach der gesetzgeberischen Konzeption unbillig, demjenigen, der sich an der Tat beteiligt und zugleich diese Merkmale nicht aufweist, in vollem Umfang haften zu lassen.¹³ Hier setzt § 28 StGB mit der Lösung einer „gegenakzessorischen Rechtsregel“¹⁴ ein. Ein Blick auf die Systematik zeigt:

Nach § 28 Abs. 1 StGB wird die Strafe des Teilnehmers – in Abweichung vom Grundsatz, dass sich seine Strafe am vom Täter verwirklichten Unrecht richtet – nach § 49 Abs. 1 StGB gemildert¹⁵, wenn ihm ein besonderes persönliches Merkmal, das die Strafbarkeit des Täters begründet, fehlt. Dabei handelt es sich um eine auf Gerechtigkeitserwägungen beruhende¹⁶ Lockerung auf Strafzumessungsebene.¹⁷ Relevant wird dies vor allem (aber nicht nur¹⁸) bei Sonderdelikten. Hierunter sind sol-

⁹ Historisch zur Entwicklung der Akzessorietät der Teilnahme insbesondere im 19. Jahrhundert *Schlutter*, Zur Dogmengeschichte der Akzessorietät der Teilnahme, 1941.

¹⁰ *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, Vor §§ 26 ff. Rn. 4.

¹¹ Zur „strengen Akzessorietät“ der Teilnahme etwa *Jakobs*, Theorie der Beteiligung, 2014, S. 35 ff.

¹² Vgl. nur jüngst im Zusammenhang mit der Abgrenzung von (versuchter) Anstiftung und mittelbarer Täterschaft BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/2, Rn. 15 ff. = NJW 2024, 604 (606) m. Bespr. *Sinn*, ZJS 2024, 591; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 25 ff. Rn. 22; *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, Vor § 26 Rn. 18 f.; *Schild/Kretschmer*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vor §§ 26, 27 Rn. 10; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 868.

¹³ *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 27 Rn. 1.

¹⁴ *Herzberg*, GA 1991, 145.

¹⁵ Für die nachfolgenden Ausführungen soll die zwingende Strafmilderung aus § 27 Abs. 2 S. 2 StGB als Folge der Gehilfeneigenschaft außer Betracht bleiben. Zu Korrelationen mit § 28 StGB kann es kommen, wenn die Gehilfeneigenschaft Folge des Fehlens besonderer persönlicher Merkmale nach § 28 Abs. 1 StGB ist, hierzu BGHSt 26, 53 (54 f.).

¹⁶ *Schwerdtfeger*, Besondere persönliche Unrechtsmerkmale, 1991, S. 46 f.

¹⁷ *Murmann*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 28 Rn. 12.

¹⁸ Zu weiteren, teils umstrittenen Fallgruppen *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 28 Rn. 56 ff.

che Delikte zu verstehen, die an eine bestimmte Eigenschaft des Täters anknüpfen.¹⁹ Das ist beispielsweise die Schweigepflichtigkeit in § 203 StGB²⁰ oder die Vermögensbetreuungspflicht in § 266 Abs. 1 StGB.²¹ Wer etwa als Nicht-Rechtsanwalt einen Rechtsanwalt zur Offenbarung eines ihm anvertrauten Geheimnisses anstiftet, kann aus §§ 203 Abs. 1, 26 StGB bestraft werden, der Strafraum ist aber gem. § 28 Abs. 1 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 Nrn. 1, 3 StGB zu mildern – er betrüge in einem solchen Fall Freiheitsstrafe von einem Monat (vgl. § 38 Abs. 2 StGB) bis zu neun Monaten oder Geldstrafe.

Nicht erst auf Strafzumessungs-, sondern bereits auf Tatbestandsebene (str.²²) wirkt es sich hingegen nach § 28 Abs. 2 StGB – günstig oder ungünstig – für den Beteiligten (Täter oder Teilnehmer) aus, wenn es um strafmodifizierende besondere persönliche Merkmale geht, also solche, die die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen. Die Strafmodifikation bzw. den Strafausschluss trifft in diesem Fall nur denjenigen, in dessen Person das besondere persönliche Merkmal vorliegt, im Übrigen wird die Strafe dem jeweils strengeren oder milderem Strafraum entnommen. Wer etwa als „außenstehender“ Gehilfe einer Diebesbande, d.h. ohne selbst Bandenmitglied zu sein, den übrigen Bandenmitgliedern die Tatwerkzeuge liefert, ist nicht etwa Gehilfe zu § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Denn die Eigenschaft als Bandenmitglied wirkt als besonderes persönliches Merkmal strafmodifizierend²³, sodass in diesem Beispiel der Teilnehmer an der Diebstahlstat nicht der Beihilfe zum schweren Diebstahl nach §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 27 Abs. 1 StGB, sondern der Beihilfe zum einfachen Diebstahl nach §§ 242 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen ist.

3. Der Anwendungsbereich des § 28 StGB im Besonderen

Hier wie dort ist es für § 28 StGB aber erforderlich, dass es sich bei den Merkmalen des jeweiligen Tatbestandes um „besondere persönliche Merkmale“ handelt, anderenfalls ist schon der Anwendungsbereich des § 28 StGB gar nicht erst eröffnet. Mit der Beantwortung genau dieser Frage haben es Studierende – etwa in einer strafrechtlichen Klausur – vergleichsweise selten zu tun. Denn auch der aus dem Studium bekannte und prominente Meinungsstreit um die Anwendung des § 28 StGB auf die täterbezogenen Mordmerkmale in § 211 StGB adressiert weniger das Problem, ob es sich bei diesen um besondere persönliche Merkmale des § 28 StGB handelt²⁴ als mehr die Frage, ob § 28 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB anzuwenden ist.²⁵ In hiesiger Entscheidung hatte der Senat aber Ersteres zu klären, und zwar mit Blick darauf, ob es sich bei der Zeugeneigenschaft um ein strafbegründendes

¹⁹ Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 2024, § 10 Rn. 24 ff.; krit. zur Unterscheidung von Allgemein- und Sonderdelikten Walter, in: *LK-StGB*, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, Vor §§ 13 ff. Rn. 58 ff.

²⁰ Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 71. Aufl. 2024, § 203 Rn. 93.

²¹ BGH, *Beschl. v. 26.11.2015 – 3 StR 17/15*, Rn. 141 = *NJW* 2016, 2585 (2600) m. Anm. Saliger/Schweiger.

²² Zur Interpretation des § 28 Abs. 2 StGB als Tatbestandsverschiebung BGH, *Beschl. v. 14.7.2010 – 2 StR 104/10* = *NJW* 2010, 3669 m.w.N.; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 28 Rn. 27; Joecks/Scheinfeld, in: *MüKo-StGB*, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, Vor § 28 Rn. 10; Kudlich, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.8.2024, § 28 Rn. 21 f.; Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 71. Aufl. 2024, § 28 Rn. 8; a.A. Cortes Rosa, *ZStW* 90 (1978), 413 (423), ihm folgend Hake, *Beteiligtenstrafbarkeit und besondere persönliche Merkmale*, 1994, S. 141 ff., 164; Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 27 Rn. 19 ff.

²³ Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 71. Aufl. 2024, § 244 Rn. 44 m.w.N. zur inzwischen st. Rspr.; a.A. Bosch, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 244 Rn. 28/29; Valerius, *Jura* 2013, 15 (19).

²⁴ Allg. Meinung, vgl. *BGHSt* 22, 375 (377); 23, 39 f.; 25, 287 (289); Saliger, in: *NK-StGB*, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 211 Rn. 114; Heger, in: *Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2023, § 211 Rn. 16; Momsen, in: *SSW-StGB*, 6. Aufl. 2024, § 211 Rn. 92.

²⁵ Zu diesem strafrechtlichen „Problemklassiker“ beispielhaft Hillenkamp/Cornelius, *40 Probleme aus dem Strafrecht, Besonderer Teil*, 13. Aufl. 2020, S. 1 ff.; Wessels/Hettinger/Engländer, *Strafrecht, Besonderer Teil* 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 90 ff.; Beer, *ZJS* 2017, 536.

besonderes persönliches Merkmal handelt. Für den hier zu besprechenden Fall war § 28 Abs. 1 StGB für den Angeklagten V durchaus von Bedeutung, denn bei einer Strafrahmenermilderung nach § 28 Abs. 1 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 Nrn. 1, 3 StGB beträgt der Strafrahmen einen Monat bis drei Jahre und neun Monate (statt ein Jahr bis fünf Jahre). Wann von „besonderen persönlichen Merkmalen“ die Rede ist, ist umstritten.

Didaktischer Hinweis: Um ein strafscharfendes besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 2 StGB konnte es sich von vornherein nicht handeln, da § 153 StGB den Tatbestand der Rechtspflegedelikte anführt (vgl. nur die Systematik im neunten Abschnitt) und die Strafbarkeit damit offenkundig erst begründet, ohne selbst auf einem Grundtatbestand aufzubauen. Dieser Gedanke lässt sich zwar relativieren, indem man strafscharfenden Charakter i.S.d. § 28 Abs. 2 StGB²⁶ in § 154 StGB (Meineid) erblicken mag, da dieser für Zeugen und Sachverständige insoweit eine Qualifikation ist.²⁷ Andererseits handelt es sich für Nichtzeugen, etwa im Fall des Parteieids (vgl. § 452 ZPO), bei § 154 StGB um ein Grunddelikt. Gerade das macht aber ein einheitliches Verständnis von der Zeugeneigenschaft im neunten Abschnitt des StGB notwendig, anderenfalls käme es zu einer gespaltenen Anwendung des § 28 StGB (Abs. 1 einerseits, Abs. 2 andererseits) bzgl. desselben Merkmals (Zeugeneigenschaft) im Abschnitt der Delikte gegen die Rechtspflege, was zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen würde.

a) § 14 StGB als Ausgangspunkt?

Als erster Anker im Gesetz könnte § 14 Abs. 1 StGB dienen, verweist es doch selbst in § 28 Abs. 1 StGB auf die Vorschrift. Die Organ- und Vertreterhaftung aus § 14 Abs. 1 StGB²⁸ bewirkt im Bereich der Sonder- und Pflichtdelikte, dass ein Gesetz, nach dem besondere persönliche „Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände“ (besondere persönliche Merkmale) die Strafbarkeit begründen, auch auf den Vertreter anzuwenden ist, wenn diese Merkmale zwar nicht bei ihm, aber bei dem Vertretenen vorliegen. Sinn und Zweck der Regelung ist die Schließung von Strafbarkeitslücken²⁹, die sonst entstünden, weil die in § 14 Abs. 1, Abs. 2 StGB genannten Personen häufig nicht die von der Verhaltensnorm (z.B. §§ 266, 283 StGB) adressierten Sonderpflichtigen sind, die dahinterstehenden eigentlich sonderpflichtigen Rechtssubjekte (z.B. eine AG) aber mangels Handlungsqualität strafrechtlich nicht zur Verantwortung gezogen werden können.³⁰ Es handelt sich damit um eine Strafausdehnung, die nicht das Rechtssubjekt, sondern das jeweilige Organ bzw. den Vertreter trifft.³¹

Darin liegt aber bereits der entscheidende Grund, warum § 14 Abs. 1 StGB für die Auslegung des § 28 StGB in Sachen „besondere persönliche Merkmale“ nur bedingt weiterhilft. Denn § 28 Abs. 1 StGB ist eine den Teilnehmer begünstigende Regelung und soll vor der „blinden“ Zurechnung besonderer persönlicher Merkmale schützen, indem er privilegierend zu einer Strafmilderung zwingt, während § 14 StGB die Zurechnung – wenngleich einschränkend³² – gerade ermöglichen soll.³³ Hat man sich die unterschiedlichen Normzwecke vergegenwärtigt, folgt hieraus, dass mit den besonderen persön-

²⁶ Für strafbegründenden Charakter grundlegend *Deichbaum*, Grenzfälle der Sonderstraftat, 1994, S. 108.

²⁷ BGHSt (GS) 8, 301 (309); *H.E. Müller*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 154 Rn. 4.

²⁸ Vgl. auch die Parallelnorm in § 9 Abs. 1 OWiG.

²⁹ Möglich sind Geldbußen nach dem OWiG, vgl. insoweit § 30 OWiG.

³⁰ *Radtke*, JR 2010, 233 (234); *Valerius*, Jura 2013, 15 (16).

³¹ *Bosch*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 14 Rn. 1; *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2023, § 6 Rn. 77.

³² Ausführlich *Radtke*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 14 Rn. 58 ff.

³³ *Herzberg*, ZStW 88 (1976), 68 (110 f.).

lichen Merkmalen in § 14 Abs. 1 StGB etwas anderes gemeint sein muss als in § 28 Abs. 1 StGB, denn ein- und dasselbe Merkmal kann nicht ent- und belastend zugleich sein.³⁴ Weil es letztlich um die Zurechnung von im weiten Sinn übertragbaren Merkmalen vom Vertretenen auf den Vertreter geht, muss es sich demnach um solche Pflichten handeln, die nicht höchstpersönlicher Natur sind (sog. nicht höchstpersönlich wirkende objektiv-täterschaftliche Merkmale³⁵). Wer als Geschäftsführer einer von Zwangsvollstreckung bedrohten GmbH (besonderes persönliches Merkmal ist hier die Stellung als Vollstreckungsschuldnerin als „besonderes persönliches Verhältnis“³⁶) Vermögensbestandteile veräußert, kann über § 14 Abs. 1 StGB zur Haftung aus § 288 Abs. 1 StGB herangezogen werden. Denn bei der Stellung als Vollstreckungsschuldner handelt es sich um ein Merkmal, das ohne Änderung des Pflichteninhalts auch von einem (beauftragten) Dritten wahrgenommen werden kann.³⁷

Trotz des Verweises in § 28 Abs. 1 StGB auf § 14 Abs. 1 StGB muss daher der Begriff der besonderen persönlichen Merkmale aus teleologischen Gründen unterschiedlich ausgelegt werden.³⁸ Für die damit verbundene eigene Auslegung bietet es sich an, diese Begriffs-Trias zumindest in zwei Begriffspaare zu trennen und zwischen den „persönlichen Merkmalen“ einerseits und den „besonderen Merkmalen“ weiter zu differenzieren.³⁹

b) Besondere „persönliche“ Merkmale

Wenig Wunder – weil im Wortlaut insoweit noch klar formuliert – nimmt es zunächst, dass es sich um ein Merkmal handeln muss, das personenbezogen und damit von den sachlichen Unrechtsmerkmalen (z.B. Tötung mit einem gemeingefährlichen Mittel) abzugrenzen ist.⁴⁰ Hierunter fallen persönliche Eigenschaften (z.B. Geschlecht, Alter⁴¹), persönliche Verhältnisse (z.B. Amtsträgereigenschaft, vgl. §§ 331 ff. StGB, und andere Pflichtenpositionen⁴²) und – gewissermaßen als Auffangtatbestand – die persönlichen Umstände, die weder zu den Eigenschaften noch zu oder Verhältnissen gezählt werden (z.B. die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit, aber auch Schwangerschaft).⁴³

c) „Besondere“ persönliche Merkmale

Welche persönlichen Unrechtsmerkmale nunmehr so „besonders“ sind, dass sie eine – auf Billigkeitserwägungen fußende – Abweichung vom Grundsatz der limitierten Akzessorietät verlangen, ist

³⁴ Gallas, ZStW 80 (1968), 1 (21 f.) m.V.a. die Arbeit von Blauth, Handeln für einen anderen nach geltendem und kommandem Strafrecht, 1968, ohne gewisse Überschneidungen gänzlich abzulehnen; ein hierin zumindest ähnliches reziprokes Verhältnis erblickend Herzberg, ZStW 88 (1976), 68 (111 ff.); a.A. Schünemann, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 14 Rn. 34.

³⁵ Schröder/Bergmann, in: Matt/Renzikowski, 2. Aufl. 2020, § 14 Rn. 16; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 14 Rn. 2; Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 21/11.

³⁶ Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 14 Rn. 10/11.

³⁷ Gallas, ZStW 80 (1968), 1 (22).

³⁸ Das ist nicht unüblich, sondern vielmehr ein geradezu typischer Fall der „Relativität der Rechtsbegriffe“, vgl. Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 14 Rn. 8; hierzu grundlegend Demko, Relativität der Rechtsbegriffe, 2002.

³⁹ In Anlehnung an Kudlich, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2024, § 28 Rn. 3 ff. – nur mit dem Unterschied, dass er sich auch (zur hier nicht weiter besprochenen) Differenzierung zwischen § 28 Abs. 1 und Abs. 2 StGB verhält (Kudlich [a.a.O.], Rn. 15 ff.); vgl. auch die umfassende Darstellung bei Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 27 Rn. 24 ff.

⁴⁰ Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 27 Rn. 24.

⁴¹ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 28 Rn. 4.

⁴² Schünemann/Greco, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 28 Rn. 55.

⁴³ Kudlich, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2024, § 28 Rn. 7.

eine deutlich schwieriger zu beantwortende Frage. Mit anderen Worten: Es bedarf nunmehr eines weiteren Filters der unter b) kategorisierten Merkmale. Hier können die vielen Ansätze zur Eingrenzung und Interpretation⁴⁴ nur auszugsweise und überblicksartig umrissen werden, um einen Einblick in dieses tief dogmatische Problem aus dem Allgemeinen Teil zu geben, das bis heute nach wie vor umstritten bleibt. Die folgenden Lösungsansätze gehören zu den bekanntesten:

Vertiefungshinweis: Es soll im Folgenden auch außen vor bleiben, wie sich § 28 StGB zu § 29 StGB verhält. Hiermit ist namentlich die Einordnung der speziellen Schuldmerkmale, seien sie strafbegründender (wie etwa die „Rücksichtslosigkeit“, vgl. § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB) oder strafmodifizierender (hierzu zählt die Gruppe der täterbezogenen Mordmerkmale⁴⁵) Natur, gemeint. Das Problem kreist dort darum, ob für diese § 29 StGB Anwendung finden soll oder ob sie – neben den Unrechtsmerkmalen – auch § 28 StGB unterfallen.⁴⁶ Der Streit wirkt sich bei den strafbegründenden speziellen Schuldmerkmalen aus, denn bei den strafmodifizierenden besonderen persönlichen speziellen Schuldmerkmalen kommen § 28 Abs. 2 StGB und § 29 StGB zum selben Ergebnis.⁴⁷

aa) Einheitslösung

Hierzu zählt auch die gänzliche Aufgabe von Differenzierungsmerkmalen, wie sie namentlich von *Schünemann*⁴⁸ ins Leben gerufen wurde. Danach würden alle „persönlichen“ Merkmale einheitlich dem Anwendungsbereich des § 28 StGB unterfallen und somit einer strengen Akzessorietät entzogen sein. Ziel ist im Ergebnis die Vermeidung einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung von Täter und Teilnehmer, die bei unkorrigiertem Akzessorietätsprinzip entstände. Die Strafmilderung nach § 28 Abs. 1 StGB korrigiere diese Unstimmigkeiten und berücksichtige das Rangverhältnis zwischen der dem Unrecht tatferneren Teilnahme im Vergleich zur (stärkeren) Form der Täterschaft. Besondere persönliche Merkmale seien danach alle Merkmale, die nicht in mittelbarer Täterschaft verwirklicht werden können. Diese Einschränkung betrifft insbesondere eigenhändige Delikte.⁴⁹

bb) Differenzierende Auffassungen (insb. qualifizierte Pflichtenstellungen)

Vielfach wird differenziert: Charakterisiert das jeweilige Delikt eine qualifizierte Pflichtenstellung, wie es etwa bei den Sonderdelikten der Fall ist (z.B. §§ 331 f. StGB und §§ 339 f. StGB; aber auch §§ 203, 266 StGB), handele es sich bei den dort angesprochenen Pflichtenstellungen um ein besonderes persönliches Merkmal, auf das § 28 StGB Anwendung finde.⁵⁰ Hiervon auszunehmen seien jedoch nicht qualifizierte Pflichten. Diese in einem Sonderdelikt zu erkennen, ist häufig nicht so einfach. Auszuschließende Merkmale seien etwa solche, bei denen dem Pflichten „keine soziale Rolle

⁴⁴ Vgl. nur die Darstellung bei *Hake*, Beteiligtenstrafbarkeit und „besondere persönliche Merkmale“, 1994, S. 94 ff.; ebenso – mit an Grundgedanken des § 28 StGB vorgestellten Leitlinien aus der mannigfaltigen Lit. – auch *Schwerdtfeger*, Besondere persönliche Unrechtsmerkmale, 1992, S. 108 ff.

⁴⁵ Soweit der Mord als Qualifikation des Totschlags angesehen wird.

⁴⁶ Eingehend *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 28 Rn. 6 ff.; *Hake*, Beteiligtenstrafbarkeit und „besondere persönliche Merkmale“, 1994, S. 117 ff.

⁴⁷ Hierzu *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 155 ff.

⁴⁸ *Schünemann*, Jura 1980, 354 (364 ff.); *ders.*, GA 1986, 293 (339 ff.); auch heute noch *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 28 Rn. 10 ff., 48 ff.

⁴⁹ *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 28 Rn. 63.

⁵⁰ *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil. 2. Aufl. 1991, 23/25; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 27 Rn. 55 ff.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 46 Rn. 17.

mit gesteigerter Verantwortung“ oder „besonderes Vertrauen“ zukomme⁵¹, bei denen es mehr um die Charakterisierung der Rechtsgutsverletzung gehe (und nicht um die Persönlichkeit des Täters)⁵² oder bei denen der Gesetzgeber – trotz Anknüpfung an eine Pflicht – nur einen bestimmten Lebensbereich oder Kontext näher beschreiben wollte und hierdurch nur das Rechtsgut näher kennzeichne.⁵³ Einzelheiten sind aber umstritten und müssen der Auslegung der jeweiligen Vorschrift des Besonderen Teils vorbehalten bleiben.⁵⁴

cc) Tat- und Täterbezogene Merkmale

Namentlich die Rspr.⁵⁵ und Teile der Lit.⁵⁶ kategorisieren in tatbezogene und täterbezogene Merkmale. Erstere seien aus dem Anwendungsbereich des § 28 StGB auszuklammern mit der Folge, dass sie streng akzessorisch zu behandeln seien, letztere hingegen nicht. Für die Abgrenzung sei der Schwerpunkt des Merkmals entscheidend: Wird hierdurch mehr die Tat, ihre Verwerflichkeit, ihre Gefährlichkeit, ihre Ausführungsart oder ihr Unrechtsgehalt und weniger die Persönlichkeit des Täters (im Sinne der Motive und Gesinnungen) gekennzeichnet, handele es sich um tatbezogene Merkmale. Für die Rspr. kommt es bei der Auslegung auf den jeweiligen Tatbestand unter Beachtung des Charakters und der Schutzrichtung an.⁵⁷ Speziell im Bereich der durch besondere Pflichten gekennzeichneten Delikte differenziert sie weiter dahingehend, ob es sich um eine vorstrafrechtliche Sonderpflicht (dann eher Kennzeichnung der Persönlichkeit und deshalb täterbezogenes Merkmal) oder ob es sich um ein „Jedermanns-Gebot“ (dann eher Kennzeichnung der Tat und deshalb tatbezogen) handelt.⁵⁸ Bei der Unterscheidung zwischen tatbezogenen und täterbezogenen Merkmalen darf man freilich nicht dem – semantisch angelegten – Trugschluss unterliegen, es handele sich bei den „täterbezogenen“ Merkmalen zugleich immer um subjektive Unrechtsmerkmale (insb. Vorsatz; besondere Absichten) und bei den tatbezogenen Merkmalen stets um objektive Unrechtsmerkmale. Denn es ist anerkannt, dass etwa die überschießenden Innentendenzen, wie die besonderen Absichten in §§ 242, 263 StGB⁵⁹, genauso wenig zum Anwendungsbereich des § 28 StGB zählen wie es umgekehrt etwa bei dem objektiv-persönlichen Merkmal der Schwangerschaft (§ 218 Abs. 1, Abs. 3 StGB) gerade der Fall ist.⁶⁰

⁵¹ Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 27 Rn. 59.

⁵² Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2023, § 28 Rn. 4.

⁵³ Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 28 Rn. 18, die beispielhaft die Unterhaltspflicht aus § 170 StGB oder die Stellung als Vollstreckungsschuldner aus § 288 StGB nennen.

⁵⁴ Str. Beispiele: Die Stellung als Unfallbeteiligter (dafür Zopfs, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 142 Rn. 124) oder als Zeuge (§§ 153 ff. StGB), worauf hier näher einzugehen sein wird (unten III.).

⁵⁵ Etwa BGHSt 22, 375 (377 f.); 39, 326 (327); 41, 1 (1 f.); 55, 229 (231); 66, 66 (69) und jüngst auch in hiesiger Entscheidung, vgl. BGH, *Beschl. v. 5.2.2024 – 3 StR 470/23*, Rn. 6 ff.

⁵⁶ Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 71. Aufl. 2024, § 28 Rn. 3; Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 2024, § 46 Rn. 13; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 53. Aufl. 2023, Rn. 877; krit. Herzberg, *ZStW* 88 (1976), 68 (78 f.) und – sehr deutlich – Schünemann/Greco, in: *LK-StGB*, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 28 Rn. 35 f.

⁵⁷ BGHSt 39, 326 (328).

⁵⁸ BGHSt 41, 1 (2) und BGHSt 56, 153 (155) – beides zur steuerrechtlichen Erklärungspflicht § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; bzgl. dieser Maßstäbe festhaltend BGHSt 63, 282 (285), vgl. aber *in der Sache* andererseits BGHSt 63, 282 (286): § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO sei ein besonderes persönliches Merkmal.

⁵⁹ BGHSt 55, 229 (232) – zur Bereicherungsabsicht in § 235 Abs. 2 Nr. 2 StGB; Kühl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 159; Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 2024, § 46 Rn. 13; a.A. Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, 23/23.

⁶⁰ BGHSt 1, 139 (142 f.).

II. Entscheidung des Senats

Die Frage, ob die Zeugeneigenschaft ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 1 StGB ist, wurde bislang in der Rspr. nicht ausdrücklich⁶¹ entschieden. Dies verlangte es dem BGH nunmehr ab, sich explizit hierzu zu verhalten.

Der *Senat* skizziert die in der gefestigten Rspr. vertretene Grundunterscheidung in tatbezogene und täterbezogene Merkmale (dazu oben I. 3. c) cc)) und betont, dass es auf eine an Schutzrichtung sowie am Charakter orientierte Auslegung und – soweit Pflichtdelikte betroffen sind – auf die Differenzierung zwischen vorstrafrechtlichen Sonderpflichten und Gemeinpflichten ankomme.⁶² Bei der Zeugeneigenschaft in § 153 StGB handele es sich – so der BGH – um ein tatbezogenes Merkmal, sodass § 28 Abs. 1 StGB nicht zur Anwendung gelange.⁶³

Schon dem Wortlaut nach lasse sich die Formulierung „als Zeuge“ dahingehend interpretieren, in einer zeugenschaftlichen Vernehmung falsch auszusagen, was letztlich ein Element der Delikthandlung – und damit nicht eines der Persönlichkeit des Täters – kennzeichne.⁶⁴

Dieses Ergebnis werde auch durch die Historie gestützt, denn § 153 StGB, der im Rahmen der Strafrechtsangleichungsverordnung eingeführt wurde⁶⁵, sollte die Lücke schließen, die sich dadurch ergab, dass die obligatorische Beeidigung von Aussagen entfiel. So habe die Vorschrift den Schutz der Rechtspflege vervollständigt und den durch unwahre Aussagen ausgehenden Gefahren entgegengewirkt, die Anerkennung einer Sonderpflicht für Zeugen sei damit nicht einhergegangen.⁶⁶

Auch die Systematik belege dieses Verständnis. Ein Vergleich des § 153 StGB mit § 154 StGB (Meineid) zeige, dass dort der Täterkreis größer sei, erfasst werde mit derselben Strafandrohung neben dem Zeugeneid auch der Parteieneid (§ 452 Abs. 1 ZPO). Wenn die Zeugeneigenschaft ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 1 StGB sei (Anm. d. *Verf.*: mit der Folge, dass auch der Anstifter zum Meineid in den Genuss der Strafmilderung käme), führe das zu einem Wertungswiderspruch, der sich für Teilnehmer am Parteienmeineid ergäbe: Denn das falsche Schwören in der Stellung als Zivilprozesspartei sei gerade kein besonderes persönliches Merkmal, damit bleibe dem Teilnehmer am Parteienmeineid eine Privilegierung aus § 28 Abs. 1 StGB verwehrt. Entweder verzichte man also zur Vermeidung von Ungleichbehandlungen gänzlich auf die Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB oder aber man nehme für die Wahrheitspflicht der Zivilprozesspartei eine besondere Pflichtenstellung an.⁶⁷

Am Ergebnis der Unanwendbarkeit des § 28 Abs. 1 StGB ändere sich auch nicht deshalb etwas, weil die Anstiftung zum Meineid nach §§ 154, 26 StGB im Vergleich zur täterschaftlichen Verleitung zur Falschaussage nach § 160 Hs. 1 StGB mit schwererer Strafe belegt sei. Zum einen lassen sich unmittelbare Rückschlüsse aus § 160 StGB nicht ziehen, weil sich dieser nicht bruchlos in die Systematik der §§ 153 ff. StGB einfügen ließe, zum anderen knüpfe die Vorschrift an die Vorstellung des

⁶¹ BGH, Beschl. v. 5.2.2024 – 3 StR 470/23, Rn. 5 verweist u.a. auf BGHSt 27, 74 (76), wo „ohne ausdrückliche Erörterung“ von der Nichtanwendbarkeit des § 28 Abs. 1 StGB ausgegangen wird. Dieser Verweis birgt zumindest die Gefahr eines Missverständnisses. Denn dort ging es um Fehler bei der Verurteilung wegen des Verdachts der Begünstigung (§ 60 Nr. 2 StPO) des wegen Meineides Verurteilten. Dieser Fehler führe nach der Rspr. des BGH in der Regel zu einer Strafmilderung (die nicht zwingend aus § 157 StGB zu folgen hat, vgl. BGHSt 23, 30 [32 f.]). Das ist nach Auffassung des *Verf.* ein wesensmäßiger Unterschied zur Strafmilderung aus § 28 Abs. 1 StGB. Richtig bleibt dennoch, dass der BGH in der dort zitierten Entscheidung gleichwohl nicht von § 28 Abs. 1 StGB Gebrauch gemacht hat.

⁶² BGH, Beschl. v. 5.2.2024 – 3 StR 470/23, Rn. 7–9.

⁶³ BGH, Beschl. v. 5.2.2024 – 3 StR 470/23, Rn. 10.

⁶⁴ BGH, Beschl. v. 5.2.2024 – 3 StR 470/23, Rn. 11.

⁶⁵ RGBl. I 1943, S. 339 (340).

⁶⁶ BGH, Beschl. v. 5.2.2024 – 3 StR 470/23, Rn. 12.

⁶⁷ BGH, Beschl. v. 5.2.2024 – 3 StR 470/23, Rn. 13–15.

Meineids als Sakraldelikt an – ausgehend hiervon mache es einen wertungsmäßigen (im Sinne von im Ergebnis weniger strafwürdigen) Unterschied, ob jemand einen Meineid beginge oder einen unvorsätzlichen Falscheid.⁶⁸

Schließlich, so der *Senat*, gehe es bei § 153 StGB dem Sinn und Zweck nach nicht um die Verletzung einer dem Zeugen obliegenden Pflicht zur Bewahrung eines ihm anvertrauten Rechtsgutes – wie es etwa bei den Amtsdelikten oder der Untreue der Fall sei –, sondern um den objektiven Eingriff auf das Rechtsgut. Diese Rechtsgutsbezogenheit führe zu einer vollakzessorischen Zurechnung des vom falsch aussagenden Zeugen verwirklichten Unrechts. Insbesondere treffe den Zeugen nur eine formell-prozessuale Rolle in tatsächlicher Stellung, die sich darauf beschränke, zu einem Beweisthema zum Zwecke der Wahrheitsfindung Tatsachen zu bekunden. Er erhalte keine rechtliche Dispositionsbefugnis über den Inhalt seiner Bekundung (und damit über das Rechtsgut), denn die Beweiswürdigung obliege allein dem Gericht. Hinzukäme, dass die Rolle als Zeuge nur temporärer Natur sei, außerhalb der Verhandlung werde er wieder zum „jedermann“, dessen Verpflichtungen der Rechtspflege gegenüber nicht weiter reichen als diejenigen anderer Personen.⁶⁹

III. Würdigung

Die Frage, ob die Zeugeneigenschaft ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 1 StGB ist, ist durchaus umstritten.⁷⁰ Insofern darf man *Müller* auch heute noch darin zustimmen, dass sich ein „Überwiegen einer Ansicht“⁷¹ nicht wirklich feststellen lässt. Neu ist nunmehr die ausdrückliche Position der Rspr., namentlich des 3. *Strafsenats*, die dennoch einigen Einwänden begegnet.

1. Wortlaut

Dies trifft zunächst auf die wortlautgestützte Argumentation des *Senats* zu. Denn in Wahrheit lässt der Wortlaut („als Zeuge“) den Schluss auf eine „besondere“ Rolle im Sinne einer besonderen Pflichtenstellung ebenso zu wie er es – nach Ansicht des *Senats* – in die andere Richtung ermöglicht. Auch an anderen Stellen verwendet das Gesetz die Formulierung „als“, siehe z.B. §§ 344, 345 StGB („Wer als Amtsträger...“) für den mitunter klassischsten Fall eines besonderen persönlichen Merkmals (Amtsträgereigenschaft). Dass es sich hierbei um ein besonderes persönliches Merkmal handelt (was nicht

⁶⁸ BGH, Beschl. v. 5.2.2024 – 3 StR 470/23, Rn. 16–18.

⁶⁹ BGH, Beschl. v. 5.2.2024 – 3 StR 470/23, Rn. 19–22.

⁷⁰ Dafür *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 28 Rn. 37; *Zöller*, in: SK-StGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2017, Vor § 153 Rn. 10; *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, Vor § 28 Rn. 32; *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 28 Rn. 63; *Puppe*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 28 Rn. 70; *Vormbaum*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 153 Rn. 111; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 23/25; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 27 Rn. 66: „Wahrheitspflicht“; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 25 Rn. 40; *Vormbaum*, Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils, 1987, S. 282 ff.; *Deichbaum*, Grenzfälle der Sonderstrafat, 1994, S. 78, 108 f.; *Hake*, Beteiligtenstrafbarkeit und besondere persönliche Merkmale, 1994, S. 111 f.; *Langer*, Die Sonderstrafat, 2007, S. 425 f.; *Herzberg*, ZStW 88 (1976), 68 (103 f.) sowie *ders.*, GA 1982, 145 (182); wohl auch *Hirsch*, ZStW 88 (1976), 752 (771), wenn er § 153 StGB Sonderdeliktscharakter zuschreibt; *Langer*, in: FS Wolf, 1985, S. 335 (355); *Stephan/Zurmussen*, KriPoZ 2024, 317 (323); *Gerson*, JR 2024 (im Erscheinen); dagegen *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 153 ff. Rn. 42; *Wolters/Ruß*, in: LK-StGB, Bd. 9, 13. Aufl. 2021, Vor §§ 153 ff. Rn. 7; *H.E. Müller*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, Vor § 153 Rn. 19; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 153 Rn. 7; *Murmann*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 28 Rn. 7; *Sinn*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 153 Rn. 4; *H.E. Müller*, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, 2000, S. 359; *Grünwald*, GS Kaufmann, 1989, S. 555 (563).

⁷¹ *H.E. Müller*, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, 2000, S. 339.

nur am Wortlaut auszumachen war), ist praktisch unbestritten.⁷² Insofern kann man – so viel gibt der Wortlaut her – durchaus von einer besonderen „Stellung“ sprechen.

2. Historie

Ob die Gesetzesgeschichte des § 153 StGB gegen die Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB spricht, ist ebenso zweifelhaft. Der *Senat* meint, das Rechtsgut der staatlichen Rechtspflege (mit seinem damit verbundenen Interesse an Wahrheitsfindung) sei durch die falsche Aussage an sich gefährdet (dem Eid käme insoweit nur eine die Aussage bekräftigende Wirkung zu)⁷³, der Wegfall der obligatorischen Beeidigung habe die Einführung des § 153 StGB notwendig gemacht. Ein Blick in die Gesetzesmaterialien der damaligen Zeit zeigt jedoch, dass es darum ging, den Verstoß gegen die Wahrheitspflicht in der Rolle des Zeugen als Beweismittel zu ahnden.⁷⁴ Dass davon abgesehen wurde, die Zivilprozesspartei von § 153 StGB zu erfassen, spricht im Übrigen dafür, dass gerade den Zeugen eine besondere Pflichtenstellung treffen soll.⁷⁵

3. Systematik

Zuzugeben ist dem *Senat*, dass die Systematik innerhalb der §§ 153 ff. StGB nicht ganz widerspruchsfrei ist. Diese Widersprüchlichkeit spricht aber nicht gegen, sondern für eine Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB.

a) Drohender Widerspruch in der Binnensystematik der §§ 153 ff. StGB

Das (nach Meinung des *Verf.*) wohl stärkste Argument liegt in der drohenden Ungleichbehandlung des Parteieneids im Vergleich zum Zeugeneid. *Müller*⁷⁶ ist zuzustimmen, dass sich (bis heute zumindest⁷⁷) kaum jemand⁷⁸ dieses Wertungswiderspruchs bei einer Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB angenommen hat. Doch verkennt der BGH, dass man die Ungleichbehandlung schlicht durch eine Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB auch auf § 154 StGB hinsichtlich des Parteienmeineids beseitigen kann. Denn in Wahrheit weist auch § 154 StGB Sonderdeliktscharakter auf.⁷⁹

Das ergibt sich allen voran aus der Formulierung der Tathandlung in § 154 StGB („Wer ... falsch schwört“), denn falsch schwören kann nur derjenige, der vereidigt wurde. Dies deckt sich mit der Auslegung der Tathandlung in § 153 StGB, denn auch dort wird in der Eigenschaft gerade als Zeuge (oder Sachverständiger) „falsch ausgesagt“. Dann kann aber nichts anderes für § 154 StGB gelten, wobei die Eigenschaft dann an die Vereidigung (sei es als Zeuge, als Sachverständiger oder – siehe sogleich – als Partei) vor einer zur Abnahme von Eiden zuständige Stelle anknüpft. Wer dies anerkennt, kann bei § 153 StGB zu keinem anderen Ergebnis gelangen. Dies gilt dort für Zeugen und Sachverständige gleichermaßen aus folgenden Erwägungen: Bereits im Grundtatbestand (§ 153 StGB)

⁷² Statt vieler nur *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 28 Rn. 57.

⁷³ BGH, Beschl. v. 5.2.2024 – 3 StR 470/23, Rn. 12 m.V.a. BGHSt 21, 116 (117).

⁷⁴ Darauf weisen *Stephan/Zurmussen*, KriPoZ 2024, 317 (319 f.) unter Bezugnahme insbesondere der Arbeiten von *Vormbaum*, Eid, Meineid und Falschaussage, 1990, sowie *ders.*, Die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29. Mai 1943, 2011, zutreffend hin.

⁷⁵ *Gerson*, JR 2024 (im Erscheinen).

⁷⁶ *H.E. Müller*, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, 2000, S. 358.

⁷⁷ Siehe die Besprechungen bei *Stephan/Zurmussen*, KriPoZ 2024, 317 (320 f.); *Gerson*, JR 2024 (im Erscheinen).

⁷⁸ *H.E. Müller*, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, 2000, S. 358, weist zutreffend auf *Deichbaum*, Grenzfälle der Sonderstrafat, 1994, S. 104 ff. hin.

⁷⁹ *Puppe*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 28 Rn. 70.

beschränkt sich der Täterkreis auf bestimmte Tatsubjekte. Diesen Personen kommt besondere Bedeutung bei der Wahrheitsfindung zu. Strafbar ist man nur in der Rolle als Zeuge oder Sachverständiger. Das Gericht bedient sich zur Aufklärung des Sachverhalts der Wahrnehmung bestimmter Personen, die über das Verfahrensrecht zu laden und zu vernehmen sind und ihrer Bekundung nach wahrheitsgemäß auszusagen haben (Wahrheitspflicht). Ihre Bekundungen werden etwa im Strafprozessrecht als Teil des Inbegriffs der Hauptverhandlung (§ 261 StPO) zur Grundlage des Urteils gemacht. Die vernommenen Personen sind auch nicht etwa beliebig austauschbar. Nur wer als Zeuge (oder Sachverständiger) gerade in dieser Rolle falsch aussagt, macht sich strafbar, nicht hingegen, wer etwa vom Gericht fälschlicherweise als Beschuldigter vernommen wurde und in dieser Position falsch aussagt⁸⁰ oder wer (mangels Einflusses auf die Tatsachenfindung) durch Zwischenrufe etwas bekundet.⁸¹ Zugleich geht die Eigenschaft als Zeuge mit einer Reihe von Verfahrensvorschriften (§§ 48 ff. StPO⁸²) einher: Es existieren Belehrungsvorschriften (z.B. § 57 StPO), Aussageverweigerungsrechte (z.B. §§ 52 ff. StPO) oder das Recht auf einen Zeugenbeistand (§ 68b StPO). Auf der anderen Seite hat sich der Staat an bestimmte Vorgaben zu halten (vgl. etwa § 69 Abs. 3 StPO i.V.m. § 136a StPO), was zeigt, dass diesem Personenkreis gegenüber besondere Rücksicht im Verfahren gewidmet wird. Dies alles macht die qualifizierte Sonderstellung des Zeugen gerade aus. Mit anderen Worten (insbesondere in der Sprache der Rspr.): Es handelt sich hierbei um außerstrafrechtliche Sonderpflichten, die eine Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB auf Teilnehmer zwingend machen. Bzgl. dieser Personengruppe gilt Entsprechendes für § 154 StGB.

Für den Parteieid in § 154 StGB muss ein Gleichlauf begründet werden. Die ZPO legt den Parteien nur in Ausnahmefällen Pflichten auf.⁸³ Hierzu zählt unter anderem die Wahrheitspflicht aus § 138 Abs. 1 ZPO.⁸⁴ Das deckt sich auch mit der Systematik des Zivilprozessrechts. Dort wird im Abschnitt der Parteivernehmung (§§ 445 ff. ZPO) deutlich, dass die Vereidigung im Zivilprozess eher die Ausnahme als die Regel ist, insbesondere geht hier in der Regel eine vorläufige Beweiswürdigung voraus – hierauf hat *Deichbaum*⁸⁵ zutreffend hingewiesen. Deshalb misst das Gericht dem Parteieid eine – gegenüber dem Zeugeneid – hohe Bedeutung bei.⁸⁶ Das besondere persönliche Merkmal wurzelt auch hier in der sozialen Rolle als mit einem hohen Maß an Verantwortung⁸⁷ an der Mitwirkung des Verfahrens beteiligte Person. Es ist im Fall der zivilprozessualen Partei die vor einer zur Abnahme von Eiden zuständige „vereidigte Partei“, die mit derjenigen des Zeugen (sei er uneidlich, sei er eidlich vernommen) korrespondiert. Die zivilprozessuale Besonderheit, dass die Vereidigung die Ausnahme darstellt, gleicht das (scheinbare) Ungleichgewicht aus. In beiden Fällen ist aber § 28 Abs. 1 StGB anzuwenden.

b) Strafrahmendiskrepanz zu § 160 StGB

Nicht wirklich zu erklären ist bis heute der Strafrahmen des § 160 StGB – man kann die Vorschrift nur als missglückt bezeichnen.⁸⁸ Denn es leuchtet schlichtweg nicht ein, den Täter des Verlebens eines

⁸⁰ Beispiel nach *Langer*, in: FS Wolf, 1985, S. 339 (350 f.).

⁸¹ *Deichbaum*, Grenzfälle der Sonderstrafat, 1994, S. 65.

⁸² Über § 72 StPO gelten für Sachverständige die Vorschriften über Zeugen grundsätzlich entsprechend.

⁸³ *Musielak/Voit*, in: *Musielak/Voit*, Zivilprozessordnung, Kommentar, 21. Aufl. 2024, Einl. Rn. 56.

⁸⁴ *Musielak/Voit*, in: *Musielak/Voit*, Zivilprozessordnung, Kommentar, 21. Aufl. 2024, Einl. Rn. 56 sowie *Stadler*, in: *Musielak/Voit*, Zivilprozessordnung, Kommentar, 21. Aufl. 2024, § 138 Rn. 2.

⁸⁵ *Deichbaum*, Grenzfälle der Sonderstrafat, 1994, S. 65.

⁸⁶ *Anders H.E. Müller*, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, 2000, S. 358.

⁸⁷ Zum Gedanken der „Überantwortung“ *Langer*, in: FS Wolf, 1985, S. 339 (353 f.).

⁸⁸ Vgl. zur Kritik statt vieler *H.E. Müller*, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, 2000, S. 379 ff.

gutgläubig falsch Aussagenden milder zu bestrafen als den Anstifter zu einer uneidlichen Falschaussage. Der *Senat* meint, historisch wirke § 160 StGB der Charakter als Sakraldelikt nach – das Verleiten zu einem unvorsätzlichen Meineid sei etwas anderes als die Anstiftung zu einem vorsätzlichen Meineid.

Diese Argumentation verfängt – wenn überhaupt – nur für die Eidesdelikte, für das Verleiten zur uneidlichen Falschaussage (§ 160 Hs. 2 StGB) kann sie nicht taugen.⁸⁹ Der gegenüber § 153 StGB deutlich niedrigere Strafraum ist allenfalls insoweit zu erklären, als § 153 StGB gerade die besondere Pflichtenstellung des Zeugen berücksichtigt.⁹⁰ Ist diese Pflichtenstellung einmal anerkannt, so ist zugleich die Aussage über denjenigen getroffen, der nicht in dieser Rolle auftritt. Dies gilt für einen „Quasi-mittelbaren Täter“ (wie in § 160 StGB) gleichermaßen wie für einen Teilnehmer. Im ersteren Fall bedarf es eines wertungsmäßigen Unterschieds jedenfalls auf Strafzumessungsebene – dies ist mit § 160 StGB geschehen. Auf Teilnehmerseite bedarf es einer entsprechenden Korrespondenz. Denn die Einflussnahme auf die Wahrheitsfindung liegt nach wie vor beim Zeugen, er ist näher am Rechtsgut dran (was nicht zur einzig denkbaren Folge zwingt, es handele sich um einen „reinen“ rechtsgutsbezogenen Angriff, und dies spreche per se gegen eine Täterbezogenheit des Merkmals, siehe sogleich). Das Gesetz zeigt an anderer Stelle, dass etwa an die Vollendung schwerere Folgen anzuknüpfen als an den Versuch.⁹¹ Und so wird auch aus der dualistischen Beteiligungslehre deutlich, dass es wertungsmäßig einen Unterschied machen muss, wenn jemand als Anstifter als grundsätzlich mildere Beteiligungsform gegenüber der Täterschaft am Geschehen mitwirkt. Dem kann man nur gerecht werden, wenn man § 28 Abs. 1 StGB auf den Anstifter anwendet.⁹²

4. Schutzrichtung der §§ 153, 154 StGB

Nicht verfangen kann das Argument des *Senats*, bei §§ 153, 154 StGB gehe es um die Gefährdung der Sachverhaltsfeststellung durch unwahre Aussagen (insoweit noch richtig), und weil der Zeuge objektiv in dieses geschützte Rechtsgut eingreife, gehe es bei dem Merkmal „als Zeuge“ um diesen Rechtsgriffsangriff – und nicht um die Verletzung einer Pflicht des Zeugen betreffend eines ihm anvertrauten Rechtsguts. Gegenbeispiel zu dieser reinen Rechtsgriffsbezogenheit seien nach dem *Senat* die Amtsdelikte.

Doch schließen sich Rechtsgriffsbezogenheit und besondere Pflichtenstellung gerade nicht (!) aus. Ausgerechnet das vom *Senat* angeführte Beispiel belegt dies. Denn bei den Amtsdelikten lässt sich die Rechtsgriffsbezogenheit kaum leugnen, weil z.B. ohne die Amtsträgereigenschaft in § 339 StGB eine Rechtsgriffsverletzung überhaupt nicht vorläge.⁹³ Im Übrigen braucht dem Sonderpflichtigen das Rechtsgut nicht zwingend „besonders anvertraut“ zu sein. Dies zeigt ein Blick in § 340 StGB: Dort wird zu Recht darauf hingewiesen, dass zum Sonderdeliktsmerkmal auch andere Schutzgüter – wie dort etwa die körperliche Unversehrtheit – hinzukommen können.⁹⁴ Letztere sind dem Amtsträger aber gewiss nicht „anvertraut“. Der Strafraum in § 340 StGB berücksichtigt die Verletzung der Pflicht des Amtsträgers als Repräsentant des Staates.

⁸⁹ Herrmann, Reform der Aussagedelikte, 1973, S. 209.

⁹⁰ Vormbaum, Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils, 1987, S. 284.

⁹¹ BGHSt 6, 308 (310).

⁹² Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 27 Rn. 66; Herzberg, ZStW 88 (1976), 68 (103 f.); H.E. Müller, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, 2000, S. 380 f. ist allerdings zuzugeben, dass rechnerisch das Problem nicht zu einer Besserstellung des Anstifters – auch im Versuchsstadium (§ 159 StGB) – führt.

⁹³ Vgl. nur Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 27 Rn. 35.

⁹⁴ Grünwald, in: LK-StGB, Bd. 19, 13. Aufl. 2023, § 340 Rn. 2: „Zweifache Schutzrichtung“.

Nicht durchdringen kann ferner, dass die Rolle des Zeugen eine nur temporäre Rolle sei, er außerhalb der Vernehmung wieder zum „jedermann“ werde. Richtig ist freilich, dass der Zeuge nur während der Vernehmung vor einer zur Abnahme von Eiden befugten Stelle nach § 153 StGB strafbar ist. Außerhalb dieser Situation kann er sich nach anderen Vorschriften strafbar machen. Doch ist nirgendwo verlangt, dass das besondere persönliche Merkmal von Dauerhaftigkeit geprägt sein muss, wie sonst ließe sich etwa das Merkmal der „Schwangerschaft“ in § 218 StGB, das anerkanntermaßen ein besonderes persönliches Merkmal ist⁹⁵, unter § 28 Abs. 1 StGB fassen

IV. Fazit

Die Zeugeneigenschaft i.S.d. §§ 153 ff. StGB ist ein strafbegründendes besonderes persönliches Merkmal nach § 28 Abs. 1 StGB. Sie folgt aus seiner Nähe zum Rechtsgut, was nicht ein Grund gegen, sondern für eine Lockerung der Akzessorietät der Teilnahme ist. Seine Stellung geht mit einer Reihe von Rechten und Pflichten einher. Er hat maßgeblichen Einfluss auf den Prozess der Wahrheitsfindung und ist nicht beliebig austauschbar. Diese Rolle endet mit dem Ende der Vernehmung, was jedoch auf die besondere Pflichtenstellung während der Vernehmung keine Auswirkungen hat.

⁹⁵ Siehe oben Fn. 60; das gleiche gilt auch – so man sie nicht unter § 29 StGB subsumiert – für die speziellen Schuldmerkmale, z.B. die niedrigen Beweggründe in § 211 StGB.

Der Lehrbuchdschungel im Schuldrecht: Eine Durchforstung am Beispiel der GoA

Prof. Dr. Dr. Hanjo Hamann, JSM (Stanford), Wiss. Mit. Simon Weyhofen, Wiesbaden*

Wer ein Schuldrechtslehrbuch sucht – etwa zur sog. Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) –, landet in einem unübersichtlichen Dschungel. Mindestens 27 Lehrbücher wurden in den vergangenen 25 Jahren aufgelegt und konkurrieren um die Gunst heutiger Studierender. Wie aber eine informierte Wahl treffen, die mehr als „große Namen“ auf dem Umschlag oder subjektive Empfehlungen aus dem Bekanntenkreis berücksichtigt? Bemüht man dafür die Statistik, so zeigt sich: Aktuelle Lehrbücher sind seit drei bis 75 Jahren am Markt, stammen zu 85 % von Professor:innen an Universitäten, und ebenso oft von ausschließlich männlichen Autoren. Nur eines entsteht in Koautorenschaft. 70 % der Lehrbücher erscheinen bei vier Verlagen, die sich durch ihren Auflagentakt messbar unterscheiden (alle zweieinhalb Jahre oder häufiger bei C.H. Beck und Vahlen, fünf Jahre oder seltener bei C.F. Müller und Springer). Der Beitrag sucht nach Alleinstellungsmerkmalen der Lehrbücher und bietet darüber hinaus dreierlei: Erstens katalogisiert er erstmals alle Lehrbücher zum Schuldrecht, die (zumindest auch) die GoA erläutern. Zweitens versucht er, die didaktisch gelungene Aufbereitung eines Lehrstoffes mithilfe von Kennzahlen zu objektivieren. Drittens wendet er sich spezifischen Unklarheiten im Recht der GoA zu: Welche Lehrbücher helfen überhaupt bei der Entwirrung? Überraschenderweise bieten aktuelle Lehrbücher fast so wenig didaktischen Innovationsmut wie Gespür für das Verwirrungspotential der §§ 677–687 BGB.

I. Der schuldrechtliche Lehrbuchdschungel – eine Bestandsaufnahme	903
1. Die 27 juristischen Lehrbücher seit 2000 (auch) zur GoA	904
2. Lehrbuchautor:innen und ihre Demographie	905
3. Lehrbücher und ihre bibliographischen Daten	906
4. Inhaltliche Aufteilung des Schuldrechts	907
II. Didaktische Aufbereitung: Quantitativer Vergleich am Beispiel der GoA	908
1. Maßstab der quantitativen Durchforstung: Kennzahlen zur Didaktik	908
2. Formal-quantitative Kennzahlen im Vergleich zwischen 27 Lehrbüchern	909
3. Umfang der Ausführungen zur GoA	910
4. Didaktische Aufbereitung: Differenziertheit, Strukturierung, Veranschaulichung	911
III. Inhaltliche Durchdringung: Qualitative Erfassung von Referenzproblemen	912
1. Maßstab der qualitativen Durchforstung: Sieben Fragen ans GoA-Recht	912
2. Inhaltlich-qualitative GoA-Fragen im Vergleich zwischen 27 Lehrbüchern	913
3. Auswertung zu den sieben Unklarheiten im Recht der GoA	914
IV. Fazit: Zu einer evidenzbasierten Lehrbuch-Auswahl	917

* Der Verf. Hamann ist Tenure-Track-Professor für Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht in Wiesbaden. Der Verf. Weyhofen ist Wiss. Mitarbeiter ebenda. Der Beitrag wurde angeregt durch eine Lehrveranstaltung im EBS-Examinatorium.

I. Der schuldrechtliche Lehrbuchdschungel – eine Bestandsaufnahme

Schuldrecht ist das mit Abstand examensrelevanteste Rechtsgebiet; Buch 2 des BGB stellt fast die Hälfte der für Zivilrechtsklausuren benötigten Vorschriften.¹ Wenig überraschend herrscht deshalb auch an Lehrbüchern zum Schuldrecht keine Knappheit. Als sich jüngst die Frage stellte, welches Lehrbuch zu empfehlen sei, lag deshalb eine Probe aufs Exempel nahe: Wie unterscheiden sich einschlägige Lehrbücher in der didaktischen Darstellung und Stoffvermittlung?

Zu vermitteln war in diesem Fall das Recht der sog. Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA), das deshalb als Referenzgebiet für die vorliegende Durchforstung dient (näher unten II.). Was aber gilt als „Lehrbuch“? Darunter wird hier nur Studienliteratur verstanden, die ihren Stoff systematisch-wissenschaftlich vermittelt. Das schließt erstens unsystematisch aufgebaute Lehrliteratur wie Fallbücher aus,² die zwar aktiv-kompetenzorientiertes Lernen am besten unterstützen, sich dafür aber weniger leicht systematisch vergleichen lassen. Zweitens bleibt Lehrliteratur unberücksichtigt, die sich nicht an Studierende im rechtswissenschaftlichen Examensstudium richtet,³ einschließlich aller – durchaus zahlreichen – Lehrbücher zum Wirtschafts(privat)recht, die die GoA zum Teil erwähnen⁴ oder sogar ausführlicher behandeln.⁵ Drittens bleiben schließlich auch unwissenschaftliche Handreichungen außer Betracht, also etwa Repetitorenskripte oder Broschüren aus Verlagen wie VRS (Verlag Rolf Schmidt), niederle media oder der C.F.Müller-Reihe „JURIQ Erfolgstraining“. Diese Werke bedienen andere Erwartungen an dogmatische Durchdringungstiefe sowie kürzere Produktionszyklen, so dass ihre systematische Erfassung wenig wissenschaftlichen Erkenntnisgewinn versprache.

Die nach diesen Kriterien aus dem Katalog der Deutschen Nationalbibliothek zusammengestellte Lehrbuchliste verzeichnet für die seit 2000 vergangenen 25 Jahre insgesamt 27 Lehrbücher zum Schuldrecht (ein weiteres ist mit großem Vorlauf angekündigt⁶), die zumindest (auch) die GoA behandeln.⁷ Ihre bibliographischen Daten dokumentiert die Tabelle auf der folgenden Seite nach den imprimierten Verlagsangaben, auch wenn deren Belastbarkeit sowohl bei der Autorengabe (dazu noch I. 2.) als auch beim Erscheinungsdatum alles andere als unzweifelhaft erscheint.⁸

¹ 49,6 % der in Musterlösungen eines LJPA 2009–2019 zitierten Paragraphen lt. Hamann, ZJS 2020, 507 (511).

² Etwa Schwabe, Lernen mit Fällen, Schuldrecht II, 13. Aufl. 2024; Fezer/Obergfell, Klausurenkurs zum Schuldrecht, Besonderer Teil, 11. Aufl. 2023; Greiner, Fälle zum Schuldrecht BT 2, 2023; Wieling/Finkenauer, Fälle zum Besonderen Schuldrecht, 9. Aufl. 2022; Fritzsche, Fälle zum Schuldrecht II, 6. Aufl. 2021; Bartels, Klausurtraining gesetzliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2018; Dörner, Schuldrecht 2, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2002; Medicus/Brand, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2007.

³ Etwa Schröder, Einführung in das bürgerliche Recht für Betriebswirte, 4. Aufl. 2022; Sakowski, Grundlagen des Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl. 2023, S. II: „Die Bücher der Reihe BA KOMPAKT sind zugeschnitten auf das Bachelor-Studium im Studienbereich Wirtschaft an den Dualen Hochschulen und Berufsakademien.“

⁴ Etwa Fischer, Wirtschaftsprivatrecht, 2. Aufl. 2023, S. 193 f.; Rudkowski, Wirtschaftsrecht, 2016, S. 121 f.; Meyer, Wirtschaftsprivatrecht, 8. Aufl. 2017, S. 137 f.; Danne, Wirtschaftsprivatrecht, 6. Aufl. 2017, S. 200 f.

⁵ Namentlich Mayer, Wirtschaftsrecht, 2015, S. 184–194; Lange, Basiswissen ziviles Wirtschaftsrecht, 7. Aufl. 2015, S. 187–191; Graewe, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2019, S. 147–152; Schade/Feldmann/Graewe, Wirtschaftsprivatrecht, 5. Aufl. 2022, S. 196–198; Gesmann-Nuissl, Kompendium Wirtschaftsprivatrecht, 2022, S. 212–217; Jesgarzewski, Wirtschaftsprivatrecht, 4. Aufl. 2019, 143–146; Janda/Pfeifer, Wirtschaftsprivatrecht, 3. Aufl. 2019, S. 109–111.

⁶ Beurskens, Schuldrecht Besonderer Teil für Studienanfänger, angekündigt für 2030, vgl. [d-nb.info/1144391172](https://www.d-nb.info/1144391172) (23.9.2024).

⁷ Daher fehlen etwa Löhnig/Fischinger, Einführung in das Zivilrecht, 21. Aufl. 2023; Schapp/Schur, Einführung in das bürgerliche Recht, 4. Aufl. 2007; sowie Schuldrechtslehrbücher ohne Komplementärband zu gesetzlichen Schuldverhältnissen wie Kötz, Vertragsrecht, 2. Aufl. 2012; Greiner, Schuldrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 2019. Tabelle anderer Komplementärbände unten in I. 4.

⁸ Lehrbücher werden oft vordatiert, um sie aktueller erscheinen zu lassen. Leider ließ sich keine zuverlässigere Quelle für den tatsächlichen Bearbeitungsstand finden: Datierte Vorworte müssen nicht genauer sein und fehlen mitunter sogar (etwa im Lehrbuch von Harke).

1. Die 27 juristischen Lehrbücher seit 2000 (auch) zur GoA

Autor(en) laut Buchumschlag	Buchtitel (ggfs. ohne Untertitel)	Erscheinungsdaten			
		Verlag	begr. Aufl.	akt.	
<i>Brox/Walker</i>	Besonderes Schuldrecht	C.H. Beck	1970	48	2024
<i>Looschelders</i>	Schuldrecht Besonderer Teil	Vahlen	2003	19	2024
<i>Buck-Heeb</i>	Examens-Repetitorium Besonderes Schuldrecht 2: Gesetzliche Schuldverhältnisse	C.F. Müller	2004	9	2024
<i>Medicus/Petersen</i>	Bürgerliches Recht	Vahlen	1968	29	2023
<i>Grunewald/ Riesenhuber</i>	Bürgerliches Recht: Ein systematisches Examens-Repetitorium	C.F. Müller	1976	10	2023
<i>Peifer</i>	Schuldrecht: Gesetzliche Schuldverhältnisse	Nomos	2005	7	2023
<i>Emmerich</i>	BGB-Schuldrecht Besonderer Teil	C.F. Müller	1973	16	2022
<i>Wörlen/Metzler- Müller/Kokemoor</i>	Schuldrecht BT: Lernbuch, Strukturen, Übersichten	Vahlen	1991	14	2022
<i>Fikentscher/ Heinemann</i>	Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil	de Gruyter	1965	12	2022
<i>Wandt</i>	Gesetzliche Schuldverhältnisse	Vahlen	2003	11	2022
<i>Zerres</i>	Bürgerliches Recht	Springer	1992	10	2022
<i>Staake</i>	Gesetzliche Schuldverhältnisse	Springer	2014	2	2022
<i>Plate/Geier</i>	Das gesamte examensrelevante Zivilrecht	Springer	2004	7	2021
<i>Schäfer</i>	Schuldrecht Besonderer Teil	Nomos	2021	1	2021
<i>Hirsch</i>	Schuldrecht Besonderer Teil	Nomos	2007	6	2020
<i>Klunzinger</i>	Einführung in das Bürgerliche Recht	Vahlen	1987	17	2019
<i>Musielak/Mayer</i>	Examenskurs BGB	C.H. Beck	2007	4	2019
<i>Medicus/Lorenz</i>	Schuldrecht II: Besonderer Teil	C.H. Beck	1983	18	2018
<i>Eisenhardt</i>	Einführung in das Bürgerliche Recht	facultas/UTB	1980	7	2018
<i>Röthel</i>	Schuldrecht BT/2: Gesetzliche Schuldverh.	C.H. Beck	2009	3	2018
<i>Reich</i>	Einführung in das Bürgerliche Recht	Springer	1996	5	2016
<i>Förster</i>	Schuldrecht Besonderer Teil	C.F. Müller	2012	2	2016
<i>Althammer</i>	Schuldrecht III: Gesetzliche Schuldverh.	Kohlhammer	2015	1	2015
<i>Bergmans</i>	Schuldrecht Bd. 2	Logos	2014	1	2014
<i>Harke</i>	Besonderes Schuldrecht	Springer	2011	1	2011
<i>Schlechtriem</i>	Schuldrecht Besonderer Teil	Mohr Siebeck	1987	6	2003
<i>Esser/Weyers</i>	Schuldrecht Band II Teilband 2	C.F. Müller	1949	8	2000

Hinweis: Tabelle ist absteigend sortiert nach der aktuellsten („akt.“) und höchsten Auflage („Auf.“).

2. Lehrbuchautor:innen und ihre Demographie

Überfliegt man zunächst die erste Spalte („Autor[en] laut Buchumschlag“), fällt auf, dass sie mit zwei Ausnahmen (*Geier* im Bundeskanzleramt sowie Rechtsanwalt *Reich*) ausschließlich Hochschul-lehrer:innen verzeichnet. Nur vier Lehrbücher entstanden an Fachhochschulen (*Bergmans*, *Hirsch*, *Wörten u.a.*, *Zerres*), die übrigen 85,2 % an Universitäten – und zwar alle in Deutschland außer *Heinemann* (Zürich), alle an Präsenzuniversitäten außer *Eisenhardt* (Fernuniversität Hagen) und alle an juristischen Fakultäten außer *Staake* (Fakultät für Wirtschaftswissenschaft). Nur zwei Universitäten sind doppelt vertreten (Regensburg mit *Althammer* und *Mayer*, Frankfurt a.M. mit *Wandt* und *Weyers*).

Auf einem Drittel der Buchumschläge stehen mehrere Autor:innen, was für die Auswahl eines Lehrbuchs relevant sein könnte, da es Perspektivenvielfalt, Gegenprüfung („vier-Augen-Prinzip“) und Durchdringungstiefe dank arbeitsteiliger Spezialisierung suggeriert. Allerdings ist die Mehrfach-nennung doppeldeutig: Sie kann synchrone *Koautorenschaft* (d.h. gleichzeitige Zusammenarbeit) ebenso anzeigen wie diachrone *Autorennachfolge* (d.h. nacheinander tätige Einzelautor:innen). Kein Buchumschlag ließ erkennen, welche Form der Mehrautorenschaft vorliegt, und Verlage wie Autoren handhaben dies höchst unterschiedlich: Manche führen den Begründer eines Lehrbuchs noch Jahre nach seinem Ausscheiden auf dem Umschlag – im Fall des *Brox/Walker* immerhin 15 Jahre nach dem Tod des Erstautors, der zuletzt 24 Jahre zuvor Hand anlegte, also die Hälfte aller Auflagen nie bearbeitete. Andere weisen den Begründer allenfalls in der Titelei aus (etwa *Gernhuber* im Fall von *Grunewald/Riesenhuber*, *Schwarz* im Fall von *Wandt*).

Nun mag die Nennung ausgeschiedener Autor:innen wegen des Kennzeichnungs- und Wiedererkennungswerts „großer“ Namen marketingstrategisch klug sein; wissenschaftlich sollte als Autor aber nur gelten, wer für die aktuelle Auflage inhaltlich Verantwortung übernimmt – also praktisch gesprochen das Vorwort zeichnet. Beschränkt man die Autorenschaft hierauf, erscheint tatsächlich nur ein einziges Lehrbuch in echter Koautorenschaft (*Musielak/Mayer*).⁹ In allen anderen Fällen handelt es sich um bloße Autorennachfolge, denn *Brox*, *Esser*, *Fikentscher*, *Medicus* und *Wörten* waren bei Erscheinen der neuesten Auflage „ihrer“ Lehrbücher bereits verstorben, *Plate* zumindest „ohne aktive Autorenschaft“¹⁰ und *Grunewald* hatte ihrem Nachfolger „die Neuauflage anvertraut.“¹¹ Ob der Verlag dann (wie in diesen Fällen) ihre Namen trotzdem weiterführt oder (wie in den bereits genannten Fällen von *Gernhuber* und *Schwarz*) fallenlässt, erscheint völlig willkürlich und sollte für einen empirischen Vergleich der Lehrbücher keine Rolle spielen.

Löst man sich von der etablierten Zitierweise und betrachtet nur die jeweils aktuellen Bearbeiter:innen, so fällt auf: Nur zwei Lehrbücher wurden von weiblichen Autorinnen begründet (*Buck-Heeb* und *Röthel*), drei weitere unter weiblicher Beteiligung fortgeführt (*Grunewald/Riesenhuber*, *Wörten/Metzler-Müller/Kokemoor*, *Musielak/Mayer*). Allerdings sind zwei dieser Bearbeiterinnen wieder ausgeschieden (*Grunewald* und *Metzler-Müller*), eine Dritte auf dem Umschlag bislang ungenannt (*Kristina Balleis* in *Wörten u.a.*). Damit werden derzeit 23 Schuldrechtslehrbücher (85,2 %) ohne weibliche Beteiligung geführt. Auch die hier nicht untersuchten, aber beiläufig erwähnten Lehrwerke (Fn. 2–7, 17, 19, Tab. I. 4.) zeichnen in 38 von 45 Fällen (84,4 %) ausschließlich männliche Autoren.¹²

⁹ *Musielak*, in: *Musielak/Mayer*, Examenskurs BGB, 4. Aufl. 2019, Vorwort: „Frau Professorin Dr. Claudia Mayer, die bereits an der Voraufgabe mitgewirkt hat. Ich freue mich, sie als Mitautorin gewonnen zu haben. [...] Meinungsäußerungen und Anregungen aus dem Kreis der Benutzer dieses Werkes [...] können an folgende E-Mail-Adresse gerichtet werden: Claudia.Mayer@jura.uni-regensburg.de.“

¹⁰ So *Geier*, in: *Plate/Geier*, Das gesamte examensrelevante Zivilrecht, 7. Aufl. 2021, S. VI.

¹¹ So *Riesenhuber*, in: *Grunewald/Riesenhuber*, Bürgerliches Recht, 10. Aufl. 2023, S. V.

¹² Einzig das mehrbändige Lehrbuch in Fn. 13 stammte komplett von Frauen, wurde aber nie fortgeführt.

3. Lehrbücher und ihre bibliographischen Daten

Seit Erstveröffentlichung des traditionsreichsten Lehrbuchs, das innerhalb der letzten 25 Jahre fortgeführt wurde (*Esser/Weyers*), sind 75 Jahre vergangen; seither lassen sich unter den fortgeführten Lehrbüchern grob drei Generationen ausmachen, wobei aus dem Abstand zwischen erstem und aktuellstem Erscheinen eines Lehrbuchs (Spalten „begr.“ bzw. „akt.“) sein Mindest-„Alter“ folgt:

In den 1960/70ern erschienen fünf Lehrbücher (1965–1977), die mindestens 47–57 Jahre alt wurden (*Fikentscher/Heinemann, Medicus/Petersen, Brox/Walker, Emmerich, Grunewald/Riesenhuber*).

In den 1980/90ern kamen sieben Lehrbücher hinzu (1980–1996), die mit zwei Ausnahmen (*Reich, Schlechtriem*) 30–38 Jahre alt wurden (*Eisenhardt, Medicus/Lorenz, Zerres, Wörlen u.a., Klunzinger*).

Nach mehrjähriger Pause, in der kein weitergeführtes Schuldrechtslehrbuch begründet worden zu sein scheint (1996–2002),¹³ erschienen nach der Schuldrechtsreform innerhalb von 13 Jahren (2003–2015) weitere 13 Lehrbücher, deren ältestes (*Wandt*) also gerade 21 Jahre auf dem Markt ist. Das für Jahr vierzehn dieser Generation (2016) angekündigte vierzehnte Lehrbuch (*Schäfer*) verspätete sich,¹⁴ und erschien erst 2021 als einziges neues Lehrbuch der letzten neun Jahre (2016–2024).

Mit unterschiedlichem Alter gehen unterschiedliche Auflagenzahlen einher – was für die Auswahl eines Lehrbuches relevant sein könnte, weil höhere Auflagenzahlen größere Aktualität und Beliebtheit sowie häufigere Überprüfung signalisieren. Vier Lehrbücher erschienen erst einmal (14,8 %), elf kamen auf je mindestens zehn Auflagen (40,7 %), *Medicus/Petersen* auf 29 und *Brox/Walker* sogar auf 48. Allein die Auflagenzahl sagt aber noch nichts über die Aktualität, deshalb gehört erstere zumindest auch ins Verhältnis zum Alter gesetzt. Dann sind *Brox/Walker* (alle 1,1 Jahre) und *Looschelders* (alle 1,2 Jahre) die am schnellsten nachgelegten Lehrbücher, während *Harke, Bergmans, Althammer, Schäfer* noch nie neu aufgelegt wurden und sonst nur *Staaake* (alle 8,0 Jahre), *Esser/Weyers* (alle 7,3 Jahre) und *Eisenhardt* (alle 6,3 Jahre) seltener als alle 2–5 Jahre eine Neuauflage erfahren.

Letztlich korreliert auch die Auflagenfrequenz nicht zwingend mit dem Aktualisierungstakt. Denn Verlage können durch Wahl der Auflagenhöhe selbst steuern, wie schnell Neuauflagen erforderlich werden, und Autoren müssen zwischen Auflagen nicht zwingend (und schon gar nicht gleich viel) überarbeiten. Deshalb spiegelt die Auflagenfrequenz womöglich nur unterschiedliche Philosophien der Lehrbuchproduktion, zwischen Sorgfalt (*In kurzen Weilen kann man kein groß' Gut ereilen*) und Aktualität (*Ist die Gelegenheit vorbei, so hat man die Schale für das Ei*).¹⁵ Dabei fallen unterschiedliche Prioritäten der Lehrbuchverlage ins Auge: Die sieben am schnellsten nachgelegten Lehrbücher (die alle 2,5 Jahre oder häufiger erscheinen) stammen durchweg von den zum selben Konzern gehörigen Verlagen C.H. Beck und Vahlen, aber keines der neun seltenst aufgelegten (die alle 5,0 Jahre oder seltener erscheinen). Letztere stammen stattdessen überwiegend von Springer (3) oder C.F. Müller (2). Gemeinsam steuern die vier genannten Verlage mehr als zwei Drittel (70,4 %) der untersuchten Lehrbücher bei (je 5, C.H. Beck 4), während die acht weiteren Lehrbücher von sechs Verlagen stammen: Nomos (3), de Gruyter, Mohr Siebeck, Kohlhammer, facultas/UTB und Logos (je 1).

¹³ Nicht weitergeführt wurde etwa das dreibändige C.H. Beck-Lehrbuch bestehend aus *Ernst*, Schuldrecht, Besonderer Teil I, 1998; *dies.*, Schuldrecht, Besonderer Teil II, 1999; *Hofer-Bodenburg*, Schuldrecht, Besonderer Teil III, 1999.

¹⁴ Ein Lehrbuch von *Schäfer*, „Schuldrecht, Besonderer Teil“, war bei Nomos bereits für 2016 in der UTB-Reihe „Rechtssystem und Rechtsanwendung“ angekündigt – d-nb.info/1079238778 (23.9.2024) –, ist dort aber ebenso wenig erschienen wie der 2014 im selben Kontext angekündigte Komplementärband von *Arnold*, „Schuldrecht – Allgemeiner Teil“, vgl. d-nb.info/1050613996 (23.9.2024); erst 2020 erschien ein Lehrbuch von *Arnold* als Westermann/Bydlinski, BGB-Schuldrecht, Allgemeiner Teil (dazu noch Fn. 18).

¹⁵ Volksmund zit. nach *Wander*, Deutsches Sprichwörter-Lexikon, Bd. 1, 1867, Stichwort „Gelegenheit“, bzw. Bd. 5, 1880, Stichwort „Weile“, jeweils online verfügbar unter zeno.org/nid/20011521694 (23.9.2024).

4. Inhaltliche Aufteilung des Schuldrechts

Schließlich unterscheiden sich die Lehrbücher auch danach, wie sie das Schuldrecht aufteilen:

Ein Drittel der Lehrbücher sind einbändig – behandeln also entweder das Allgemeine und Besondere Schuldrecht zusammen (nur *Fikentscher/Heinemann*) oder beide als Teil einer Gesamtdarstellung des examensrelevanten Bürgerlichen Rechts (explizit im Titel von *Plate/Geier*, aber auch *Medicus/Petersen*, *Musielak/Mayer*, *Grunewald/Riesenhuber*, *Zerres*, *Klunzinger*, *Eisenhardt* und *Reich*).

Die meisten Lehrbücher dagegen (40,7 %) sind auf zwei Bände angelegt, nämlich in zehn von elf Fällen (allen außer *Bergmans*¹⁶) je einem Band zum Allgemeinen Teil (AT) und zum Besonderen Teil (BT). Außer in vier Fällen¹⁷ stammen beide vom selben Autor (*Brox/Walker*, *Looschelders*, *Medicus/Lorenz*, *Förster*, *Bergmans*, *Harke* und *Schlechtriem*), außer in einem Fall¹⁸ vom selben Verlag.

Die übrigen sieben Lehrbücher (25,9 %) teilen den BT wiederum in zwei Bände auf. Nur bei *Esser/Weyers* stammen sie von denselben Autoren – und zugleich aus dem einzigen vierbändigen Lehrbuch (mit ebenfalls zweigeteiltem AT).¹⁹ In zwei anderen Fällen hingegen fehlt der AT bislang:

Allgemeines Schuldrecht	Vertragliche Schuldverhältnisse	Gesetzliche Schuldverhältnisse
<i>Joussen</i> , Schuldrecht I, 7. Aufl. 2023	<i>Löhnig/Gietl</i> , Schuldrecht II, 2. Aufl. 2018	<i>Althammer</i> , Schuldrecht III, 2015
<i>Petersen</i> , Examens-Rep. Allgemeines Schuldrecht, 11. Aufl. 2023	<i>Huber/Bach</i> , Examens-Rep. Besonderes Schuldrecht 1, 8. Aufl. 2022	<i>Buck-Heeb</i> , Examens-Rep. Besonderes Schuldrecht 2, 9. Aufl. 2024
<i>Esser/Schmidt</i> , Schuldrecht Band 1, 8. Aufl. 1995/2000	<i>Esser/Weyers</i> , Schuldrecht Bd. 2 Teilbd. 1, 8. Aufl. 1998	<i>Esser/Weyers</i> , Schuldrecht Bd. 2 Teilbd. 2, 8. Aufl. 2000
<i>Weiler</i> , Schuldrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2024	<i>Brömmelmeyer</i> , Schuldrecht Besonderer Teil, 6. Aufl. 2023	<i>Peifer</i> , Schuldrecht, 7. Aufl. 2023
<i>Lange</i> , Schuldrecht AT, 7. Aufl. 2023	<i>Paulus</i> , Schuldrecht BT/1, 3. Aufl. 2024	<i>Röthel</i> , Schuldrecht BT/2, 3. Aufl. 2018
	<i>Oetker/Maultzsch</i> , Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2018	<i>Staaake</i> , Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2022
	<i>Oechsler</i> , Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2007	<i>Wandt</i> , Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022

Hinweis: Tabelle ist aufsteigend sortiert nach den Autorennamen des dritten Teilbandes (gesSV).

¹⁶ Mit Bd. 1: Allgemeine und vertragsrechtliche Grundlagen, und Bd. 2: Gesetzliche Schuldverhältnisse, Pflichtverletzungen und Leistungsstörungen.

¹⁷ *Schäfer* (dazu nächste Fn.), *Emmerich* (mit *Westermann/Bydlinski/Arnold*, BGB-Schuldrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020), *Wörten/Metzler-Müller/Kokemoor* (mit *Wörten/Metzler-Müller/Balleis*, Schuldrecht AT, 15. Aufl. 2023) und *Hirsch* (mit *Brömmelmeyer*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2025).

¹⁸ Von den bei Nomos/UTB angekündigten Komplementärbänden von *Arnold* und *Schäfer* (oben Fn. 14) kam nur *Schäfer* bei Nomos heraus, *Westermann/Bydlinski/Arnold* dagegen bei C.F. Müller (oben Fn. 14).

¹⁹ Ebenfalls auf vier Bände angelegt ist das „Beck’sche Examinatorium Zivilrecht“, dessen bisherige Bände (*Grigoleit/Auer/Kochendörfer*, Schuldrecht III, Bereicherungsrecht, 3. Aufl. 2022; *Grigoleit/Riehm*, Schuldrecht IV, Delikts- und Schadensrecht, 3. Aufl. 2022) die GoA ebenso aussparen wie die noch angekündigten (für 2021 *Neuner/Grigoleit*, Schuldrecht II, Vertragliche Schuldverhältnisse, vgl. [d-nb.info/1179567811](https://doi.org/10.1007/978-3-7089-1179-5) [23.9.2024]; für 9/2024 *Grigoleit/Herresthal*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, vgl. [d-nb.info/992267323](https://doi.org/10.1007/978-3-7089-9922-6) [23.9.2024]).

II. Didaktische Aufbereitung: Quantitativer Vergleich am Beispiel der GoA

Die weitere Untersuchung fokussiert sich auf das gewählte Referenzgebiet: Die sog. Geschäftsführung ohne Auftrag. Diese eignet sich ganz besonders für die empirische Durchforstung. Denn das GoA-Recht lässt sich in wenigen Paragraphen genau verorten (§§ 677–687 BGB), seine Vorschriften wurden nie geändert (nur 2001 mit Überschriften versehen), seine Dogmatik ist aber keineswegs erstarrt oder auch nur zur Ruhe gekommen. Vielmehr gilt die GoA nach wie vor als Rechtsgebiet von „beträchtlicher Examensrelevanz“,²⁰ dessen „scheinbar unsystematische Regelung“ manchen Studierenden „auf den ersten Blick wie ein Mysterium erscheine“.²¹ Zudem begegnen Studierende ihr regelmäßig erst in späteren Studienabschnitten, wenn Grundlagen des Schuldrechts vorausgesetzt werden können. Lehrliteratur hierzu dürfte sich daher leichter vergleichen lassen als etwa zum BGB AT, dessen Erläuterung an Noviz:innen ebenso wie Examinand:innen gerichtet und schon deshalb unterschiedlich angelegt sein kann. Dieser Spielraum dürfte bei der GoA viel enger ausfallen.

Gleichwohl ist zu hoffen, dass sich die hier gewonnenen Befunde teilweise auf andere Referenzgebiete verallgemeinern lassen, so dass sich der Erkenntnisgewinn nicht nur auf die GoA beschränkt.

1. Maßstab der quantitativen Durchforstung: Kennzahlen zur Didaktik

Um die Didaktik des GoA-Rechts quantitativ zu durchforsten, wurden zunächst verschiedene Metriken definiert, die für eine gelungene didaktische Aufbereitung relevant sein könnten.²² Diese werden auf der folgenden Seite tabellarisch zusammengestellt, neben dem Gegenstand des jeweiligen Lehrbuches (8 × BGB, d.h. gesamtes Bürgerliches Gesetzbuch, 1 × *SchuldR*, d.h. nur Schuldrecht, 10 × *SR BT*, d.h. nur Besonderer Teil des Schuldrechts, 8 × *gesSV*, d.h. nur gesetzliche Schuldverhältnisse):

Die erste Metrik („Seiten für BT“) beziffert den Gesamtumfang der Ausführungen zum Besonderem Teil des Schuldrechts als Summe der inhaltstragenden Seiten aller zugehörigen Teilbände. Das war nur in drei Fällen nicht möglich („[k.A.]“), weil sich Schuldrecht AT und BT in den betreffenden Büchern (*Plate/Geier*, *Medicus/Petersen*, *Grunewald/Riesenhuber*) nicht trennen ließen.²³

Zwei weitere Spalten dokumentieren den Umfang des GoA-Kapitels („GoA auf Seiten“, „Anzahl Worte“), wobei letzterer auf 100 Worte gerundet wurde, um den uneinheitlichen Einsatz von Kolummentiteln und Randnummern sowie die Fehleranfälligkeit der Texterkennung auszugleichen.

Die vier letzten Tabellenspalten dokumentieren didaktische Metriken: Die Anzahl der durch typographisch abgesetzte Zwischenüberschriften getrennten Textblöcke („Textsegmente“) als Maß für die Strukturiertheit der Kapitelgliederung; die Anzahl der Literaturnachweise („Fußnoten“) als Maß für wissenschaftliche Differenziertheit; die Anzahl der Schaubilder („Diagramme“) und der Gliederungsübersichten zur Gutachtenprüfung („Schemata“) als Maße für die visuelle Anschaulichkeit.

Sortiert wurde die Tabelle abweichend von Tab. I. 1. nicht nach der Aktualität der Lehrbücher, sondern nach dem Umfang des jeweiligen GoA-Kapitels *in Worten*, weil die Seitenanzahl – von vier (*Eisenhardt*) bis 104 (*Wandt*) – zu stark von der typographischen Gestaltung abhängt.

²⁰ *Buck-Heeb*, Examens-Repetitorium, Besonderes Schuldrecht 2, 9. Aufl. 2024, S. 7 mit Verweis auf *Lorenz*, JuS 2016, 12: „von höchster Klausurrelevanz im Examen“; *Althammer*, Schuldrecht III, Besonderer Teil 2, 2015, S. 10: „zentraler Prüfungsstoff [...] für Fortgeschrittene und im [...] Staatsexamen“.

²¹ *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 19. Aufl. 2024, S. 387 sowie S. 388 (erstes Zitat): „vielleicht etwas unsystematisch“; *Althammer*, Schuldrecht III – Besonderer Teil 2, 2015, S. 7 (zweites Zitat); noch deutlicher *Öz*, JA 2022, 455 (461); *Schürger/Hamacher*, Jura 2020, 675.

²² Deren Erhebung erfolgte manuell durch den Zweitautor, stichprobenartig überprüft durch den Erstautor.

²³ Umgekehrt ließ sich auch nicht stattdessen der Umfang des gesamten Schuldrechts als Referenzgröße nutzen, weil in drei Fällen (*Wandt*, *Staahe*, und *Schäfer*) ein Komplementärband zum Allgemeinen Teil fehlt.

2. Formal-quantitative Kennzahlen im Vergleich zwischen 27 Lehrbüchern

Autor(en) laut Buchumschlag	Gegenstand	Seiten für BT	GoA auf Seiten	Anzahl Worte	Fußnoten	Textsegmente	Dia-gramme	Sche-mata
<i>Wandt</i>	gesSV	1.670	13–117	~51.400	513	109	4	10
<i>Althammer</i>	gesSV	468	3–59	~28.400	402	20	3	6
<i>Staake</i>	gesSV	1.578	425–494	~25.900	266	64	1	1
<i>Buck-Heeb</i>	gesSV	604	7–45	~20.600	205	38	1	7
<i>Plate/Geier</i>	BGB	[k.A.]	987–1032	~20.000	0	30	0	1
<i>Peifer</i>	gesSV	684	293–329	~18.800	131	20	0	3
<i>Esser/Weyers</i>	gesSV	690	1–26	~13.300	141	10	0	0
<i>Schäfer</i>	SR BT	354	255–281	~11.400	99	56	0	0
<i>Looschelders</i>	SR BT	648	387–409	~11.400	143	29	0	0
<i>Röthel</i>	gesSV	414	5–34	~10.200	0	51	1	1
<i>Fikentscher/Heinemann</i>	SchuldR	588	790–807	~8.000	5	11	1	0
<i>Brox/Walker</i>	SR BT	820	563–586	~7.600	43	21	0	1
<i>Förster</i>	SR BT	400	229–246	~7.300	0	32	0	1
<i>Medicus/Petersen</i>	BGB	[k.A.]	211–227	~7.200	60	31	1	0
<i>Zerres</i>	BGB	220	347–361	~5.900	29	11	1	0
<i>Medicus/Lorenz</i>	SR BT	534	395–407	~5.900	24	36	0	0
<i>Schlechtriem</i>	SR BT	439	280–293	~5.300	49	15	0	0
<i>Hirsch</i>	SR BT	472	493–502	~4.700	28	19	0	0
<i>Grunewald/Riesenhuber</i>	BGB	[k.A.]	237–245	~4.600	42	9	0	0
<i>Harke</i>	SR BT	488	358–367	~4.400	43	3	0	0
<i>Emmerich</i>	SR BT	376	189–197	~4.300	42	10	0	1
<i>Wörlen u.a.</i>	SR BT	290	221–228	~2.600	5	9	2	0
<i>Musielak/Mayer</i>	BGB	226	113–117	~2.600	19	4	0	0
<i>Bergmans</i>	gesSV	399	87–93	~2.100	3	11	1	0
<i>Klunzinger</i>	BGB	216	596–602	~2.000	0	13	1	0
<i>Reich</i>	BGB	231	336–341	~1.800	8	10	0	0
<i>Eisenhardt</i>	BGB	131	439–443	~1.600	5	6	0	0

Hinweis: Tabelle ist absteigend sortiert nach der Spalte „Anzahl Worte“. Sie steht zur freien Nachnutzung im Forschungsrepositorium Zenodo zur Verfügung (doi.org/10.5281/zenodo.12200374), wo sich auch alle nachträglich berechneten Werte finden, die den Auswertungen in späteren (Unter-)Abschnitten zugrunde liegen und dort aus Platzgründen nur auszugsweise berichtet werden.

3. Umfang der Ausführungen zur GoA

Eines der untersuchten GoA-Kapitel beginnt mit der Kritik, die GoA werde „in zahlreichen Lehrbüchern nur knapp abgehandelt“ (*Buck-Heeb*, S. 7). Tatsächlich herrscht in der Wortanzahl eine enorme Spannweite: Das längste Kapitel (*Wandt*) gerät über 32 Mal so lang wie das kürzeste (*Eisenhardt*). Zwar überrascht es nicht, an der Spitze der Tabelle vier Speziallehrbücher zu gesetzlichen Schuldverhältnissen zu finden, die der GoA naturgemäß mehr Raum geben als es Gesamtdarstellungen des BGB könnten. Schon auf dem fünften Tabellenplatz liegt aber eine Gesamtdarstellung, und umgekehrt belegt ein Speziallehrbuch den viertletzten Tabellenplatz – also korreliert der Umfang des GoA-Kapitels nicht zwangsläufig mit dem Spezialisierungsgrad des jeweiligen Lehrbuches.

Ein besseres Maß für den GoA-Fokus in der Schwerpunktsetzung, das sich zwischen Lehrbüchern leichter vergleichen lässt, ist der relative Anteil der GoA im Verhältnis zum gesamten Besonderen Teil des Schuldrechts. Teilt man die der GoA gewidmete Seitenzahl durch die in der Tabelle ebenfalls erfasste Gesamtseitenzahl aller Ausführungen zum BT, müssen zwar drei Lehrbücher außer Betracht bleiben (*Plate/Geier*, *Medicus/Petersen* und *Grunewald/Riesenhuber*), weil sie sich am Anspruchssystem statt an der Gesetzessystematik orientieren. Für die übrigen Lehrbücher dagegen ergibt sich ein GoA-Gewicht zwischen etwa zwei Prozent (*Bergmans*: 1,6 %; *Harke*: 1,9 %; *Hirsch*: 2,0 %) und weit über dem Dreifachen dessen (*Buck-Heeb*: 6,5 %; *Röthel*: 7,0 %; *Schäfer*: 7,3 %; *Althammer*: 12,1 %). Ob aber ein Lehrbuch ein fünfzigstel seiner schuldrechtlichen Ausführungen der GoA widmet oder ein Achtel, sollte durchaus relevante Unterschiede in Sorgfalt und Tiefe der Darstellung anzeigen.

Lassen sich so innerhalb eines Lehrbuches aus dem Seitenumfang Erkenntnisse über die Schwerpunktsetzung ableiten, gilt das mitnichten nicht für den Vergleich zwischen verschiedenen Lehrbüchern. Denn die vermutete Abhängigkeit des Seitenumfanges von der Typographie (oben Abschnitt II. 1. am Ende) wird empirisch deutlich: Etwa widmet *Staake* der GoA ganze zehn Seiten (17,7 %) mehr als *Althammer*, bietet aber gemessen an der Wortzahl deutlich (nämlich 8,8 %) weniger Inhalt. Auch das GoA-Kapitel von *Brox/Walker* hat ein Drittel (34,3 %) mehr Seiten als dasjenige von *Fikentscher/Heinemann*, liegt aber in der Wortanzahl etwa 5,3 % darunter. Solche Divergenzen erklären sich aus der unterschiedlichen Textdichte, die zwischen etwa 320 Worten pro Seite (*Klunzinger*, *Bergmans* und *Brox/Walker*) und über 520 Worten pro Seite (*Buck-Heeb* und *Grunewald/Riesenhuber*) schwankt. Auch sechs weitere Lehrbücher liegen bei etwa 500 Worten pro Seite (*Wandt*, *Hirsch*, *Althammer*, *Looschelders*, *Peifer*, *Esser/Weyers*), was auf eine didaktisch wenig zweckmäßige Überfrachtung der Seiten hinweisen, aber ebenso gut anderen Faktoren geschuldet sein könnte.

Ein Faktor für erhöhte Textdichte könnte die Fußnotenanzahl sein. Die zehn Lehrbücher mit der höchsten Textdichte haben im Schnitt rund fünf und mehr Fußnoten pro Seite (außer *Hirsch* [2,9] und *Peifer* [3,5]), während die zehn Lehrbücher mit der geringsten Textdichte im Schnitt zwei und weniger Fußnoten pro Seite aufweisen (außer *Schlechtriem* [3,8] und *Staake* [4,0]). Die höhere Textdichte muss daher nicht unbedingt didaktisch missglückt sein, sondern kann – als Korrelat der Fußnotenanzahl – schlicht den höheren wissenschaftlichen Anspruch eines Lehrbuches signalisieren. Da sich der Textumfang von Haupttext und Fußnoten nicht ohne Weiteres getrennt ermitteln lässt, muss es vorliegend bei dieser Vermutung bewenden.

Sucht man besser geeignete Maße als Umfang oder Textdichte für die didaktische Aufbereitung eines Lehrbuchstoffes, so bieten sich die Kennzahlen in der zweiten Hälfte der Tabellenspalten an. Sie sollen Auswahlkriterien wie Differenziertheit, Strukturiertheit und Anschaulichkeit statistisch operationalisieren, also messbar machen. Dabei besteht ein gewisser Spielraum und nicht jede Metrik ist gleichermaßen überzeugend. Die im folgenden Abschnitt entwickelten Operationalisierungen sollen aber zumindest eine statistische Annäherung an didaktische Gütekriterien ermöglichen.

4. Didaktische Aufbereitung: Differenziertheit, Strukturierung, Veranschaulichung

Als Differenziertheitsmaß könnte die Fußnotendichte dienen. Zwar variiert die Fußnotenanzahl enorm, von Lehrbüchern ohne jeden Literaturnachweis (*Plate/Geier*, *Klunzinger*) oder nur vereinzelt in den Text eingestreuten Literaturnachweisen (*Röthel*, *Förster*) bis hin zu acht Lehrbüchern mit 99 und mehr Fußnoten. Daher muss die absolute Anzahl auch hier kontextualisiert (normalisiert) werden mit Blick auf den unterschiedlichen Umfang der GoA-Kapitel. Dafür allerdings ist die Wortanzahl ungeeignet, da sie den Fußnotentext mit umfasst und sich nicht ohne Weiteres bereinigen lässt.²⁴ Deshalb ist eine Normalisierung anhand der Seitenzahl plausibler und auch leichter zu interpretieren: In denjenigen GoA-Kapiteln, die Fußnoten nutzen, schwankt deren durchschnittliche Dichte zwischen einer Fußnote alle zwei oder drei Seiten (*Fikentscher/Heinemann*: 0,3; *Bergmans*: 0,5) und über fünf Fußnoten pro Seite (*Buck-Heeb*: 5,3; *Esser/Weyers*: 5,4; *Looschelders*: 6,4; *Althammer*: 7,1).

Als Strukturierungsmaß könnte die Anzahl und Länge von Textsegmenten dienen. Zwar genügt es dafür nicht, die Zwischenüberschriften auszuzählen,²⁵ allerdings kann die Zahl der typographisch (durch Zwischenüberschriften) getrennten Textsegmente als geeignetes Maß dienen. Sie schwankt zwischen unter fünf (*Harke*: 3; *Musielak/Mayer*: 4) und über einhundert (*Wandt*: 109); die im Schnitt längsten Segmente haben *Harke* (1.470 Worte), *Althammer* (1.420) und *Schäfer* (1.140), die kürzesten *Klunzinger* (111), *Medicus/Lorenz* (164) und *Reich* (180). Anders gewendet sind die letztgenannten Kapitel am strukturiertesten (mit sechs bis neun Segmenten je 1.000 Worte), die erstgenannten am wenigsten (mit weniger als einem Segment auf 1.000 Worte). Alle übrigen Lehrbücher gliedern 1.000 Worte im Schnitt in ein bis fünf Textsegmente (zu je 180 bis 940 Worten).

Als Veranschaulichungsmaß schließlich könnte die Visualisierungsdichte in Gestalt von diagrammatischen Visualisierungen und sog. Prüfungsschemata dienen. Elf Lehrbücher (40,7 %) kommen ohne Diagramme und Schemata aus, darunter altgediente ebenso wie Erstauflagen der neueren Zeit (*Harke*, *Schäfer*), deren didaktisches Innovationspotential größer sein sollte als dasjenige der in Traditionspflege befangenen Altlehrbücher. Weitere neun Bücher (33,3 %) verfügen über je maximal ein Diagramm oder Schema. Eine nennenswerte Anzahl beider Visualisierungsformen setzen eigentlich nur *Wandt* (4 Diagramme und 10 Schemata), *Buck-Heeb* (1 Diagramm und 7 Schemata) und *Althammer* (3 Diagramme und 1 Schema) ein. Berücksichtigt man auch hier den unterschiedlichen Kapitelumfang und errechnet aus der Wortanzahl sowie der Gesamtzahl von Schemata und Diagrammen die Illustrationsdichte, so führen *Wörten u.a.* die Liste an (mit 0,77 Illustrationen auf 1.000 Worte), vor *Klunzinger* (0,50) und *Bergmans* (0,48).

Diese Kennzahlen können weder Strukturierung noch Veranschaulichung abschließend erfassen. Nicht gezählt wurden etwa Fallbeispiele oder Hinweiskästen (oft farbig hinterlegt), die den Textfluss unterbrechen und ausgewählte Informationen hervorheben. Selbst in einem der kürzesten Kapitel (*Klunzinger*) wimmelt es von umrandeten Hinweiskästen, bezeichnet als „Beispiel(e)“, „Lernhinweis“, „Merke aber“, „Problem“ und „Schulbeispiel“, und *Röthel* nutzt zumindest eingerückte Textblöcke mit Bezeichnungen wie „Abgrenzung“, „Beachte“, „Beispiel“, „Fazit“, „Hinweis“, „Klausurhinweis“ und „Weiteres Beispiel“. Ob diese Vielzahl von Einschüben didaktisch hilft oder verwirrt, lässt sich hier nicht klären; zu individuell ist jedenfalls ihre Gestaltung, um sie statistisch zu vergleichen.

²⁴ Ein hypothetischer Text aus sechs Worten und einer Fußnote von 14 Worten hätte sonst dieselbe Fußnotendichte pro Wort (nämlich $1/20 = 5\%$) wie derselbe Sechs-Wort-Text mit sieben Fußnoten zu je zwei Worten.

²⁵ Eine hypothetische Gliederung „1. AT – 2. Vertrag – 3. Gesetz“, die (eine Gliederungsebene und deshalb) ein Viertel weniger Zwischenüberschriften enthält als die Alternative „1. AT – 2. BT – a) Vertrag – b) Gesetz“, bietet nicht zwangsläufig weniger Struktur – gerade wenn Überschriften 2. und a) unmittelbar aufeinander folgen.

III. Inhaltliche Durchdringung: Qualitative Erfassung von Referenzproblemen

Die bisher verglichenen Metriken erfassen nur die Art der Darstellung, nicht aber die inhaltliche Durchdringung des Stoffes. Zwar erschweren es die unterschiedlichen Stoffgewichtungen, Lehrbuchstile, Formulierungsvarianten, usw., Lehrbuchinhalte statistisch zu vergleichen. Immerhin lässt sich fragen, wie viele einer Reihe von vordefinierten Problemen ein Lehrbuch thematisiert. Um nicht nur „übliche“ Probleme zu erfassen, die jedes Lehrbuch abdecken muss, sondern solche mit Differenzierungspotential, wurden sieben Verständnisschwierigkeiten identifiziert, die sich unmittelbar aus dem Wortlaut des GoA-Rechts ergeben, aber nach dem subjektiven Eindruck der Verfasser in Lehrbüchern mitunter fehlen. Diese wurden in spezifische Frageform gefasst (1.) und sodann in jedem Lehrbuch eine Antwort darauf gesucht (2.). Diese Antworten wurden qualitativ näher ausgewertet (3.) und zudem Zufallsfunde notiert, die sich am Rande dieser Auswertung ergaben.

1. Maßstab der qualitativen Durchforstung: Sieben Fragen ans GoA-Recht

Lehrbücher sorgen sich um den „Zugang insbesondere für den Studienanfänger“ zum GoA-Recht vor allem deshalb, weil dessen Systematik „verhältnismäßig schwierig zu erkennen“ sei.²⁶ Die Schwierigkeiten beginnen allerdings nicht erst bei der Systematik oder gar der theoretischen Durchdringung,²⁷ sondern bereits beim Wortlaut und der eigenwilligen Sprache des GoA-Rechts. Mindestens sieben solcher sprachlichen Unklarheiten lassen sich benennen; ob sie adressiert oder übergangen werden, lässt sich leichter erfassen als die Behandlung der verwickelteren (und oft auf unauflösbare Meinungsverschiedenheiten zurückführenden) Probleme der theoretischen Rechtfertigung dieses Rechtsinstituts. Daher dienen diese Unklarheiten als Maßstab für die folgende qualitative Sichtung:

- a) Warum spricht man überhaupt von einer Geschäfts„führung“ ohne „Auftrag“, obwohl § 677 BGB eine Geschäftsbesorgung ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung voraussetzt?
- b) Wie verhält sich der Wortlaut des § 677 BGB („ohne [...] berechtigt zu sein“) zur verbreiteten Lehre von der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag (oder sonstige Berechtigung)?
- c) Wie lässt sich die GoA *genehmigen* (§ 684 S. 2 BGB), obwohl § 184 Abs. 1 BGB diesen Begriff als Zustimmung zu Rechtsgeschäften legaldefiniert, § 677 BGB aber nicht nur Rechtsgeschäfte erfasst?
- d) Warum spricht man vom Fremdgeschäftsführungswillen, obwohl § 687 Abs. 1 BGB neben dem Willens- auch ein Wissenselement, also einen Fremdgeschäftsführungsvorsatz, voraussetzt?
- e) Warum setzen §§ 677, 678 und 683 S. 1 BGB das (objektive) Interesse und den (wirklichen oder mutmaßlichen) Willen des Geschäftsherrn jeweils ganz verschieden zueinander ins Verhältnis?
- f) Erfordert eine GoA zur Abgrenzung von sog. „Gefälligkeiten ohne Auftrag“²⁸ wirklich einen Rechtsbindungswillen²⁹ – und wie passt das zur Privilegierung spontaner Nothilfe (vgl. § 680 BGB)?
- g) Warum bezeichnet man Fälle des § 687 Abs. 1 BGB als „unechte“ GoA, obwohl § 687 Abs. 1 BGB die GoA-Regeln gerade als *gar nicht* – also auch nicht „unecht“ – anwendbar erklärt?

²⁶ Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, S. 14 (erstes Zitat); Zerres, Bürgerliches Recht, 10. Aufl. 2022, S. 348 (zweites Zitat).

²⁷ Ausführlich Bergmann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, vor § 677 Rn. 9–41 zur Theorie der Menschenhilfe, Quasikontraktstheorie (inkl. Theorie der berechtigten GoA), objektiven Theorie (inkl. Zuständigkeitstheorie) und Theorie der GoA als Subordinationsverhältnis.

²⁸ Nach Staake, Jura 2016, 651 und ders., Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2022, S. 440 wohl Schäfer, Schuldrecht, Besonderer Teil, 2021, S. 269; Buck-Heeb, Examens-Repetitorium Besonderes Schuldrecht 2, 9. Aufl. 2024, S. 15; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 29. Aufl. 2023, S. 212; als „Geschäftsführung aus Gefälligkeit“ bei Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 12. Aufl. 2022, S. 791; Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, S. 28.

²⁹ So Schürger/Hamacher, Jura 2020, 675 (677); Schirrmacher/Pfeiffer, Jura 2022, 566 (567).

2. Inhaltlich-qualitative GoA-Fragen im Vergleich zwischen 27 Lehrbüchern

Autor(en)	a)	b)	c)	d)	e)	f)	g)
<i>Wandt</i>	14–15	17–18	×	×	×	28	17
<i>Althammer</i>	×	11	×	×	×	▫	×
<i>Staake</i>	425–426	428	464	×	×	440–443	×
<i>Buck-Heeb</i>	16	×	×	×	×	▫	8
<i>Plate/Geier</i>	×	×	×	×	×	×	×
<i>Peifer</i>	×	×	×	×	×	×	×
<i>Esser/Weyers</i>	×	×	×	×	×	▫	6
<i>Schäfer</i>	×	×	×	×	×	269	×
<i>Looschelders</i>	396	×	×	×	×	×	×
<i>Röthel</i>	×	×	×	×	×	×	×
<i>Fikentscher/Heinemann</i>	791	×	×	×	×	×	×
<i>Brox/Walker</i>	563	×	×	×	×	×	×
<i>Förster</i>	×	×	×	×	×	▫	×
<i>Medicus/Petersen</i>	×	×	×	×	×	×	212
<i>Zerres</i>	×	×	×	×	×	×	×
<i>Medicus/Lorenz</i>	×	×	×	×	×	×	×
<i>Schlechtriem</i>	×	×	×	×	×	×	×
<i>Hirsch</i>	×	×	×	×	×	▫	×
<i>Grunewald/Riesenhuber</i>	×	×	×	×	×	239	×
<i>Harke</i>	×	×	×	×	×	▫	×
<i>Emmerich</i>	×	×	×	×	×	×	×
<i>Wörten u.a.</i>	×	×	×	×	×	▫	×
<i>Musielak/Mayer</i>	×	×	▫	▫	×	×	▫
<i>Bergmans</i>	×	89 Fn. 12	×	×	×	×	92
<i>Klunzinger</i>	596	×	×	▫	×	×	×
<i>Reich</i>	×	×	×	×	×	▫	×
<i>Eisenhardt</i>	×	×	▫	×	×	▫	▫

Hinweis: Tabelle ist absteigend sortiert nach der Spalte „Anzahl Worte“. Sie nennt die Seitenzahl(en), auf denen die sieben Fragen thematisiert werden. Das Symbol × bedeutet, dass die Frage nicht thematisiert wird, ▫ bedeutet, dass das zugehörige Rechtsproblem gar nicht auftaucht – also bei b) die Lehre von der berechtigten GoA, bei c) die Möglichkeit einer Genehmigung, bei d) das erforderliche Wissensselement, bei f) die Abgrenzung von GoA und Gefälligkeit, bei g) die Regelungen in § 687 BGB.

3. Auswertung zu den sieben Unklarheiten im Recht der GoA

Bei der vorstehenden Tabelle handelt es sich um eine inhaltliche Auswertung von nicht weniger als 636 Lehrbuchseiten. Daher war ein arbeitsteiliges Vorgehen unvermeidlich: Der Zweitautor sichtete jedes Kapitel gezielt mit Blick auf die sieben identifizierten Unklarheiten, der Erstautor las stichprobenartig ein Fünftel der Kapitel vollständig und überprüfte die Kodierungen. Dabei fielen zwar keine Unstimmigkeiten auf; ganz ausschließen lassen sie sich freilich trotzdem nicht. Immerhin aber ergibt sich ein klares Muster und ein erschütternder Befund: Kein einziges Lehrbuch thematisiert alle sieben Unklarheiten, über die Hälfte der Lehrbücher (51,9 %) erwähnt keine einzige davon.

Die meisten Unklarheiten (bis zu vier) finden sich naheliegenderweise in den umfangreichsten Kapiteln am Kopf der Tabelle (*Wandt* und *Staake*), während die kürzesten Kapitel (*Reich* und *Eisenhardt*) bis zu drei Themenkomplexe komplett weglassen. Die spaltenweise Untersuchung zeigt:

a) GoA oder GoB?

Diese Frage wird noch am häufigsten thematisiert, nämlich von sieben Lehrbüchern (25,9 %). *Klunzinger* hält die Bezeichnung als Geschäftsführung „ohne Auftrag“ für „missverständlich“, weil „jedes rechtsgeschäftlich begründete Rechtsverhältnis“ die GoA ausschließe; spiegelbildlich versteht *Looschelders* „das Merkmal ‚beauftragt‘ [...] in einem weiten Sinne“ und fasst darunter „jedes Rechtsgeschäft“. Als „zu eng“ kritisieren auch fünf weitere Lehrbücher den Begriffsbestandteil „ohne Auftrag“, weil generell „vertragliche oder gesetzliche“ Rechtsverhältnisse (so *Wandt* und *Fikentscher/Heinemann*), „rechtsgeschäftliche oder gesetzliche“ Rechtsverhältnisse (so *Buck-Heeb*), alle „rechtlichen Sonderverbindungen“ (*Staake*) oder „jedes Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten“ (*Brox/Walker*) die GoA ausschließen. Kein Lehrbuch differenziert dabei jedoch zwischen den Tatbestandsvarianten des § 677 BGB; was also § 677 Alt. 2 BGB („sonst dazu berechtigt“) in Abgrenzung zu § 677 Alt. 1 BGB („beauftragt“) erfassen soll, bleibt durchweg unklar.

b) Berechtigt „ohne Berechtigung“?

Die Lehre von der sog. „berechtigten GoA“³⁰ ist in Lehrbüchern trotz gewichtiger Gegenstimmen³¹ fast alternativlos und wird allenfalls zaghaft kritisiert als „bestenfalls irrelevant, eher irreführend“ (*Harke*, S. 365 Fn. 154); sie solle „nicht überschätzt werden“ (*Looschelders*, S. 387). Nur vier Lehrbücher (14,8 %) thematisieren den begrifflichen Widerspruch zum Wortlaut des § 677 BGB: *Altmann* weist darauf hin, dass der Begriff der „berechtigten“ GoA „leicht falsch interpretiert werden“ könne und „nicht mit dem negativen Tatbestandsmerkmal der ‚sonstigen Berechtigung‘ [...] gleichgesetzt werden“ dürfe. Auch *Wandt* und *Bergmans* halten den Begriff für „missverständlich“ und schlagen vor, „statt von Berechtigung zur Geschäftsführung von Übereinstimmung mit Interesse und Willen des Geschäftsherrn (§ 683 S. 1) zu sprechen“ (*Wandt*) oder zwischen „begründeter“ und „unbegründeter“ GoA zu differenzieren (*Bergmans*). *Staake* schließlich betont, man dürfe sich „nicht von der doppelten Bedeutung des Wortes ‚Berechtigung‘ täuschen lassen“ und könne „um die Mehrdeutigkeit zu vermeiden, auch von der rechtmäßigen GoA sprechen“.

³⁰ In Reinform schon *Esser/Weyers*, Schuldrecht, Band II, Teilband 2, 8. Aufl. 2000, S. 5; deutlich auch *Althammer*, Schuldrecht III, Besonderer Teil 2, 2015, S. 8: „In den Bestimmungen des BGB wird die Unterscheidung zwischen berechtigter und unberechtigter GoA nur unzureichend deutlich. Auch aus diesem Grund erscheint die gesetzestechnische Ausgestaltung der §§ 677 ff. nicht gelungen.“

³¹ *Bergmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, vor § 677 Rn. 95–101; zuvor schon *ders.*, Die GoA als Subordinationsverhältnis, 2010, S. 102–107; *Jansen*, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. 3, Teilbd. 2, 2013, §§ 677–687 I Rn. 82–86.

c) Genehmigung von Tatsachen?

Zwar erwähnen nur zwei Lehrbücher (*Musielak/Mayer* und *Eisenhardt*) die Möglichkeit einer Genehmigung überhaupt nicht (sondern erwähnen § 684 BGB nur ganz beiläufig); dafür gehen sechs (22,2 %) davon aus, dass die „Genehmigung“ des § 684 BGB eine solche i.S.d. § 184 BGB sei, der deshalb ohne Weiteres direkt anwendbar sei.³² Einzig *Staaake* beweist hinreichend Problemgespür, um die §§ 182 ff. BGB „nur analog“ anzuwenden, „weil nicht ein Rechtsgeschäft genehmigt wird, sondern die tatsächliche Geschäftsübernahme und -durchführung“. Ein weiteres Lehrbuch unterscheidet nur – worauf es hier nicht ankam – die Genehmigung in „dem in § 684 S. 2 geregelten Fall“ von der nachträglichen Billigung einer „irrtümlichen Verfügung über eine fremde Sache“ in Fällen der §§ 687 Abs. 1, 816 Abs. 1 BGB (*Peifer*, S. 327).

d) Fremdgeschäftsführungsvorsatz?

Kein Lehrbuch thematisiert die Frage, warum man nur vom Fremdgeschäftsführungswillen sprechen, zugleich aber ein kognitives Element *neben* dem „voluntativen“ oder „finalen“³³ Element verlangen sollte. Dabei vergleicht *Wandt* den Fremdgeschäftsführungswillen sogar mit dem „[Tatbestands-] Vorsatz im Strafrecht“, sieht aber eine Parallele nur darin, dass beide „an sich ein rein subjektives Tatbestandsmerkmal“ seien; im Übrigen nennt er das voluntative Element durchweg Fremdgeschäftsführungswille „im engeren Sinne“ (S. 42), ebenso wie auch *Althammer* (S. 17). *Schäfer* bezeichnet den „finalen Willen, ein Geschäft für eine andere Person zu führen“, sogar als „Fremdgeschäftsführungsabsicht“ (S. 260), ebenso wie *Harke* (S. 363), und auch *Staaake* spricht vom „finalen Element“ als der „Absicht, das Geschäft als fremdes [...] zu führen“ (S. 491).

Warum die Autoren mit diesem Finalitätserfordernis den Absichtsbegriff (*dolus directus* 1. Grades) aus dem Strafrecht importieren, ohne zugleich dessen Vorsatzbegriff zu übernehmen, bleibt unklar. Noch kryptischer mutet die Formulierung bei *Zerres* an, der kognitives und voluntatives Element im Fremdgeschäftsführungswillensbewusstsein amalgamiert: „Der Geschäftsführer muss das Bewusstsein gehabt haben, ein fremdes Geschäft für einen anderen führen zu wollen.“ (S. 350).

e) Interesse und/oder Wille?

Überraschenderweise erörtert *kein einziges* Lehrbuch die Frage, warum in den verschiedenen Vorschriften zur GoA mal vom „Interesse des Geschäftsherrn *mit Rücksicht auf* dessen Willen“ (§ 677 BGB), mal nur vom „Willen des Geschäftsherrn“ (§ 678 BGB) und mal vom „Interesse *und* dem Willen des Geschäftsherrn“ (§ 683 S. 1 BGB) die Rede ist. Der für das Systemverständnis durchaus folgenreiche Streit darüber, ob diese Differenzierung intendiert,³⁴ oder ein bloßes Redaktionsversehen sei,³⁵ bleibt unerwähnt. Die Rechtspraxis erfindet als vierte Variante vielmehr noch die im Gesetz

³² *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, S. 20; *Hirsch*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 6. Aufl. 2020, S. 498; *Förster*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2016, S. 230, 236; *Peifer*, Schuldrecht, 7. Aufl. 2023, S. 312; *Plate/Geier*, Das gesamte examensrelevante Zivilrecht, 7. Aufl. 2021, S. 1011; *Schäfer*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 2021, S. 268.

³³ Ersteres bei *Althammer*, Schuldrecht III, Besonderer Teil 2, 2015, S. 17; *Peifer*, Schuldrecht, 7. Aufl. 2023, S. 305; *Plate/Geier*, Das gesamte examensrelevante Zivilrecht, 7. Aufl. 2021, S. 998; *Röthel*, Schuldrecht BT/2, 3. Aufl. 2018, S. 11; letzteres bei *Staaake*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2022, S. 444, 491 f.; beides bei *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, S. 40 f.

³⁴ So etwa *Jansen*, in: *Schmoekkel/Rückert/Zimmermann*, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. 3, Teilbd. 2, 2013, §§ 677–687 I Rn. 38.

³⁵ So etwa *F. Schäfer*, in: *MüKo-BGB*, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 683 Rn. 18 m.w.N. in Fn. 63.

nicht vorgesehene Alternative zwischen „dem objektiven Interesse *oder* dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen“,³⁶ und *Reich* suggeriert ein Alternativitätsverhältnis zwischen dem mutmaßlichen Willen und einer Kumulation von Interesse und (wirklichem?) Willen.³⁷

f) Rechtsbindungswille?

Die spätestens durch eine BGH-Entscheidung vor knapp zehn Jahren³⁸ akut gewordene Frage, ob und wie die GoA von (ebenfalls auftragslosen) Gefälligkeiten abzugrenzen ist, erweist sich als meist-übergangenes didaktisches Problem: Neun Lehrbücher (33,3 %) sagen dazu gar nichts. Das lässt sich in nur drei Fällen damit erklären, dass die neueste Auflage älter ist als 2015 (*Althammer, Esser/Weyers* und *Harke*) – wobei andere, ähnlich alte Lehrbücher die Nähe der GoA zur Gefälligkeit zumindest erwähnten (*Bergmans*, S. 87–88; *Schlechtriem*, S. 284). Wo neuere Werke diese Nähe und das Abgrenzungsbedürfnis thematisieren, nehmen vier die Abgrenzung tatsächlich anhand des Rechtsbindungswillens vor (*Brox/Walker*, S. 563; *Röthel*, S. 11, 15; *Schäfer*, S. 269, *Zerres*, S. 347) oder anhand eines „Geschäftsübernahmewillens“ (*Klunzinger*, S. 596), der wohl synonym verstanden wird.³⁹ Etwas inkonsequent erklärt ein Lehrbuch, dass die Abgrenzung von der Gefälligkeit nach dem Rechtsbindungswillen zwar „entsprechend für die GoA“ gelte, dass aber in Klausuren „zwischen einer GoA und einer Gefälligkeit (ohne Auftrag) abzugrenzen“ sei, *nachdem* mit Hilfe des Rechtsbindungswillens zunächst die „bloße Gefälligkeit“ vom „Auftrag i.S. des § 662“ abgegrenzt worden sei (*Buck-Heeb*, S. 10 vs. „Klausurtyp“ S. 11). Kein Lehrbuch weist darauf hin, dass der BGH 2015 den Rechtsbindungswillen nur „im Bereich der rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisse“ erwähnte und in anderen Entscheidungen ganz selbstverständlich auch Gefälligkeiten nach GoA-Recht beurteilte.⁴⁰ Kein Lehrbuch stellt die Frage, wie sich ein zur altruistischen Nothilfe spontan Eingesprungener i.S.v. § 680 BGB überhaupt Gedanken über seine Bereitschaft zur rechtlichen Bindung gemacht haben könnte. Nur vier Lehrbücher (14,8 %) führen etwas weiter: *Grunewald/Riesenhuber* bemerken, dass die „Geschäftsführung als ein tatsächliches Handeln generell keinen Rechtsbindungswillen“ voraussetze, und wollen eine „dogmatisch saubere Verortung der Sachfrage in der Fallprüfung“ dadurch erreichen, dass sie den Rechtsbindungswillen aufseiten des Geschäftsführers mit dem Fremdgeschäftsführungswillen gleichsetzen und aufseiten des Geschäftsherrn mit dem „wirklichen oder mutmaßlichen“ Willen i.S.v. § 678 BGB; genauso differenziert *Schäfer*. Ausführlicher setzt sich *Wandt* mit dem infolge des BGH-Urteils entstandenen Streitstands auseinander und hält den fehlenden „Fremdgeschäftsführungswillen (Geschäftsführungsabsicht)“ für ein mögliches Abgrenzungskriterium zwischen GoA und Gefälligkeit (*Wandt*, S. 28). Dass er diesen entgegen dem sonst etablierten Sprachgebrauch (vgl. Fn. 38) mit dem „Geschäftsübernahmewillen“ gleichsetzt (*Wandt*, S. 29), lässt freilich seine Abgrenzung vom Rechtsbindungswillen unscharf werden. Wirklich unmissverständlich erklärt wiederum nur *Staake*, „dass das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines Rechtsbindungswillens weder hinreichende noch notwendige Bedingung für das Vorliegen einer GoA ist.“

³⁶ AG Siegburg, Urt. v. 31.1.2014 – 118 C 124/13; S. *Althaus/G. Jansen*, in: Beck'scher VOB-Komm. Teil B, 4. Aufl. 2023, § 2 VIII Rn. 75.

³⁷ *Reich*, Einführung in das Bürgerliche Recht, 5. Aufl. 2016, S. 338: „Interesse und dem Willen [Fn. 720: Kumulativ!] oder dem mutmaßlichen Willen“.

³⁸ BGH, Urt. v. 23.7.2015 – III ZR 346/14.

³⁹ So *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2018, S. 398: „analog zum fehlenden Rechtsbindungswillen ...“; *Röthel*, Schuldrecht BT/2, 3. Aufl. 2018, S. 11: „entspricht dem Erfordernis des Rechtsbindungswillens bei vertraglichen Schuldverhältnissen“.

⁴⁰ Beispielsweise BGH, Urt. v. 30.11.1971 – VI ZR 100/70; aus neuerer Zeit OLG Hamm, Urt. v. 5.6.2000 – 13 U 222/99 unter II. 1. b) bb); OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 19.4.2023 – 13 U 82/22.

g) „Unechte“ GoA?

Immerhin fünf Lehrbücher (18,5 %) kritisieren den Begriff der „unechten“ GoA als „uneinheitlich und überdies ungenau“ (*Esser/Weyers*), „missverständlich“ (*Medicus/Petersen*) oder „an sich irreführend, denn strenggenommen liegt hier gerade keine GoA vor“ (*Buck-Heeb*). Weil es sich bei der sog. unechten GoA „genau genommen gar nicht um eine GoA“ (*Bergmans*) handele, sei dieser Begriff „wenig hilfreich, aber gleichwohl weithin gebräuchlich“ (*Wandt*). Dementsprechend schlägt auch keines der Lehrbücher alternative Begrifflichkeiten vor; nur *Schäfer* bezeichnet die echte GoA als „Geschäftsführung ohne Auftrag iES“ (S. 256) und suggeriert damit – ohne es auszusprechen – dass er die „unechte“ GoA als eine solche „im weiteren Sinne“ verstehen würde.⁴¹

IV. Fazit: Zu einer evidenzbasierten Lehrbuch-Auswahl

Insgesamt ergibt die vorstehende Sichtung einen ernüchternden Befund: Kaum die Hälfte der Lehrbücher (48,1 %) spricht überhaupt eine der sieben Unklarheiten an, die der Wortlaut des Gesetzes ergibt. Neun Lehrbücher (33,3 %) belassen es bei einer einzigen, nur die Lehrbücher von *Wandt*, *Staaake*, *Buck-Heeb* und *Bergmans* wenden sich mehreren zu. Mehr als vier sind es in keinem der Lehrbücher, und zwei Unklarheiten (d und e) finden sich in 27 Lehrbüchern kein einziges Mal erwähnt.

Fasst man die erörterten Metriken in einer Tabelle zusammen, indem man für jedes Lehrbuch ermittelt, welchen Anteil des über alle Lehrbücher hinweg ermittelten Maximalwerts der jeweiligen Metrik es erreicht, so ergeben sich die auf der folgenden Seite dokumentierten Anteilswerte. Sie zeigen dass kein Lehrbuch durchweg Höchstwerte in den sechs gewählten Metriken erzielt. Alle vereinen vielmehr Stärken auf einer Dimension mit Schwächen auf anderen – wie etwa das Lehrbuch von *Althammer*, das bei Höchstwerten in GoA-Fokus und Differenziertheit dennoch fast den Minimalwert in Strukturiertheit, geringe Anschaulichkeit und einen mittleren Wert in Durchdringung erreicht. Darauf lässt sich in dreierlei Weise pragmatisch reagieren:

Ein erster nachvollziehbarer Impuls könnte dahin gehen, „auf Nummer sicher“ eines der umfangreichen Speziallehrbücher (*Wandt*, *Althammer* oder *Staaake*) zu wählen, die je auf mindestens einer Dimension den Höchstwert erzielen und mit der größten Wahrscheinlichkeit jedenfalls „alles Examensrelevante“ enthalten. Andererseits sind 50–100 Buchseiten allein für die GoA ein erhebliches Lesepensum, das im ohnehin überfrachteten Jurastudium kaum jede:r durcharbeiten kann.

Ein zweiter pragmatischer Impuls könnte dahin gehen, den metrisierenden Ansatz zu verwerfen und die Lehrbuchauswahl lieber von subjektiven als von statistischen Kriterien abhängig zu machen. Das muss nicht der eigene Leseindruck sein (der sich von 27 Lehrbüchern kaum gewinnen lässt), womöglich aber hervorstechende Alleinstellungsmerkmale. Davon förderte die Untersuchung einige zutage – sei es das einzige einbändige Lehrbuch zum gesamten Schuldrecht (*Fikentscher/Heinemann*) oder das einzige vierbändige (*Esser/Weyers*) oder die drei nach dem Anspruchssystem aufgebauten (*Plate/Geier*, *Medicus/Petersen* und *Grunewald/Riesenhuber*) oder die von Professorinnen begründeten (*Röthel* und *Buck-Heeb*) oder das einzige in echter Koautorenschaft (*Musielak/Mayer*).

Die dritte mögliche Reaktion besteht darin, die zwischen den Metriken festgestellten Unterschiede als Differenzierungskriterien ernst zu nehmen und bewusst zu überlegen, welches Kriterium oder welche Kriterien für die Auswahl am wichtigsten erscheinen. Dabei mag eine Visualisierung der Werte helfen, die auf der übernächsten Seite – im Anschluss an die Tabelle – wiedergegeben ist.

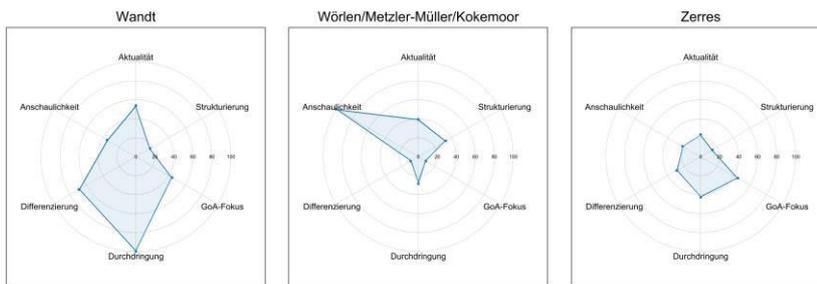
⁴¹ *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 12. Aufl. 2022 fassen unter § 687 BGB als „unechte GoA im weiteren Sinne“ die „vermeintliche und unechte GoA i.e.S.“ (S. 792, 804) – damit wäre § 687 Abs. 2 BGB also eine GoA im engeren Sinn des weiteren Sinns.

Autor(en) laut Buchumschlag	Gegenstand	Aktualität	GoA-Fokus	Differenziertheit	Strukturiertheit	Anschaulichkeit	Durchdringung
Althammer	gesSV		100.0	100.0	0.2	18.2	42.9
Bergmans	gesSV		0.0	6.5	54.8	62.3	71.4
Brox/Walker	SR BT	100.0	11.9	25.7	25.0	16.9	57.1
Buck-Heeb	gesSV	36.9	46.3	73.9	13.9	50.6	57.1
Eisenhardt	BGB	4.4	13.6	17.6	36.9	0.0	0.0
Emmerich	SR BT	24.3	7.3	65.6	14.2	29.9	42.9
Esser/Weyers	gesSV	1.6	20.5	76.1	42.4	0.0	42.9
Fikentscher/Heinemann	SchuldR	9.1	12.9	4.1	8.4	16.9	57.1
Förster	SR BT	16.8	25.7	0.0	44.5	18.2	28.6
Grunewald/Riesenhuber	BGB	8.9		69.4	15.4	0.0	57.1
Harke	SR BT		2.6	65.3	0.0	0.0	28.6
Hirsch	SR BT	34.9	3.6	41.4	40.4	0.0	28.6
Klunzinger	BGB	50.3	12.1	0.0	100.0	64.9	42.9
Looschelders	SR BT	98.3	17.6	89.3	22.4	0.0	57.1
Medicus/Lorenz	SR BT	48.5	6.8	27.0	65.1	0.0	42.9
Medicus/Petersen	BGB	51.5		53.5	43.6	18.2	57.1
Musielak/Mayer	BGB	16.8	7.7	48.5	10.3	0.0	0.0
Peifer	gesSV	27.9	36.2	49.7	4.6	20.8	42.9
Plate/Geier	BGB	30.6		0.0	9.9	6.5	42.9
Reich	BGB	10.1	7.2	20.4	58.7	0.0	28.6
Röthel	gesSV	13.0	51.4	0.0	51.9	26.0	42.9
Schäfer	SR BT		54.0	53.9	2.4	0.0	42.9
Schlechtriem	SR BT	25.2	12.7	52.9	25.8	0.0	42.9
Staake	gesSV	0.0	24.7	56.2	21.5	10.4	100.0
Wandt	gesSV	53.8	44.1	69.2	17.3	35.1	100.0
Wörlen u.a.	SR BT	39.5	9.2	9.4	33.4	100.0	28.6
Zerres	BGB	23.5	45.3	29.1	14.2	22.1	42.9

Hinweis: Die Tabelle gibt an, welchen Anteil des über alle 27 Lehrbücher hinweg ermittelten Maximalwerts der jeweiligen Metrik ein bestimmtes Lehrbuch erreicht (0 % = Minimalwert, 100 % = Maximalwert). Sie ist aufsteigend sortiert nach den Autorennamen auf dem Buchumschlag.

Hamann/Weyhofen: Der Lehrbuchschungel im Schuldrecht





Die 27 Grafiken visualisieren die Werte der vorangegangenen Tabelle in einem sechsdimensionalen Diagramm (sog. Radar- oder Spinnennetzdiagramm). Daraus entsteht für jedes Lehrbuch eine Profillinie, die eine gewisse Fläche des Diagramms umschließt. Je weiter außen im Kreis die Punkte liegen – also je größer die durch die sechs Punkte aufgespannte Gesamtfläche – desto mehr Kriterien erfüllt das Lehrbuch in hohem Maß. Auch hier fallen die Diagramme zu den Lehrbüchern von *Althammer*, *Stake* und *Wandt* durch recht große Abdeckung auf, aber auch andere Lehrbücher verfügen über markante Profillinien. Die gewählte Darstellungsform hat durchaus ihre Schwächen – insbesondere sind weder die Form des entstandenen Sechsecks noch dessen Flächeninhalt direkt vergleichbar – aber zur Reflektion der für ein Lehrbuch maßgeblichen Gütekriterien mag die Visualisierung hilfreiche Impulse geben und damit den Weg zu einer evidenzbasierten Lehrbuchauswahl ebnen.

Fortgeschrittenenklausur: „Drei Kartoffelbestellungen“

Prof. Dr. Gregor Albers, Stud. iur. Clemens Mehl, Bonn*

Die Klausur mit Schwerpunkt im Bereicherungsrecht ist als dreistündige Fortgeschrittenenklausur konzipiert. Es geht um einen Fall des Bereicherungsausgleichs unter mehreren Personen. Entscheidend ist die präzise Bestimmung der Leistungsbeziehungen, wobei ein typisches Problem hier in abgewandelter Form erscheint. Außerdem spielt das Verhältnis von Leistungs- und Nichtleistungskondition eine wichtige Rolle. Darüber hinaus ist die Verknüpfung des Bereicherungsrechts mit Fragen des Allgemeinen Teils, des Schuldrechts und des Sachenrechts gefragt, denn es stellen sich Probleme der Ermittlung des Rechtsbindungswillens, der Erfüllung und des gesetzlichen Eigentumserwerbs.

Sachverhalt

G bestellt für sein Restaurant regelmäßig bei den Biolandwirten S, X und Y. Von S und X hat G jeweils unabhängig voneinander 30 Kilogramm Kartoffeln derselben Qualität zum Preis von 50 € gekauft. Das entspricht dem objektiven Wert.

Weil S erkrankt, übergibt er X, der sein Nachbar ist, einen Sack mit 30 Kilogramm Kartoffeln. S bittet X, den Sack dem G zu überbringen, ihn über die Erkrankung zu informieren und herzliche Grüße auszurichten. X stellt den Sack am Hintereingang des Restaurants ab und winkt G, der beschäftigt ist, aus der Ferne zu. In Eile vergisst X, G über die Krankheit des S in Kenntnis zu setzen und die Grüße auszurichten. X macht sich keine weiteren Gedanken und nimmt an, dass G die Lieferung schon richtig verstehen werde. Doch G glaubt, X liefere die Kartoffeln, die X selbst dem G schuldet.

Die Ernte von X verzögert sich. G wundert sich, wo die Kartoffeln von S bleiben. Weil er dringend mehr benötigt, bestellt er bei Y weitere 30 Kilogramm zum Preis von 70 €. Weil auch Y Ernteprobleme hat, stiehlt er einen Sack Kartoffeln von S, liefert ihn an G und erhält dafür 70 €.

In seiner Küche stellt G aus allen Kartoffeln nach einem Geheimrezept Reibekuchen her und serviert sie seinen Gästen im Restaurant.

Einige Tage später erkundigt sich G bei S, warum er noch nicht geliefert habe. So klärt sich das Missverständnis auf. Auch das Verhalten von Y kommt ans Licht. S erklärt X wütend, er solle sich jetzt aus der ganzen Sache raushalten. Weil X mit seiner eigenen Ernte weiterhin Schwierigkeiten hat, ist er damit ganz einverstanden und unternimmt nichts.

Fallfrage 1

Hat S wegen einer der beiden Lieferungen bereicherungsrechtliche Ansprüche gegen G? Gegenansprüche und Einreden des G bleiben außer Betracht.

* Gregor Albers ist seit dem 1. Oktober 2024 Professor für Privatrechtsgeschichte und romanistische Grundlagen an der JKU Linz. Im Wintersemester 2023/2024 unterrichtete er als Vertreter von Prof. Dr. Guido Pfeifer an der Goethe-Universität. Hier konnte dieser Fall am 13. Dezember 2023 in der Vorlesung Schuldrecht IV als Probeklausur geschrieben werden. Clemens Mehl ist Stud. Hilfskraft am Institut für Römisches Recht und Vergleichende Rechtsgeschichte in Bonn.

Fallfrage 2

Welche bereicherungsrechtlichen Ansprüche hat S gegen X?

Fallfrage 3

S überlegt sich, dass er wegen der zweiten Kartoffellieferung lieber Y als G in Anspruch nehmen möchte. Kann er dies tun, und auf welchen Betrag? Sofern der Anspruch davon abhängt, dass S ein Gestaltungsrecht ausübt, unterstellen Sie die erforderliche Erklärung. Auf Schadensersatz gerichtete Ansprüche sind nicht zu prüfen. Gegenansprüche und Einreden des Y bleiben außer Betracht.

Lösungsvorschlag

Lösung zu Frage 1.....	923
I. Wegen der ersten Lieferung.....	923
1. Anspruch auf Zahlung von Wertersatz i.H.v. 50 € aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 1 und 2 BGB.....	923
a) Etwas erlangt.....	923
aa) Besitz an Kartoffeln.....	924
bb) Eigentum an Kartoffeln.....	924
(1) Übereignung von S an G nach § 929 S. 1 BGB.....	924
(2) Übereignung von X an G nach § 929 S. 1 BGB.....	924
(a) Einigung.....	924
(b) Übergabe.....	926
(c) Berechtigung.....	926
(d) Zwischenergebnis.....	927
(3) Gutgläubiger Erwerb nach §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB.....	927
b) Durch Leistung des S.....	927
c) Zwischenergebnis.....	929
2. Anspruch auf Zahlung von Wertersatz i.H.v. 50 € aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 818 Abs. 1 und 2 BGB.....	929
a) Etwas Erlangt.....	929
b) In sonstiger Weise als durch Leistung auf Kosten des S.....	929
c) Zwischenergebnis.....	930
II. Wegen der zweiten Lieferung.....	930
1. Anspruch auf Zahlung von Wertersatz i.H.v. 50 € aus §§ 951, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 818 Abs. 2 BGB.....	930
a) Anwendbarkeit.....	930
b) Eigentumsverlust durch Verarbeitung.....	930

aa) Eigentum des S zum Zeitpunkt der Verarbeitung	930
bb) Voraussetzungen des § 950 Abs. 1 BGB	931
cc) Rechtsfolge.....	931
c) Voraussetzungen des § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB.....	931
aa) Etwas erlangt	931
bb) In sonstiger Weise als durch Leistung	931
cc) Auf Kosten des S.....	932
dd) Ohne Rechtsgrund	932
d) Rechtsfolge	933
2. Ergebnis	933
Lösung zu Frage 2.....	934
I. Anspruch auf Zahlung von 50 € aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB	934
II. Ergebnis.....	934
Lösung zu Frage 3.....	935
I. Anspruch auf Zahlung von 70 € als Herausgabe des Erlangten aus angemaßter Geschäftsführung nach §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 667 Alt. 2 BGB	935
1. Führung eines fremden Geschäfts	935
2. Eigengeschäftsführungswillen.....	935
3. Ohne Berechtigung.....	935
4. Rechtsfolge	935
II. Anspruch auf Zahlung von 70 € aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB	936
1. Anspruchsvoraussetzungen des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB.....	936
2. Rechtsfolge: Herausgabe des aus der Verfügung Erlangten	936
Gesamtergebnis	938

Lösung zu Frage 1

I. Wegen der ersten Lieferung

1. Anspruch auf Zahlung von Wertersatz i.H.v. 50 € aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 1 und 2 BGB

S hat gegen G wegen der ersten Kartoffellieferung – bei der S sich von X helfen ließ – möglicherweise einen Anspruch auf Wertersatz i.H.v. 50 € aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 1 und 2 BGB.

a) Etwas erlangt

Dazu muss G etwas, nämlich irgendeinen Vorteil erlangt haben.

Anmerkung: Ob der Vorteil Vermögenswert hat, spielt nach überzeugender und heute wohl herrschender Auffassung erst i.R.v. § 818 Abs. 2 BGB eine Rolle, wenn stattdessen Wertersatz geleistet werden soll.¹ Bei dem hier in Frage kommenden „etwas“ ist das kein Problem und sollte besser auch nicht problematisiert werden.

aa) Besitz an Kartoffeln

Erstens hat G aus der ersten Lieferung unmittelbaren Besitz an den Kartoffeln erlangt.

bb) Eigentum an Kartoffeln

Zweitens hat G möglicherweise auch Eigentum an den Kartoffeln aus der ersten Lieferung erlangt. Zunächst befanden sich die Kartoffeln im Eigentum des S.

(1) Übereignung von S an G nach § 929 S. 1 BGB

S hat die Kartoffeln möglicherweise nach § 929 S. 1 BGB an G übereignet. Dies setzt eine zwischen S und G wirkende dingliche Einigung über die Übertragung des Eigentums voraus.

Unmittelbar haben sich S und G nicht über die Übertragung des Eigentums geeinigt. Jedoch könnte X als Bote ein auf Übereignung gerichtetes Angebot des S übermittelt oder selbst ein solches Angebot als Stellvertreter (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB) im Namen des S abgegeben haben, indem er den Sack Kartoffeln am Hintereingang des Restaurants abgestellt und G zugewunken hat. Die Abgrenzung zwischen Boten und Stellvertreter vollzieht sich dabei danach, ob eine fremde Willenserklärung übermittelt oder eine eigene Willenserklärung abgegeben wird.² Ob das eine oder das andere oder keines von beiden der Fall ist, muss durch Auslegung ermittelt werden. Diese erfolgt gem. §§ 133, 157 BGB aus dem objektiven Empfängerhorizont.

X selbst schuldete G ebenfalls die Übergabe und Übereignung von 30 Kilogramm Kartoffeln. G musste und durfte das Überbringen solcher Kartoffeln durch X im naheliegendsten Sinne so verstehen, dass sein Schuldner X eigene Kartoffeln im eigenen Namen übereignen wollte. Daher liegt weder eine Willenserklärung des S vor, die X als Bote übermittelt hätte, noch eine Willenserklärung des X, im Namen des S, nach § 164 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 BGB für und gegen S wirken könnte.

Somit kam es nicht zu einer Einigung mit Wirkung zwischen S und G, weswegen auch das Eigentum nicht durch Übereignung nach § 929 S. 1 BGB von S an G übergegangen ist.

(2) Übereignung von X an G nach § 929 S. 1 BGB

G hat jedoch möglicherweise das Eigentum an dem Sack Kartoffeln nach § 929 S. 1 BGB von X erworben.

(a) Einigung

Dazu muss X durch das Abstellen des Sacks Kartoffeln ein konkludentes Angebot zur Übereignung der Kartoffeln in eigenem Namen abgegeben haben. Ob eine solche Willenserklärung vorliegt, bemisst sich wiederum durch Auslegung aus dem objektiven Empfängerhorizont nach §§ 133, 157 BGB.

Anmerkung: Wir unterscheiden hier zwischen dem Vorliegen einer Willenserklärung und ihrer Wirksamkeit und betrachten nur den sogenannten „objektiven Tatbestand“ als eigentlichen Tatbestand

¹ Wieling/Finkenauer, Bereicherungsrecht, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 2.

² BGHZ 12, 327 (334) = NJW 1954, 797 (798); Schubert, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 80.

der Willenserklärung, der darüber entscheidet, ob eine Willenserklärung vorliegt oder nicht. Welche Folge es hat, wenn das Auslegungsergebnis nicht gewollt ist, fassen wir als Problem der Wirksamkeit.³ Ein anderer Sprachgebrauch ist zulässig und ändert am Ergebnis nichts.

G musste und durfte das Hinstellen des Sacks durch seinen Schuldner S und dessen anschließendes Winken so auffassen, dass X selbst ihm den Sack übereignen wollte. Daran musste X sich nach Treu und Glauben auch festhalten lassen. Folglich liegt eine auf Übereignung gerichtete Willenserklärung des X vor.

Fraglich ist, ob diese Willenserklärung deswegen unwirksam ist, weil X dem G in diesem Moment gar keine Kartoffeln übereignen wollte. X selbst machte sich beim Abstellen und Winken keine weiteren Gedanken. Entweder stellte er sich vor, dass S und G sich schon im Voraus auf die Übereignung geeinigt hatten, oder er wollte eine auf Übereignung gerichtete Erklärung des S übermitteln. Eine eigene rechtsgeschäftliche Erklärung wollte er keinesfalls abgeben. Folglich handelte er ohne Erklärungsbewusstsein.

Anmerkung 1: Das Problem fehlenden Erklärungsbewusstseins wird üblicherweise nicht mit Blick auf Personen diskutiert, die als Bote auftreten wollen. Man könnte auch argumentieren, dass solche Personen zwar keine Erklärung abgeben, sondern eine vom Absender abgegebene Erklärung übermitteln wollen, aber immerhin anstreben, dass ihr Handeln rechtsgeschäftliche Folgen haben soll, und dass ihnen deshalb die Willenserklärung stets hinreichend zuzurechnen sei, um sie als wirksam anzusehen.

Anmerkung 2: Man kann das Geschehen auch so deuten, dass X als Vertreter des S für diesen übereignen wollte. Dann handelte er mit Erklärungsbewusstsein, sein rechtsgeschäftlicher Wille hatte lediglich einen abweichenden Inhalt. Das steht der Wirksamkeit der Erklärung keinesfalls entgegen. Auch dann käme eine Anfechtung in Betracht (dazu unten); die Lösung ändert sich nicht.

Vereinzelt wird angenommen, dass das Erklärungsbewusstsein notwendiges Element einer Willenserklärung ist,⁴ sodass hier keine wirksame Willenserklärung vorläge. Gestützt wird diese Auffassung darauf, dass auch bei fahrlässigem Verhalten eine Bindung an einen Vertrag nicht zu rechtfertigen sei, sondern allenfalls eine Haftung auf das negative Interesse. Allerdings schützt das Recht der Willenserklärung den Erklärungsempfänger, indem es den Erklärenden auch an nicht vorgestellte Erklärungen bindet, auf die dieser vertrauen darf.⁵ Das zeigen schon § 119 BGB und § 157 BGB.⁶ Die Interessen des Erklärenden werden dadurch gewahrt, dass er die Wirkung seiner Erklärung durch Anfechtung rückwirkend beseitigen kann,⁷ wobei er dem anderen Teil dann aber regelmäßig dessen Vertrauensschaden ersetzen muss. Daher liegt eine wirksame Willenserklärung jedenfalls vor, wenn der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können, dass seine Aussage als Willenserklärung aufgefasst werden würde,⁸ also mit sogenanntem potenziellen Erklärungsbewusstsein handelte.

³ Für eine überzeugende Kritik am Begriff des „subjektiven Tatbestands“ der Willenserklärung und zur Unterscheidung von deren Vorliegen und Wirksamkeit siehe *Leenen*, JuS 2008, 577 (579–581).

⁴ *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 427 f.

⁵ BGHZ 91, 324 (330) = NJW 1984, 2279 (2280).

⁶ BGHZ 91, 324 (330) = NJW 1984, 2279 (2280).

⁷ Siehe BGHZ 91, 324 (330) = NJW 1984, 2279 (2280).

⁸ BGHZ 91, 324 (330) = NJW 1984, 2279 (2280); *Wendtland*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 157 Rn. 6; *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 119 Rn. 107.

X war zum einen selbst Schuldner des G. Zum anderen wurde ihm von S aufgetragen, G über die Krankheit in Kenntnis zu setzen. Damit hätte X erkennen können, dass G dem Abstellen des Sacks und dem Zuwickeln den Gehalt zumessen werde, dass X selbst den Sack übereignen wolle. Damit schadet sein fehlendes Erklärungsbewusstsein nicht.

Anmerkung: Zu einem anderen Ergebnis kann kommen, wer entgegen der Praxis und ganz herrschenden Lehre der Willenstheorie folgt (sodass bei fehlendem Erklärungsbewusstsein nie eine wirksame Erklärung vorläge) oder im Fall – schlecht vertretbar – annimmt, dass der falsche Eindruck einer Erklärung X nicht zurechenbar sei. Dann erwirbt G auch in dieser Konstellation erst durch Verarbeitung Eigentum und S kann von G nach §§ 951, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB kondizieren (siehe hierfür unten II. 1.); gegen X hat S keine bereicherungsrechtlichen Ansprüche, weil X dann nicht über die Kartoffeln verfügt hat.

G nahm das Angebot des X konkludent spätestens dadurch an, dass er die Kartoffeln zu Reibekuchen verarbeitete. Eines Zugangs seiner Annahme bedurfte es nach § 151 S. 1 BGB nicht. Eine dingliche Einigung zwischen G und X lag damit vor.

Anmerkung: Man könnte schon hier auf die Anfechtung zu sprechen kommen. Es gibt unterschiedliche Ansichten darüber, ob man im Gutachten die Anfechtung auf die einzelne Willenserklärung oder auf das Rechtsgeschäft beziehen sollte. Für die Willenserklärung spricht der Wortlaut der §§ 119 f. BGB, für das Rechtsgeschäft der Wortlaut der §§ 142–144 BGB. Einzelne Willenserklärungen wären das Angebot zur Übereignung und seine Annahme; das Rechtsgeschäft wäre die Übereignung als der Gesamttatbestand aus Einigung und Übergabe. Darstellerisch wäre außerdem auch zulässig, die Einigung, also die übereinstimmenden Willenserklärungen, als Gegenstand der Anfechtung anzusehen. Wir beziehen die Anfechtung hier auf das Rechtsgeschäft und prüfen sie daher erst weiter unten.⁹

(b) Übergabe

Die Kartoffeln müssen nach § 929 S. 1 BGB dem G übergeben worden sein. Eine Übergabe liegt vor, wenn der Veräußerer vollständig den Besitz an der Sache aufgibt, der Erwerber auf Veranlassung des Veräußerers den Besitz erwirbt und es dabei zu einem Gewahrsamswechsel kommt.¹⁰ X war zunächst unmittelbarer Besitzer der Kartoffeln des S. Insbesondere ist er nicht im Betrieb des S tätig ist und steht auch nicht in einem ähnlichen sozialen Abhängigkeitsverhältnis, sodass er kein Besitzdiener nach § 855 BGB ist. Durch das Abstellen hat X seinen unmittelbaren Besitz aufgegeben und G anschließend veranlasst durch X neuen Besitz begründet.

(c) Berechtigung

X muss zur Übereignung der Kartoffeln berechtigt gewesen sein. Er selbst war nicht der Eigentümer, kann aber von S zur Übereignung der Kartoffeln nach § 185 Abs. 1 BGB ermächtigt worden sein.

S bat X darum, die Kartoffeln abzuliefern und G einen Gruß zu bestellen. Damit ging S davon aus, dass X als sein Bote eine Willenserklärung des S übermitteln würde und eine Einigung zwischen S und G erfolgen würde. Nach seiner Vorstellung bedurfte es deshalb keiner Ermächtigung.

⁹ Zum Vertrag als Gegenstand der Anfechtung grundlegend *Leenen*, Jura 1991, 393.

¹⁰ Zum Erfordernis des Gewahrsamswechsels *Klinck*, in BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2024, § 929 Rn. 69; *Wieling*, Sachenrecht, 5. Aufl. 2007, S. 96.

Anmerkung: Auch wenn man annimmt, dass X nach dem Willen des S als sein Stellvertreter auftreten sollte, hätte er ihn gerade nicht zur Übereignung in eigenem Namen ermächtigt. Selbst wenn man in der Bitte eine Zustimmung zur Übereignung der Kartoffeln durch X im eigenen Namen sähe, stünde diese Einwilligung jedenfalls unter der Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB), dass X zugleich eine Tilgungsbestimmung auf die Schuld des S setzt. Daher handelte X, indem er in eigenem Namen übereignete, ohne klarzustellen, dass auf die Schuld des S geleistet sein sollte, ohne Berechtigung.

(d) Zwischenergebnis

Somit ging das Eigentum am ersten Sack Kartoffeln nicht nach § 929 S. 1 BGB durch Übereignung zwischen X und G von S auf G über.

(3) Gutgläubiger Erwerb nach §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB

G hat das Eigentum an den Kartoffeln jedoch möglicherweise nach §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB von X als Nichtberechtigtem erworben. Das scheidet aus, wenn G nicht in gutem Glauben war, also wusste oder infolge grober Fahrlässigkeit verkannte, dass die Sache nicht X gehörte (§ 932 Abs. 2 BGB). G ging davon aus, dass X als sein Schuldner seine eigenen Kartoffeln liefern würde. Er hatte auch keinen Anlass, daran zu zweifeln, und war somit nicht grob fahrlässig, sondern gutgläubig.

Außerdem darf die Sache dem Eigentümer nach § 935 Abs. 1 S. 1 BGB nicht abhandengekommen sein, er also den unmittelbaren Besitz nicht unfreiwillig verloren haben. S übergab die Kartoffeln jedoch freiwillig an X, verlor den unmittelbaren Besitz also nicht unfreiwillig, sodass die Kartoffeln ihm nicht abhandenkamen.

Damit hat G wirksam von X als Nichtberechtigtem Eigentum nach §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB erworben.

Die Übereignung ist auch nicht wegen Anfechtung nach § 142 Abs. 1 BGB als von Anfang an nichtig anzusehen. Denn unabhängig von der Frage eines Anfechtungsgrundes hat X jedenfalls eine Anfechtung nicht erklärt, nachdem S ihn aufgefordert hat, nichts mehr zu unternehmen.

Anmerkung: X hätte die Übereignung wegen fehlenden Erklärungsbewusstseins nach oder analog § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB unverzüglich anfechten können. Nimmt man hingegen an, dass X als Stellvertreter für S übereignen wollte, hatte er Rechtsbindungswillen, aber mit abweichendem Inhalt, sodass eine Anfechtung wegen Inhaltsirrtums nach § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB in Betracht kommt. Die scheidet nach h.M. an § 164 Abs. 2 BGB;¹¹ nach anderer Auffassung stellt diese Norm nur eine Auslegungsregel auf.

b) Durch Leistung des S

G muss Besitz und Eigentum an dem Sack Kartoffeln durch Leistung des S erlangt haben. Leistung ist das bewusste und zweckgerichtete Mehrten fremden Vermögens.¹² Hier wurden die Kartoffeln zum Zweck der Tilgung einer Schuld geleistet; fraglich ist aber, ob es sich gerade um eine Leistung des S handelt oder nicht vielmehr um eine Leistung des X. Dafür kommt es darauf an, welche Perspektive zur Bestimmung des Leistungsverhältnisses maßgeblich ist.

¹¹ BGH NJW-RR 1992, 1010 (1011).

¹² BGHZ 40, 272 (277) = NJW 1964, 399 (399) – Elektroherde; BGH NJW 2019, 2608 (2609 Rn. 14); BGHZ 72, 246 (248) = NJW 1979, 157 (157).

Der handelnde X hat mit dem Abstellen der Kartoffeln eine Zuwendung an G erbracht, verfolgte damit aber keinen eigenen Leistungszweck gegenüber G. Stattdessen wollte X im Verhältnis zu S – je nach Einordnung – im Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnis einer Bitte nachkommen oder eine rechtliche Pflicht aus einem Auftragsverhältnis (§ 662 BGB) erfüllen. X ging davon aus, dass sich sein Handeln als Leistung des S an G darstellen würde, wobei er als Bote des S dessen Zweckbestimmung übermitteln wollte. Daher wäre aus der Sicht des X das Abstellen der Kartoffeln als Leistung des S an G anzusehen; mit der Folge, dass die erbrachte Zuwendung „übers Eck“ abgewickelt werden müsste,¹³ also zwischen X und S und zwischen S und G.

Anmerkung: Die Lösung steht auf dem Boden eines subjektiven Rechtsgrundbegriffs, wonach Leistungskonditionen daraus folgen, dass der vom Leistenden mit der Leistung verfolgte Zweck scheitert oder von der Rechtsordnung missbilligt wird. Nach diesem Verständnis geht jede Leistung mit einer Zweckbestimmung einher.¹⁴ Am wichtigsten ist der Zweck der Tilgung einer Schuld (Leistung solvendi causa). Mit dieser Zweckbestimmung ist die Bestimmung verbunden, welche Schuld getilgt werden soll (Tilgungsbestimmung).

Betrachtet man das Abstellen der Kartoffeln jedoch aus Sicht des G, so erscheint es als Leistung des X. Das gilt auch dann, wenn man nicht auf den konkreten, sondern auf einen objektiven Empfänger abstellt.¹⁵ Denn die Lieferung von Kartoffeln durch einen Schuldner, der ebenjene Kartoffeln schuldet, stellt sich als Leistung genau dieses Schuldners dar. Demnach läge keine Leistung von S an G, sondern eine Leistung von X an G vor.

Für das Abstellen auf den objektiven Empfängerhorizont sprechen die Grundsätze der Interpretation von Willenserklärungen (§§ 157, 133 BGB). Die Bestimmung des Leistungszwecks und die dazugehörige Tilgungsbestimmung werden teilweise als echte Willenserklärung¹⁶, teilweise als geschäftsähnliche Handlung verstanden. Daher sollten sie wie (andere) Willenserklärungen nach dem objektiven Empfängerhorizont ausgelegt werden.¹⁷

Außerdem ist der Empfänger der Leistung zu schützen. Allein darauf, wem der Zuwendende seine Leistung erbringen will, kann es nicht ankommen.¹⁸ Ansonsten wird der Empfänger bereicherungsrechtlichen Ansprüchen von Dritten ausgesetzt, die aus seiner Sicht nicht an der Leistungsbeziehung beteiligt sind. Zwar begegnet das Problem üblicherweise in der umgekehrten Situation, wonach der Zuwendende von einer eigenen Leistung ausgeht, der Empfänger darin aber die Leistung eines anderen erkennen darf.¹⁹ Doch auch in einer Situation wie der vorliegenden ist das Vertrauen des Empfängers schutzwürdig, damit er nicht im Irrtum darüber, wer ihm geleistet hat, gegenüber dem falschen Schuldner Gegenrechte aus der Hand gibt und so Ausfallrisiken eingeht.

Anmerkung: Die Frage, wer (im bereicherungsrechtlichen Sinn) geleistet hat, fällt in eins mit der (erfül-

¹³ Zur Abwicklung in Anweisungsfällen *Wendehorst*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 812 Rn. 187; *Schwab*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 812 Rn. 69.

¹⁴ *Wieling/Finkenauer*, Bereicherungsrecht, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 5 ff.; ausführlich – und etwas anders – *Ehmann*, in: Albers/Patti/Perrouin-Verbe, *Causa contractus*, 2022, S. 755–869.

¹⁵ Das ist geboten; BGH NJW 2005, 60.

¹⁶ So *Schwab*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 812 Rn. 56.

¹⁷ Siehe *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, Halbbd. 2, 13. Aufl. 1994, § 70 III 3 (S. 219); *Wendehorst*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 812 Rn. 50.

¹⁸ BGHZ 40, 272 (277) = NJW 1964, 399 (399) – Elektroherde.

¹⁹ Vgl. BGHZ 40, 272 = NJW 1964, 399 (Elektroherde) und BGHZ 36, 30 = NJW 1961, 2251 (Idealheim).

lungsrechtlichen) Frage, wessen Schuld getilgt ist. Ein Gläubiger muss wissen, welcher seiner Schuldner geleistet und erfüllt hat; man stelle sich beispielsweise vor, er erbringt im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung die Gegenleistung an den falschen oder gibt ein Pfand oder eine andere Sicherheit zurück.

Der Leistende kann dadurch hinreichend geschützt werden, dass man ihm erlaubt, die Tilgungszuordnung anzufechten und neu vorzunehmen.²⁰

Daher liegt keine Leistung des S an G vor.

c) Zwischenergebnis

S hat keinen Anspruch auf Wertersatz i.H.v. 50 € aus Leistungskondition nach §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 1 und 2 BGB gegen G.

2. Anspruch auf Zahlung von Wertersatz i.H.v. 50 € aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 818 Abs. 1 und 2 BGB

S hat gegen G aber möglicherweise einen Anspruch auf Zahlung von Wertersatz i.H.v. 50 € aus der allgemeinen Nichtleistungskondition (§§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 818 Abs. 1 und 2 BGB).

a) Etwas Erlangt

G hat Eigentum und Besitz an dem ersten Sack Kartoffeln erlangt.

b) In sonstiger Weise als durch Leistung auf Kosten des S

Dies muss in sonstiger Weise, also nicht durch Leistung erlangt geschehen sein. Bereits im Wortlaut kommt ein grundsätzlicher Vorrang der Leistungskondition zum Ausdruck. Hierfür spricht auch die gesetzliche Systematik: Bei der besonderen Eingriffskondition des § 816 Abs. 1 BGB soll nach der Differenzierung in den Sätzen 1 und 2 der Leistungsempfänger der Eingriffskondition des Dritten nur ausgesetzt sein, wenn er unentgeltlich erworben hat. Das lässt sich auf andere Eingriffskonditionen verallgemeinern.²¹ Insofern ist der gutgläubige entgeltliche Eigentumserwerb kondiktionsfest. Der Anspruch aus Nichtleistungskondition kommt daher nur in Betracht, wenn der Bereicherungsgegenstand überhaupt nicht, also von niemandem geleistet wurde.²² Hier wurden die Kartoffeln jedoch – wie dargestellt – aus dem maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont von X geleistet.

Ob X diese Zuordnung der Leistung durch die unverzügliche Anfechtung einer Tilgungsbestimmung hätte beseitigen können, kann hier offenbleiben, weil X keine Anfechtung erklärt hat, nachdem S ihn aufgefordert hat, sich „aus der ganzen Sache“ rauszuhalten.

Anmerkung: Ob die Tilgungsbestimmung anfechtbar ist, ist umstritten.²³ In Konstellationen wie der vorliegenden stellt sich das zusätzliche Problem, dass für die Erfüllung der einzigen eigenen Schuld

²⁰ Dafür BGHZ 106, 163 (166) = NJW 1989, 1792 (1792); *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, Halbbd. 2, 13. Aufl. 1994, § 70 III 3 (S. 219); a.A. *Schwab*, in: *MüKo-BGB*, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 812 Rn. 229.

²¹ Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs, siehe *Wieling/Finkenauer*, *Bereicherungsrecht*, 5. Aufl. 2020, § 4 Rn. 49.

²² BGHZ 40, 272 (278) = NJW 1964, 399 (400) – Elektroherde.

²³ Dafür BGHZ 106, 163 (166) = NJW 1989, 1792 (1792); *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, Halbbd. 2, 13. Aufl. 1994, § 70 III 3 (S. 219); a.A. *Schwab*, in: *MüKo-BGB*, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 812 Rn. 229.

nach der Lehre von der realen Leistungsbewirkung gar keine Tilgungsbestimmung erforderlich sein soll, sodass nach dem Empfängerhorizont gar keine Tilgungsbestimmung getroffen worden wäre. Überzeugender erscheint, dass eine Tilgung immer durch Willenserklärung zugeordnet wird, diese Bestimmung allerdings meist konkludent erfolgt und sich auf die Erfüllung der einzigen eigenen Schuld richtet. Lässt man die Anfechtung der Tilgungsbestimmung zu, stellt sich die weitere Frage, wie die Leistung nun neu zugeordnet werden kann. Ob eine Tilgungsbestimmung nachträglich getroffen werden kann, wird bislang aber vor allem für Fälle diskutiert, in denen eine Leistung auf eine vermeintliche eigene Schuld nachträglich auf eine tatsächlich bestehende fremde Schuld umgelenkt werden soll, um vom befreiten Schuldner regressieren zu können, was besondere Probleme aufwirft.²⁴ Die hier skizzierten Fragen sind weitgehend ungeklärt. Sie lassen sich in einer Klausurbearbeitung nicht und in einer Klausurbesprechung schwerlich befriedigend erörtern, weswegen unser Sachverhalt den X keine weiteren Erklärungen abgeben lässt.

Somit sperrt die Leistung des X eine Nichtleistungskondition von S.

c) Zwischenergebnis

S hat gegen G wegen der ersten Lieferung keinen Anspruch auf Zahlung von Wertersatz i.H.v. 50 € aus Nichtleistungskondition aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 818 Abs. 1 und 2 BGB.

II. Wegen der zweiten Lieferung

1. Anspruch auf Zahlung von Wertersatz i.H.v. 50 € aus §§ 951, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 818 Abs. 2 BGB

S hat gegen G möglicherweise Anspruch auf Zahlung von Wertersatz i.H.v. 50 € nach §§ 951, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, § 818 Abs. 2 BGB.

a) Anwendbarkeit

Als Anspruch, der an die Stelle des Herausgabeanspruchs aus § 985 tritt, wird der Vindikationsersatzanspruch aus §§ 951, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB nicht durch § 993 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, auch wenn G im Moment der Verarbeitung gutgläubiger Besitzer einer dem S gehörenden Sache gewesen sein sollte.²⁵

b) Eigentumsverlust durch Verarbeitung

S muss durch Verarbeitung nach § 950 Abs. 1 BGB einen Eigentumsverlust dadurch erlitten haben, dass G aus den Kartoffeln Reibekuchen backte. Das ist nicht der Fall, wenn er zum Zeitpunkt einer möglichen Verarbeitung sein Eigentum bereits an G verloren hatte.

aa) Eigentum des S zum Zeitpunkt der Verarbeitung

Ursprünglich war S Eigentümer der Kartoffeln. Er kann das Eigentum allerdings durch Übereignung von Y an G im Rahmen eines gutgläubigen Erwerbs nach §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB verloren

²⁴ Darstellung bei *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 29. Aufl. 2023, § 35 Rn. 951.

²⁵ *Wellenhofer*, Sachenrecht, 38. Aufl. 2023, § 22 Rn. 47.

haben. Y und G haben sich über die Übertragung des Eigentums geeinigt und Y hat G die Kartoffeln übergeben. Dabei war Y zwar Nichtberechtigter, jedoch war der G mit Blick auf das Eigentum des Y gutgläubig nach § 932 Abs. 2 BGB. Allerdings scheitert ein gutgläubiger Erwerb nach § 935 BGB, wenn die Sache abhandengekommen ist. Hierunter versteht man den unfreiwilligen Verlust des unmittelbaren Besitzes.²⁶ Y hatte die Kartoffeln vom Hof des S gestohlen, sodass ein gutgläubiger Erwerb nach § 935 Abs. 1 S. 1 BGB ausscheidet. Damit war S in dem Moment, in dem G die Reibekuchen herstellte, noch Eigentümer.

bb) Voraussetzungen des § 950 Abs. 1 BGB

Weiterhin muss es zu einem Eigentumsverlust durch Verarbeitung gekommen sein. Durch Verarbeitung muss eine neue Sache hergestellt worden sein. Ob eine neue Sache vorliegt, richtet sich nach der Verkehrsauffassung, wonach etwa ein neuer Name oder eine neue Funktion indizieren, dass die Sache eine neue geworden ist.²⁷ Die Kartoffeln wurden zu Reibekuchen verarbeitet, eine neue Sache wurde hergestellt.

Der Verarbeitungswert darf nicht erheblich geringer sein als der Stoffwert. Der BGH nimmt einen ausreichenden Verarbeitungswert, also den Wert der neuen Sache abzüglich des Stoffwerts, ab 60 % des Stoffwerts an.²⁸ Nach § 950 Abs. 1 S. 1 BGB a.E. trägt der bisherige Stoffeigentümer die Beweislast. Insofern ist mangels anderweitiger Angaben davon auszugehen, dass durch die Zubereitung der Kartoffeln zu Reibekuchen eine ausreichende Wertsteigerung eingetreten ist.

Anmerkung: Wenn man den Eigentumserwerb durch Verarbeitung ablehnt, muss man prüfen, ob das Servieren zum Verspeisen eine Eingriffskondition begründet; die Prüfung dürfte im Weiteren parallel laufen.

cc) Rechtsfolge

Die Ersatzansprüche desjenigen, der einen Rechtsverlust erleidet, richten sich nach § 951 Abs. 1 S. 1 BGB nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Da es sich um einen Rechtsgrundverweis handelt,²⁹ müssen die Voraussetzungen eines Bereicherungsanspruchs vorliegen.

c) Voraussetzungen des § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB

aa) Etwas erlangt

G hat durch die Verarbeitung Eigentum an den Reibekuchen erlangt.

bb) In sonstiger Weise als durch Leistung

G muss das Eigentum aber in sonstiger Weise erlangt haben. Auch hier stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der Nichtleistungs- zur Leistungskondition. Eine vorrangige Leistungsbeziehung könnte

²⁶ Oechsler, in MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 935 Rn. 2.

²⁷ Schermaier, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2023, § 950 Rn. 12, 13.

²⁸ BGH NJW 1995, 2633 (2633).

²⁹ Kindl, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 951 Rn. 2; Füller, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 951 Rn. 3; für einen Rechtsfolgenverweis (ohne abweichende Ergebnisse) Schermaier, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2023, § 951 Rn. 5.

sich aus einer Leistung des Y an G ergeben. Y hat bewusst und zur Erfüllung einer Verbindlichkeit aus einem zwischen ihm und G geschlossenen Kaufvertrag die Kartoffeln an G übergeben. Objektiv hat Y dem G den Besitz an den Kartoffeln verschafft, durch den G sich mittels Verarbeitung selbst Eigentum verschafft hat. Nach der Vorstellung des G hat Y ihm sogar Eigentum verschafft.

Die Situation ähnelt einem gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerb, bei dem der nichtberechtigte Leistende ebenfalls nur Besitz aufgibt, dem Empfänger aber Eigentum verschafft. Wie der Umkehrschluss zu § 816 Abs. 1 S. 2 BGB zeigt, ist der gutgläubige Erwerb grundsätzlich kondiktionsfest. Das könnte als Argument dafür angeführt werden, auch einen rechtsgeschäftlich zunächst gescheiterten, aber in der praktischen Konsequenz dann durch Verarbeitung doch herbeigeführten Erwerb nicht bereicherungsrechtlich zu unterlaufen.

Dagegen sprechen jedoch sachenrechtliche Erwägungen: Der gutgläubige Erwerb ist nach § 935 Abs. 1 S. 1 BGB ausgeschlossen, da die Sache abhandengekommen ist. Vor der Verarbeitung hätte S somit ohne weiteres den Anspruch auf Herausgabe aus § 985 BGB geltend machen können. Da der Anspruch aus §§ 951 Abs. 1, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB an die Stelle der Vindikation tritt, muss sich diese Wertung auch im Rahmen dieses „Rechtsfortwirkungsanspruch“ widerspiegeln.³⁰ Denn durch die Verarbeitung soll nur die sachenrechtliche Zuordnung verändert, nicht aber Vermögen verschoben werden. Daher ist die Nichtleistungskondiktion bei der Verarbeitung von abhanden gekommenen Sachen nicht gesperrt.³¹

cc) Auf Kosten des S

Durch die Verarbeitung verlor S das Eigentum an den Kartoffeln, sodass ein Eingriff in den Zuweisungsgehalt seines Eigentums erfolgte.

dd) Ohne Rechtsgrund

Die Bereicherung des G muss ohne Rechtsgrund erfolgt sein.

Daraus, dass § 950 BGB den Eigentumserwerb anordnet, ergibt sich für G kein Recht, den erlangten Vorteil zu behalten. § 951 Abs. 1 S. 1 BGB gewährt gerade eine Entschädigung für den erlittenen Rechtsverlust.

Ein Rechtsgrund für den Erwerb liegt aber möglicherweise darin, dass S dem G zur Übergabe und Übereignung von 30 Kilogramm Kartoffeln aus Kaufvertrag verpflichtet war (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB).

Diese Verbindlichkeit war nicht schon zuvor durch die erste Kartoffellieferung nach § 362 Abs. 1 BGB wegen Erfüllung erloschen, weil hierdurch – nach dem maßgeblichen Empfängerhorizont (§§ 157, 133 BGB) – die Schuld des X, nicht die des S erfüllt worden war. Sie stand also als Rechtsgrund für die zweite Kartoffellieferung noch zur Verfügung.

Ob aber eine Verbindlichkeit einen Rechtsgrund für die eigenmächtige Erlangung des Leistungsgegenstandes durch den Gläubiger darstellen kann, erscheint fraglich.

Einerseits kann man argumentieren, dass die tatsächlich eingetretene Güterverschiebung der durch die Verbindlichkeit angestrebten Güterzuweisung entspricht.³² Dagegen spricht jedoch, dass so eine Erfüllung durch Selbsthilfe erzwungen werden könnte. Dem wird entgegengehalten, dass bereicherungsrechtliche oder deliktische Ansprüche in Betracht kommen, wenn der Gläubiger

³⁰ Siehe *Wieling/Finkenauer*, Bereicherungsrecht, 5. Aufl. 2020, § 6 Rn. 30.

³¹ BGHZ 55, 176 = NJW 1971, 612 (Jungbullen); *Wieling/Finkenauer*, Bereicherungsrecht, 5. Aufl. 2020, § 6 Rn. 30; *Füller*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 951 Rn. 23.

³² *Füller*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 951 Rn. 15; ebenso *Kindl*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 951 Rn. 11.

Rechte des Schuldners durch die Selbsthilfe verletzt, der Gläubiger aber dennoch Erfüllung nicht mehr verlangen könne, sodass der Schuldner auch keinen Ausgleich für den Eigentumsverlust verlangen kann.³³ Der Schuldner hat die Sache dem Anspruch aber gerade nicht zugeordnet, es fehlt an der Verknüpfung von Rechtsgrund und Güterbewegung.³⁴ Wo es – wie hier – um eine Gattungsschuld geht, würde dem Schuldner damit außerdem das Recht genommen, auszuwählen, mit welchen Stücken aus der Gattung er erfüllt. Wenn mehrere offene Verbindlichkeiten bestehen, wäre dem Schuldner das Recht genommen, zu entscheiden, welche Schuld er tilgen möchte.

Richtigerweise ist also keine Erfüllung eingetreten. Wenn der Bereicherte einen Anspruch darauf hat, dass der Bereicherungsgläubiger ihm den Gegenstand der Bereicherung leistet, kann er das der Kondiktion im Wege der Aufrechnung oder eines Zurückbehaltungsrechts entgegenhalten. Somit rechtfertigen auch prozessökonomische Gründe es nicht, den Kaufvertrag als Rechtsgrund für die eigenmächtige Eigentumsverschaffung anzusehen.

Damit besteht kein Rechtsgrund dafür, dass G dem S das Eigentum an den Kartoffeln durch Verarbeitung entzogen hat.

d) Rechtsfolge

Gem. § 818 Abs. 2 BGB hat G für den Verlust des Eigentums an den Kartoffeln Wertersatz in Höhe des objektiven Werts von 50 € zu leisten. Dass er für die verarbeiteten Kartoffeln an Y einen Kaufpreis gezahlt hat, darf G schon deswegen nicht als Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB abziehen, weil er dies auch vor der Verarbeitung dem Herausgabeanspruch des S aus § 985 BGB nicht hätte entgegenhalten können.³⁵

Weitere Prüfung: Einreden waren nicht zu prüfen. G dürfte aber nach § 273 Abs. 1 BGB ein Zurückbehaltungsrecht wegen seines kaufvertraglichen Anspruchs auf Lieferung von Kartoffeln zustehen. Für die erforderliche Konnexität dürfte ausreichen, dass es im Grunde um dieselben Kartoffeln geht. Denkbar erscheint es auch, dem Anspruch die Einrede aus § 242 BGB (dolo facit qui petit quod statim rediturus est) entgegenzuhalten,³⁶ näher liegt jedoch das Zurückbehaltungsrecht, da der Anspruch des S auf Geld geht, der Gegenanspruch auf Lieferung der Kartoffeln. An der Ungleichartigkeit scheidet jedenfalls eine Aufrechnung der Ansprüche.

2. Ergebnis

S hat mit Blick auf die zweite Lieferung einen Anspruch auf Zahlung von 50 € gegen G aus §§ 951, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 818 Abs. 1 und 2 BGB.

Weitere Prüfung: Schadensersatzansprüche waren neben Ansprüchen auf Erlösherausgabe nicht zu prüfen. Ein Anspruch des S gegen G aus §§ 989, 990 Abs. 1 BGB wegen Zerstörung der Kartoffeln setzt eine Vindikationslage zum Zeitpunkt der Verarbeitung voraus, die aufgrund des gescheiterten gutgläubigen Erwerbs der Kartoffeln von Y auch bestand. Der Anspruch auf Schadensersatz scheidet

³³ Schermaier, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2023, § 951 Rn. 19.

³⁴ Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, Halbbd. 2, 13. Aufl. 1994, § 67 III 2g (S. 141 f.).

³⁵ BGHZ 55, 176 (179) = NJW 1971, 612 (615) – Jungbullen; Schwab, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 818 Rn. 156; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, Halbbd. 2, 13. Aufl. 1994, § 73 I 5a (S. 302); Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilbd., 2. Aufl. 2016, S. 415.

³⁶ Schermaier, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2023, § 950 Rn. 19.1.

jedoch daran, dass G bis zur Verarbeitung der Kartoffeln gutgläubig und unverklagt gewesen ist. Ein Anspruch des S gegen G auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB ist dann nach § 993 Abs. 1 a.E. BGB gesperrt.

Lösung zu Frage 2

I. Anspruch auf Zahlung von 50 € aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB

S hat möglicherweise einen Anspruch auf Zahlung von 50 € aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB gegen X.

Wie oben festgestellt, verfügte X wirksam als Nichtberechtigter, indem er die Kartoffeln im eigenen Namen als Leistung auf seine eigene Schuld an G übereignete. Dabei erfolgte die Verfügung auch entgeltlich, da sie nach dem objektiven Empfängerhorizont der Erfüllung der Verbindlichkeit aus dem zwischen X und G geschlossenem Kaufvertrag diene.

Nach § 816 Abs. 1 S. 1 BGB ist X daher zur Herausgabe des aus der Verfügung Erlangten verpflichtet. Zwar ist streitig, ob hierfür auf den erzielten Kaufpreis oder den Wert der Sache abzustellen ist.³⁷ Der gezahlte Kaufpreis entspricht mit 50 € jedoch dem Wert der Sache. Daher ist ein Streitentscheid hier entbehrlich.

II. Ergebnis

S hat einen Anspruch auf Zahlung von 50 € aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB gegen X.

Weitere Prüfung: Durch die Aufgabenstellung ausgenommen sind hier Probleme, die sich bei Schadensersatzansprüchen stellen: Die Bitte des S und die Zusage der Hilfe durch X bewegen sich am Grenzbereich zwischen Willenserklärungen mit Rechtsbindungswillen, die zu einem Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 662 BGB führen können, und Erklärungen ohne Rechtsbindungswillen, die ein Gefälligkeitsverhältnis begründen. Auch daraus erwachsen allerdings Sorgfaltspflichten, sodass ein Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB zu prüfen wäre. Hierbei stellte sich anschließend die Frage nach dem Haftungsmaßstab. Diskutiert wird zum einen eine Gesamtanalogie zu Haftungsbegrenzungen auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit bei anderen unentgeltlichen Verträgen nach §§ 521, 599, 690 BGB,³⁸ gegen die das Fehlen einer entsprechenden Privilegierung bei dem unentgeltlichen Auftrag eingewandt wird. Der BGH prüft, ob im Einzelfall mit der (nicht rechtsgeschäftlichen) Gefälligkeitsvereinbarung zugleich (rechtsgeschäftlich) eine Haftungsmilderung konkludent vereinbart worden ist oder nach ergänzender Auslegung als vereinbart gilt.³⁹ Schließlich kommt eine deliktische Haftung des X aus § 823 Abs. 1 BGB in Betracht, wobei – je nachdem, ob man eine Haftungsprivilegierung annimmt – gefragt werden müsste, ob sich diese auch auf konkurrierende deliktische Ansprüche erstreckt.⁴⁰

³⁷ Siehe hierfür unten Frage 3.

³⁸ Etwa *Wilhelmi*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2023, vor § 823 Rn. 28.

³⁹ BGH NJW 2009, 1482 (1483).

⁴⁰ Siehe für Verträge BGHZ 93, 23 (29) = NJW 1985, 794 (796) – Kartoffelpülpel.

Lösung zu Frage 3

I. Anspruch auf Zahlung von 70 € als Herausgabe des Erlangten aus angemaßter Geschäftsführung nach §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 667 Alt. 2 BGB

Ein Anspruch auf Herausgabe von 70 € des S gegen Y kann sich aus angemaßter Eigengeschäftsführung nach §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 667 Alt. 2 BGB ergeben.

1. Führung eines fremden Geschäfts

Indem Y die Kartoffeln, die im Eigentum des S standen, dem G verkaufte, sie übergab und sich mit G über die Übereignung der Kartoffeln einigte, führte er ein Geschäft des S.

2. Eigengeschäftsführungswillen

Y wusste, dass ihm die Kartoffeln nicht gehören, sondern es sich bei dem Verkauf und der Veräußerung der Kartoffeln um ein Geschäft des S handelte. Er behandelte also das fremde Geschäft als ein eigenes.

3. Ohne Berechtigung

Y war zum Verkauf und zur Veräußerung der Kartoffeln nicht beauftragt oder berechtigt, was er auch wusste. Damit liegt eine angemaßte Eigengeschäftsführung nach § 687 Abs. 2 S. 1 BGB vor.

4. Rechtsfolge

Gem. § 687 Abs. 2 S. 1 BGB kann der Geschäftsherr den Anspruch auf Herausgabe des aus der Geschäftsführung Erlangten nach §§ 681 S. 2, 667 Alt. 2 BGB geltend machen. Der Geschäftsführer nimmt bei der angemaßten Eigengeschäftsführung eigenmächtig Mittel des Geschäftsherrn in Anspruch. Daher ist von der Herausgabepflicht auch der erzielte Mehrerlös umfasst, der als Vorteil gerade aus den Mitteln erzielt wurde, die dem Geschäftsherrn zugeordnet sind.⁴¹ Somit ist Y zur Herausgabe des erzielten Erlöses i.H.v. 70 € verpflichtet.

Damit hat S einen Anspruch auf Herausgabe des erzielten Erlöses i.H.v. 70 € gegen Y aus §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 667 Alt. 2 BGB.

Weitere Prüfung: Zug um Zug könnte Y von S nach §§ 687 Abs. 2 S. 2, 684 S. 1 BGB bis zur Höhe der Bereicherung des S den Ersatz seiner Aufwendungen verlangen. Die Beschränkung des Anspruchs aus § 684 S. 1 BGB auf Ersatz für die eigenen Aufwendungen ergibt sich daraus, dass der Anspruch nicht weiter reichen kann als bei der berechtigten Geschäftsführung nach §§ 683 S. 1, 670 BGB.⁴² S muss Y von den Ansprüchen des G freistellen, indem er die Verfügung nach § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB genehmigt.

⁴¹ Vgl. F. Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 687 Rn. 37; Gehrlein, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 687 Rn. 4.

⁴² F. Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 684 Rn. 8; Gehrlein, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 684 Rn. 2.

II. Anspruch auf Zahlung von 70 € aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB

S hat möglicherweise einen Anspruch auf Zahlung von 70 € gegen Y aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB.

1. Anspruchsvoraussetzungen des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB

Y hat als Nichtberechtigter die Kartoffeln an G zu übereignen versucht.

Fraglich ist, ob diese Verfügung gegenüber S wirksam ist. Da die Sache abhandengekommen war, konnte G nicht gutgläubig Eigentum erwerben. Allerdings hat S die Wirksamkeit der Verfügung möglicherweise durch Genehmigung herbeigeführt (§ 185 Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB). Laut Bearbeitungsvermerk hat S erforderliche Gestaltungsrechte ausgeübt, also die Genehmigung erklärt. Problematisch erscheint jedoch, dass S zum Zeitpunkt der Genehmigung sein Eigentum bereits durch Verarbeitung verloren hat. Allerdings dient § 816 Abs. 1 S. 1 BGB gerade dem Schutz des Eigentümers. Dass ihm wegen der Verarbeitung anstelle seines Herausgabeanspruchs nach § 985 BGB nur noch ein Wertersatzanspruch zusteht, kann nichts daran ändern, was ihm gegen den zuvor unberechtigt Verfügenden zusteht.⁴³ Daher kann die Wirksamkeit der Verfügung unabhängig vom nachträglichen Eigentumsverlust durch Genehmigung herbeigeführt werden.⁴⁴

Teilweise wird auch vertreten, dass die Verfügung i.S.d. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB als wirksam zu behandeln ist, wenn der Erwerber infolge der Verfügung durch Verarbeitung Eigentum erwirbt.⁴⁵ Nach dieser Auffassung könnte S sogar ohne weitere Gestaltungserklärung nach § 816 Abs. 1 S. 1 BGB gegen Y vorgehen.

Jedenfalls durch Genehmigung wird die Verfügung somit gegenüber S wirksam. Die Genehmigung führt nun aber nicht dazu, dass Y für die Anwendung des § 816 BGB als Berechtigter anzusehen wäre und deswegen nicht haftete; vielmehr wird durch die Genehmigung zulässigerweise seine Haftung herbeigeführt.⁴⁶

Anmerkung: Durch die Genehmigung der Verfügung verliert S seinen Anspruch gegen G aus §§ 951, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB (oben, Frage 1, II. 1.), da S das Eigentum dann nicht mehr durch Verarbeitung, sondern nach § 929 S. 1 BGB verloren hat. Dass S genehmigen muss, um gegen Y vorzugehen, ist daher praktisch ein Problem: Wenn dieser Anspruch sich als wertlos erweist – etwa weil Y verschwunden oder vermögenslos ist – könnte S sich nicht mehr bei G schadlos halten. Zur Lösung wird vertreten, dass die Verurteilung des Nichtberechtigten Zug-um-Zug gegen Erteilung der Genehmigung erfolgen kann⁴⁷ oder dass die Genehmigung auflösend bedingt hinsichtlich der Nichtherausgabe des Erlöses durch den Verfügenden ist⁴⁸.

2. Rechtsfolge: Herausgabe des aus der Verfügung Erlangten

Daher muss Y das aus der Verfügung Erlangte herausgeben. Bei unbefangenen Wortlautverständnis

⁴³ BGHZ 56, 131 (136) = NJW 1971, 1452 (1453).

⁴⁴ Schwab, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 816 Rn. 34; vgl. Wendehorst, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 816 Rn. 12, 14, 15.

⁴⁵ Wieling/Finkenauer, Bereicherungsrecht, 5. Aufl. 2020, § 4 Rn. 38.

⁴⁶ Vgl. BGHZ 56, 131 (136) = NJW 1971, 1452 (1453).

⁴⁷ Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, Teilbd. 1, 1. Aufl. 1983, S. 305 f., 322.

⁴⁸ So wohl Wieling/Finkenauer, Bereicherungsrecht, 5. Aufl. 2020, § 4 Rn. 37.

ist das der für die kaufweise Verfügung erhaltene Kaufpreis,⁴⁹ also 70 €.

Genaugenommen wird Y durch die Verfügung allerdings nur von der Verbindlichkeit aus dem Kaufvertrag frei. Die Gegenleistung stammt aus dem Kausalgeschäft und ist von der Verfügung unabhängig.⁵⁰ So gesehen wäre für die Befreiung von der Verbindlichkeit Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB zu leisten. Von der Verpflichtung zu Übergabe und Übereignung eines Sacks Kartoffeln im Wert von 50 € befreit zu sein, ist 50 € wert. Systematisch spräche für die Beschränkung auf den Wert, dass der verschuldensabhängige Bereicherungsanspruch so sinnvoll zum Anspruch wegen Geschäftsanmaßung abgestuft würde, der Bösgläubigkeit des Schuldners voraussetzt und dafür den Gewinn umfasste.⁵¹

Andererseits ist der Zahlungsanspruch des Y aus Kaufvertrag wegen § 320 Abs. 1 BGB nur durchsetzbar, wenn Y die Sache übergibt und übereignet. Insofern erlangt er die Gegenleistung gerade durch die Verfügung. Nach dem Sinn und Zweck dieser besonderen Eingriffskondition, den aus dem fremden Recht erwirtschafteten Wert abzuschöpfen, könnte man darauf abstellen, ob ein über den Wert der Sache hinausgehender Mehrerlös eher als Produkt des Verhandlungsgeschicks des Verfügenden anzusehen ist. Doch der Verfügende kann sein Verhandlungsgeschick überhaupt nur dadurch ans Werk setzen, dass er in den Zuweisungsgehalt des Eigentums eingreift. Gerade das Erzielen eines Gewinns steht nur dem Eigentümer zu.⁵² Im konkreten Fall macht sich Y überdies nur die Dringlichkeit der Lieferung für G zunutze, ohne dass sich sein besonderes Verhandlungsgeschick auswirkt.

Daher haftet Y in Höhe des erzielten Erlöses.

S hat einen Anspruch auf Zahlung von 70 € gegen Y aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB

Anmerkung: Andenken kann man einen Anspruch des S gegen Y auf Zahlung von 70 € aus § 285 BGB. Der setzte allerdings ein Schuldverhältnis zwischen S und Y voraus. Manche werden in Betracht ziehen, den Herausgabeanspruch des Eigentümers aus § 985 BGB als ein solches Schuldverhältnis anzusehen. Denn in den letzten Jahren ist die Rechtsprechung mehr und mehr dazu übergegangen, allgemeines Schuldrecht auf dingliche Ansprüche anzuwenden.⁵³ Das erscheint aber eher abwegig, zumal § 816 Abs. 1 BGB eine Spezialregelung darstellen dürfte. Der Anspruch scheidet auch deswegen aus, weil der Kaufpreis für das Eigentum an der Sache gezahlt wird, nicht für den Besitz, der aufgrund des Eigentums herausverlangt werden kann.⁵⁴ Aus demselben Grund kommen auch deliktische Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 242 Abs. 1 StGB, die nach § 249 Abs. 1 BGB auf Naturalrestitution, also Herausgabe des Besitzes gerichtet sind, nicht als Schuldverhältnisse i.S.d. § 285 BGB in Betracht. Nichts davon muss angesprochen werden.

Weitere Prüfung: Hier nicht zu prüfen waren Schadensersatzansprüche, insb. nach §§ 687 Abs. 2 S. 1, 678 BGB, nach §§ 989, 990 Abs. 1 BGB, nach § 823 Abs. 1 BGB, nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 242 Abs. 1 StGB oder sogar nach § 826 BGB. Die deliktischen Ansprüche sind dabei nach § 992 BGB nicht von der Sperrwirkung des EBV umfasst. Insgesamt sind diese Schadensersatzansprüche für S nicht güns-

⁴⁹ Wendehorst, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 816 Rn. 17.

⁵⁰ Schwab, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 816 Rn. 44.

⁵¹ Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, Teilbd. 1, 1. Aufl. 1983, S. 316.

⁵² Wieling/Finkenauer, Bereicherungsrecht, 5. Aufl. 2020, § 4 Rn. 41.

⁵³ Für die Anwendbarkeit des § 281 BGB auf § 985 BGB: BGHZ 209, 270 = NJW 2016, 3235 und BGH NJW 2018, 786; für die Anwendbarkeit des § 286 auf den Anspruch des Vormerkungsberechtigten auf Zustimmung nach § 888 Abs. 1 BGB: BGHZ 208, 133 = NJW 2016, 2104. Anders nun dagegen mit Blick auf die Anwendbarkeit des § 281 BGB auf § 1004 BGB: BGHZ 236, 369 = NJW 2023, 3722.

⁵⁴ Lorenz, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 285 Rn. 5.

tiger: Sie gehen nur auf den objektiven Wert der Kartoffeln, sofern S nicht beweisen kann, dass ihm nach § 252 BGB ein Gewinn entgangen ist.

Gesamtergebnis

S kann von G zwar nichts wegen des durch X gelieferten Sacks Kartoffeln verlangen, aber 50 € wegen des von Y gestohlenen Sacks (nach § 951 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB – Frage 1). Alternativ kann er für diesen Sack von Y aus §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 667 Alt. 2 BGB oder aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB 70 € verlangen, wenn er die Übereignung genehmigt (Frage 3). Von X kann S ebenfalls aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB 50 € verlangen (Frage 2).

Anfängerklausur im Sachenrecht: Mehr Sein als Schein*

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

Sachverhalt

Valentina (V) ist in Geldnot. Deshalb verkauft sie an ihre Freundin Kübra (K) ein gebrauchtes Mischpult zum (angemessenen) Preis von 1.500 €. Dieses Mischpult befindet sich bereits bei K. K hat es von Erik (E) ausgeliehen, der es einige Monate zuvor im Online-Fachhandel erworben hat. V, die – wie K weiß – gut mit E befreundet ist, berichtet K, sie (die V) habe das Mischpult im Fachhandel erworben und an E verliehen. K glaubt ihr und überweist den vereinbarten Kaufpreis. K überlässt das Mischpult bis auf Weiteres unentgeltlich der in der Clubszene aktiveren Derya (D). Weil K finanziell mittlerweile klamm ist und sich zudem verstärkt auf ihre Examensvorbereitung konzentriert, verliert sie schließlich das Interesse an dem Mischpult und verkauft es für 1.600 € an Bogdan (B), der den Kaufpreis überweist und es vereinbarungsgemäß von D herausverlangt, die es ihm aushändigt.

Frage 1

Kann E von B Herausgabe des Mischpults verlangen?

Frage 2

Kann E von K Zahlung von 1.600 € verlangen?

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.....	941
I. Aus § 604 Abs. 4 BGB.....	941
II. Aus § 985 BGB	941
1. Eigentum des B.....	941

* Der Sachverhalt beruht auf einem Fall, der im Rahmen der Vorlesung Sachenrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München im Sommersemester 2024 als Klausur gestellt wurde. Er richtet sich an Anfänger im Sachenrecht.

** Die Autorin Prof.'in 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.

a)	Kein Verlust des Eigentums des E durch Überlassung des Mischpults an K.....	941
b)	Kein rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb der K durch Übereignung von V	941
aa)	Dingliche Einigung, § 929 S. 1 BGB	942
bb)	Übergabe nicht erforderlich, § 929 S. 2 BGB	942
cc)	Objektiver Rechtsscheintatbestand des § 932 Abs. 1 S. 2 BGB.....	942
c)	Kein rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb der D durch Überlassung von K.....	942
d)	Rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb des B durch Übereignung der K.....	942
aa)	Dingliche Einigung zwischen K und B i.S.v. § 929 S. 1 BGB.....	943
bb)	Übergabesurrogat nach § 931 BGB	943
(1)	Wirksamer Abtretungsvertrag, § 398 S. 1 BGB	943
(2)	Bestand des Herausgabeanspruchs und Verfügungsberechtigung der K.....	943
cc)	Objektiver Rechtsscheintatbestand gem. § 934 BGB	944
(1)	Abtretung des Herausgabeanspruchs und mittelbarer Besitz der K ...	944
(2)	Wertungswiderspruch zu § 933 BGB und teleologische Reduktion des § 934 Alt. 1 BGB	944
dd)	Guter Glaube des B, § 932 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB	945
ee)	Kein Abhandenkommen, § 935 BGB.....	945
ff)	Rechtsfolge.....	945
2.	Ergebnis	945
III.	Aus § 861 Abs. 1 BGB (i.V.m. § 869 S. 1 BGB)	945
IV.	Aus § 1007 Abs. 1 BGB.....	946
V.	Aus § 1007 Abs. 2 BGB.....	946
VI.	Aus § 816 Abs. 1 S. 2 BGB	946
VII.	Aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB	947
VIII.	Aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB (Eingriffskondiktion).....	947
	Frage 2: Zahlungsansprüche des E gegen die K	947
I.	Aus § 285 Abs. 1 Alt. 1 BGB i.V.m. § 598 BGB	947
1.	Wirksames Schuldverhältnis.....	948
2.	Unmöglichkeit der Leistungserbringung, § 275 Abs. 1 BGB.....	948
3.	Kausalität von Erhalt des Surrogats und unmöglichkeitsbegründenden Umstand ..	948
4.	Identität zwischen geschuldeten Gegenstand und Surrogat.....	948
5.	Rechtsfolge und Ergebnis.....	949
II.	Aus § 285 Abs. 1 Alt. 1 BGB i.V.m. § 985 BGB	949
III.	Aus §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 667 BGB.....	949

IV. Aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB	949
1. Anwendbarkeit	949
2. Entgeltliche Verfügung einer Nichtberechtigten	950
3. Dem Berechtigten E gegenüber wirksam	950
4. Rechtsfolge	950
a) Befreiung von einer Verbindlichkeit („commodum ex re“)	950
b) Herausgabe des Surrogats („commodum ex negotiatione“)	950
c) Streitentscheid	950
5. Keine Entreicherung, § 818 Abs. 3 BGB	951
6. Ergebnis	951

Frage 1: Eigentumslage am Grundstück

E müsste einen Anspruch auf Herausgabe des Mischpults gegen B haben.

I. Aus § 604 Abs. 4 BGB

Ein Anspruch des E aus § 604 Abs. 4 BGB gegen B besteht nicht, da die Übereignung von K an B schon keine Gebrauchsüberlassung i.S.d. §§ 603 S. 2, 604 Abs. 4 darstellt.¹

II. Aus § 985 BGB

E kann das Mischpult von B jedoch gem. § 985 BGB herausverlangen, wenn er Eigentümer des Mischpults und B nicht i.S.v. § 986 BGB zum Besitz berechtigter Besitzer ist.

1. Eigentum des B

Fraglich ist bereits, ob B Eigentümer des Mischpults geworden ist.

a) Kein Verlust des Eigentums des E durch Überlassung des Mischpults an K

Ursprünglich war E Eigentümer des Mischpults. Er hat dieses im Online-Fachhandel erworben.²

E hat sein Eigentum auch nicht durch Übereignung des Mischpults gem. § 929 S. 1 BGB an K verloren, da es bei einer leihweisen Überlassung ersichtlich an einer dinglichen Einigung hinsichtlich des Eigentumsübergangs fehlt (§§ 133, 157 BGB).

b) Kein rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb der K durch Übereignung von V

K könnte jedoch durch Übereignung der V gem. §§ 929 ff. BGB Eigentum an dem Mischpult erworben haben. V verfügt mangels rechtsgeschäftlicher Ermächtigung des E (nach § 185 Abs. 1 BGB) als Nicht-

¹ Zwar bleibt zu erwägen, ob bei einer vertragswidrigen Veräußerung der Tatbestand nicht „erst-recht“ erfüllt ist; der Anspruch scheitert dann aber jedenfalls an § 242 BGB (dolo agit), wenn B Eigentümer geworden ist.

² Ein Rückgriff auf die Vermutungsregel des § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB ist deshalb methodisch unzulässig.

berechtigte. Demzufolge kommt allenfalls ein gutgläubiger Eigentumserwerb – aufgrund der fehlenden Übergabe – insbes. nach §§ 929 S. 1, S. 2, 932 Abs. 1 S. 1, S. 2 BGB in Betracht:

aa) Dingliche Einigung, § 929 S. 1 BGB

Das setzt zunächst eine dingliche Einigung über den Übergang des Eigentums an dem Mischpult gem. § 929 S. 1 BGB voraus (§§ 145, 147 Abs. 1 BGB). K und V einigten sich über den Eigentumsübergang.

bb) Übergabe nicht erforderlich, § 929 S. 2 BGB

Eine Übergabe ist i.R.d. § 929 S. 2 BGB nicht erforderlich, sofern die Erwerberin (hier: K) im Besitz der Sache ist (*brevi manu traditio*); für den Eigentumserwerb genügt dann die dingliche Einigung.³ K erhielt das Mischpult bereits vor Übereignung als Leihsache von E, so dass sie bereits unmittelbare Fremdbesitzerin (§ 854 Abs. 1 BGB) war. Eine Übergabe ist entbehrlich.

cc) Objektiver Rechtsscheintatbestand des § 932 Abs. 1 S. 2 BGB

Gem. §§ 932 ff. BGB ist für den gutgläubigen Eigentumserwerb als objektiver Rechtsscheintatbestand eine rechtfertigende Besitzlage (bzw. eine Besitzverschaffungsmacht der Veräußerin) erforderlich, die das Vertrauen des Rechtsverkehrs in die Eigentümerstellung der Veräußerin rechtfertigt. Eine solche ist i.R.d. § 932 Abs. 1 S. 2 BGB bei der Übereignung kurzer Hand nach § 929 S. 2 nur gegeben, wenn die Erwerberin (hier: K) den Besitz gerade von der Veräußerin (hier: V) durch Übergabe i.S.v. § 929 S. 1 BGB erlangt hat.⁴

K erhielt das Mischpult jedoch nicht von V, sondern als Leihsache von E. Ein gutgläubiger Erwerb scheidet daher an § 932 Abs. 1 S. 2 BGB.

c) Kein rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb der D durch Überlassung von K

E hat sein Eigentum auch nicht gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB durch Übereignung des Mischpults von K an D verloren. K und D einigten sich nur auf eine leihweise Überlassung mit der Folge, dass hierdurch nicht auf einen Willen der K zur Eigentumsverschaffung geschlossen werden kann, §§ 133, 157 BGB (siehe bereits unter I. 1. a)).

d) Rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb des B durch Übereignung der K

E könnte sein Eigentum indes infolge einer Übereignung des Mischpults durch K an B verloren haben. Auch K verfügte mangels Ermächtigung des Eigentümers E (§ 185 Abs. 1 BGB) als Nichtberechtigte; insbes. enthält der Leihvertrag keine solche Verfügungsermächtigung, da sich die rechtsgeschäftliche Einigung jedenfalls nur auf die Besitzüberlassung und nicht auch auf eine Weiterveräußerung bezieht (vgl. §§ 598, 603 S. 2 BGB). Zu prüfen sind also die Vorschriften eines gutgläubigen Erwerbs nach §§ 932 ff. BGB, wobei vorliegend insbes. ein Eigentumserwerb nach §§ 929 S. 1, 931, 934 Alt. 1 BGB in Frage steht:

³ Hierzu BGH, Urt. v. 19.6.2007 – X ZR 5/07 = NJW 2007, 2844; vgl. auch Gsell, NJW 2008, 2002 (2003 f.).

⁴ Ratio dahinter ist, dass die den gutgläubigen Erwerb rechtfertigende Besitzlage gerade bei der Veräußerin bestehen muss, anderenfalls besteht schon kein Rechtsschein, auf den die Erwerberin vertrauen darf, vgl. Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 52 Rn. 16.

Ergänzende Anmerkung: Denkbar wäre es in der vorliegenden Situation auch, eine Übereignung durch Übergabe nach § 929 S. 1 BGB vorzunehmen. Nach h.M. genügt als Übergabe i.S.d. § 929 S. 1 BGB die Begründung mittelbaren Besitzes, wenn nur der Veräußerin keinerlei Besitzrest verbleibt.⁵ Die Besitzmittlerin (D) beendet ihr Besitzmittlungsverhältnis mit der Veräußerin (K) – die dadurch jeden Besitz verliert – und geht ein neues Besitzmittlungsverhältnis mit dem Erwerber (B) ein, womit dieser mittelbaren Besitz erwirbt. Die Übergabe könnte ferner in der Aushändigung des Mischpults durch D an B gesehen werden.⁶ Angesichts der Vereinbarung zwischen K und B, wonach B das Mischpult „vereinbarungsgemäß“ von D herausverlangen soll und eine entsprechende Weisung der K an D nicht thematisiert ist, liegt es aber näher, eine Übereignung nach §§ 929 S. 1, 931 BGB zu diskutieren.

aa) Dingliche Einigung zwischen K und B i.S.v. § 929 S. 1 BGB

K und B haben sich dahingehend geeinigt, dass das Eigentum an dem Mischpult sofort auf B übergehen soll (§§ 133, 157 BGB), so dass eine dingliche Einigung i.S.v. § 929 S. 1 BGB vorliegt.

bb) Übergabesurrogat nach § 931 BGB

Die Parteien müssten sich zudem wirksam gem. § 931 BGB über die Abtretung eines Herausgabeanspruchs der K gegen D geeinigt haben.

(1) Wirksamer Abtretungsvertrag, § 398 S. 1 BGB

Die Abtretung nach § 398 S. 1 BGB setzt einen wirksamen Abtretungsvertrag voraus, mithin übereinstimmende Willenserklärungen, dass eine bestimmt bezeichnete Forderung auf den Zessionar übergehen soll.

K und B haben sich darüber geeinigt, dass B das Mischpult direkt von D herausverlangen soll. Bei Auslegung dieser Erklärungen aus Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers (§§ 133, 157 BGB) wollten die Parteien folglich, dass der Herausgabeanspruch der K gegenüber D aus § 604 Abs. 1 BGB auf B übergehen soll. Dieser Anspruch ist sofort fällig, da eine Dauer der Leihe nicht vereinbart wurde (§ 604 Abs. 3 BGB).

(2) Bestand des Herausgabeanspruchs und Verfügungsberechtigung der K

Die Abtretung als Verfügungsgeschäft über eine Forderung setzt voraus, dass diese Forderung überhaupt besteht und die Zedentin zur Verfügung über diese Forderung berechtigt ist. Zwischen K und D bestand ein wirksamer Leihvertrag (§ 598 BGB). In der Folge steht K ein Anspruch auf Rückgabe des Mischpults aus § 604 Abs. 1 BGB zu. K ist als Rechtsinhaberin auch zur Verfügung über diese Forderung befugt.

Insbes. ist es für die Existenz des Herausgabeanspruchs aus dem Leihvertrag irrelevant, dass K zur Überlassung an Dritte nicht befugt ist (vgl. nur § 603 S. 2 BGB). Dadurch macht sich K im Verhältnis zu E ggf. schadensersatzpflichtig,⁷ dies ändert aber nichts an der grundsätzlichen Wirksamkeit des

⁵ Im Einzelnen BGH, Urt. v. 16.10.2015 – V ZR 240/14 = NJW 2016, 1887 (1889); *Kindl*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2024, § 929 Rn. 29.

⁶ Die Übergabe kann durch die Einschaltung von Besitzmittlern vollzogen werden, vgl. etwa zu dieser Konstellation *Heinze*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, § 929 Rn. 48 m.w.N. zur einschlägigen Lit. und Rspr.

⁷ Zu den Rechtsfolgen vertragswidrigen Gebrauchs *Weidenkaff*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 603 Rn. 2; ausführlich zur Schadensersatzpflicht BGH, Urt. v. 3.7.1962 – VI ZR 88, 160/61 = NJW 1962, 1678 (1679).

Leihvertrages mit D (arg. Relativität der Schuldverhältnisse) und dem Bestand des Herausgabeanspruchs.

cc) Objektiver Rechtsscheintatbestand gem. § 934 BGB

Nach § 934 Alt. 1 BGB genügt als rechtfertigende Besitzlage (bzw. Besitzverschaffungsmacht der Veräußerin) bei einer Übereignung nach § 931 BGB die bloße Abtretung des Herausgabeanspruchs dann, wenn die Veräußerin mittelbare Besitzerin der veräußerten Sache ist.

(1) Abtretung des Herausgabeanspruchs und mittelbarer Besitz der K

Zwischen K und D bestand ein wirksamer Leihvertrag, vermöge dessen D als Fremdbesitzerin der K den Besitz am Mischpult mittelte (Besitzmittlungsverhältnis i.S.v. § 868 Var. 6 BGB). K war mithin mittelbare Eigenbesitzerin. Folglich ist für den gutgläubigen Erwerb des B an sich kein über die Abtretung des Herausgabeanspruchs aus § 604 Abs. 1 BGB hinausgehender objektiver Rechtsscheintatbestand erforderlich. Insbes. ist für eine Übereignung nach § 934 Alt. 1 BGB also nicht erforderlich, dass B unmittelbaren Besitz an der Sache erlangt, § 934 Alt. 2 BGB e contrario.

(2) Wertungswiderspruch zu § 933 BGB und teleologische Reduktion des § 934 Alt. 1 BGB

Es stellt sich jedoch die Frage, ob dieses Ergebnis nicht einen Wertungswiderspruch zu § 933 BGB darstellt, den es zu korrigieren gälte.

Teile der Literatur halten in den Fällen wie hier eine teleologische Reduktion des § 934 Alt. 1 BGB für erforderlich.⁸ Während die unmittelbar besitzende Nichteigentümerin (hier: D) nach § 933 BGB bei einer Veräußerung mittels Besitzkonstituts gem. §§ 929, 930 BGB dem gutgläubigen Erwerber (hier: B) kein Eigentum verschaffen kann, wäre dies nach dem Wortlaut des § 934 Alt. 1 BGB der nur mittelbar besitzenden Nichteigentümerin (hier: K gegenüber B) möglich. § 933 BGB erfordere, dass der Rechtserwerb nach außen sichtbar wird; gerade hierauf verzichtet aber § 934 Alt. 1 BGB (vgl. § 870 BGB).

Dieser Ansicht ist allerdings entgegenzuhalten, dass D bei ihrer Veräußerung nach §§ 929, 930, 933 BGB den (unmittelbaren) Besitz behalten würde, wohingegen K bei ihrer Veräußerung nach §§ 929, 931, 934 Alt. 1 BGB ihren mittelbaren Besitz vollständig aufgegeben hat.⁹ Ebenjener Unterschied rechtfertigt eine differenzierte Betrachtung (gutgläubiger Erwerb nur im zweiten Fall) und verbietet eine teleologische Reduktion des § 934 Alt. 1 BGB. Dieses Ergebnis folgt aus der durch die gesetzgeberische Intention angestrebten gleichermaßen bestehenden Schutzwürdigkeit des Erwerbers, ungeachtet dessen, ob mittelbarer oder unmittelbarer Besitz aufgegeben wird. § 934 Alt. 1 BGB ist auch kein Einzelfall, so sieht etwa auch § 1006 Abs. 3 BGB eine „Privilegierung“ des mittelbaren Besitzers vor. Ein Wertungswiderspruch besteht darin jedenfalls nicht.¹⁰

Anmerkung: Darstellungen in dieser Tiefe können von den Studierenden keinesfalls erwartet werden und dienen hier der didaktischen Vermittlung. Eine Auseinandersetzung mit diesem Problem kann nur von überdurchschnittlichen Bearbeiter:innen erwartet werden. Es ist bereits positiv zu werten,

⁸ Die Stimmen zusammenfassend *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 48 Rn. 9; im Einzelnen *Musielak*, JuS 1992, 713 (722).

⁹ Ganz h.M. *Klinck*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2024, § 934 Rn. 4 m.w.N. in Fn. 10; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 52 Rn. 22.

¹⁰ Ganz h.M. grundlegend unter Ablehnung rechtspolitischer Bedenken in der Lit. BGH Urt. v. 27.3.1968 – VIII ZR 11/66 = NJW 1968, 1382 (1383 f.); zur Intention des Gesetzgebers, *Lohsse*, AcP 206 (2006), 527 (549 ff.).

wenn ein potentieller Wertungswiderspruch erkannt und diskutiert wird.

Ergänzende Anmerkung: Bei genauer Betrachtung kommt es im vorliegenden Fall für einen Eigentumserwerb des B gar nicht auf § 934 Alt. 1 BGB an: Stimmt nämlich wie hier D auf Veranlassung der K zu, im Zuge der Übereignung von K an B nur noch B als mittelbaren Besitzer anzuerkennen, ist jedenfalls der Tatbestand des § 934 Alt. 2 BGB erfüllt.¹¹

dd) Guter Glaube des B, § 932 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB

B müsste weiterhin gutgläubig gewesen sein. Gutgläubig ist, wem nicht bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, dass die Sache nicht im Eigentum des Veräußerers steht, § 932 Abs. 2 BGB.

B war die fehlende Eigentümerstellung der K nicht bekannt. K dachte selbst Eigentümerin des Mischpults geworden zu sein, so dass auch keine Anhaltspunkte für B ersichtlich sind, dass ihm die fehlende Eigentümerstellung infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sei. B war daher gutgläubig i.S.d. § 932 Abs. 2 BGB.

ee) Kein Abhandenkommen, § 935 BGB

Ein gutgläubiger Erwerb scheidet jedoch aus, wenn das Mischpult dem bisherigen Eigentümer oder dessen Besitzmittlerin abhandengekommen ist, vgl. § 935 Abs. 1 S. 1, S. 2 BGB. Abhandenkommen meint dabei jeden unfreiwilligen Verlust des unmittelbaren Besitzes.¹²

Der Eigentümer E hat seinen Besitz freiwillig aufgegeben, indem er K das Mischpult zu Leihzwecken überließ (§ 935 Abs. 1 S. 1 BGB), so dass ein Abhandenkommen nicht vorliegt. Nichts anderes ergibt sich unter einer etwaigen Anwendung des § 935 Abs. 1 S. 2 BGB: Zunächst ist E (mit der wohl h.M.) bei Verfügung der K schon nicht mehr mittelbarer Besitzer des Mischpults, da K ab Einigung über den Eigentumsübergang mit V ihren Fremdbesitzmittlungswillen zu E aufgegeben hat¹³ und nunmehr für sich selbst als Eigenbesitzerin besitzt. Überdies ist jedoch auch K das Mischpult nicht abhandengekommen, da sie dieses aus freien Stücken der D übergab.

ff) Rechtsfolge

Folglich ist B mit Abtretung des Herausgabeanspruches aus § 604 Abs. 1 BGB infolge gutgläubigen Erwerbs gem. §§ 929, 931, 934 Alt. 1 BGB Eigentümer des Mischpults geworden.

2. Ergebnis

E kann mangels Eigentümerstellung das Mischpult nicht gem. § 985 BGB herausverlangen.

III. Aus § 861 Abs. 1 BGB (i.V.m. § 869 S. 1 BGB)

Ein Anspruch auf Herausgabe des Mischpults aus possessorischem Besitzschutz (§ 861 Abs. 1 BGB)

¹¹ Einer – hier überdies erfolgten – Übergabe der D bedarf es dann gar nicht mehr, da nach h.M. für § 934 Alt. 2 BGB („den Besitz der Sache von dem Dritten erlangt“) genügt, dass der Erwerber mittelbaren Eigenbesitz erlangt, vgl. *Kindl*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2024, § 934 Rn. 7 m.w.N. zur einschlägigen Rspr. des BGH.

¹² Vgl. *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 935 Rn. 2.

¹³ Inzwischen gefestigt, BGH Ur. v. 10.11.2004 – VIII ZR 186/03 = NJW 2005, 359 (364); *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2024, § 868 Rn. 36.

besteht zunächst, wenn B den Besitz durch verbotene Eigenmacht i.S.d. § 858 Abs. 1 BGB erlangt hat. Verbotene Eigenmacht begeht gem. § 858 Abs. 1 BGB, wer dem Besitzer den Besitz ohne dessen Willen (nicht notwendigerweise einen tatsächlich gebildeten Willen)¹⁴ entzieht.

E hat K das Mischpult jedoch freiwillig überlassen. Auch eine (dann für § 869 S. 1 BGB erforderliche) verbotene Eigenmacht gegenüber K liegt abgesehen davon, dass E schon nicht mehr mittelbarer Besitzer (siehe bereits oben unter II. 1. d) ee)) ist, ebenfalls nicht vor. Der Anspruch aus § 861 Abs. 1 BGB besteht daher nicht.

IV. Aus § 1007 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch aus § 1007 Abs. 1 BGB scheidet schon deswegen aus, weil B bei Besitzerwerb im guten Glauben über seine Besitzberechtigung war. Bösgläubig ist der Anspruchsgegner dann, wenn er bei Besitzerwerb das Fehlen eines gegenüber dem Anspruchsteller wirkenden Besitzrechts kannte oder grob fahrlässig verkannte (§ 932 Abs. 2 BGB analog). B stellte sich jedoch vor, Eigentum an dem Mischpult zu erwerben; ihm drängte sich damit auch kein Besitzrecht des E auf.

Dies ergibt sich überdies aus § 1007 Abs. 3 S. 2 BGB i.V.m. § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB, wonach die Bösgläubigkeit schon begrifflich ausscheidet, wenn der Anspruchsgegner (hier: B) gegenüber dem Anspruchsteller (hier: E) ein (besseres) Besitzrecht an der Sache hat. B wird vorliegend Eigentümer, womit er ein umfassendes Besitzrecht am Mischpult erlangt hat (§ 903 BGB); die Gutgläubigkeit scheidet damit denknotwendigerweise aus und der Anspruch aus § 1007 Abs. 1 BGB besteht nicht.

V. Aus § 1007 Abs. 2 BGB

Der Anspruch aus § 1007 Abs. 2 BGB scheidet schon daran, dass das Mischpult weder E noch K abhandengekommen ist, siehe oben.

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.

VI. Aus § 816 Abs. 1 S. 2 BGB

Ein Herausgabeanspruch aus § 816 Abs. 1 S. 2 BGB besteht, wenn B aufgrund einer unentgeltlichen Verfügung einer Nichtberechtigten, die dem E als Berechtigten gegenüber wirksam war, das Eigentum an dem Mischpult erlangt hat.

Die für § 816 Abs. 1 S. 2 BGB relevante Verfügung in Form der Übereignung von K an B erfolgte jedoch schon nicht unentgeltlich, sondern im Zuge einer Gegenleistung des B durch Zahlung von 1.600 €. Die Voraussetzungen für einen Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 2 BGB liegen nicht vor.

Anmerkung: Dieser Anspruch ist sehr fernliegend und muss nicht diskutiert werden.

¹⁴ Vgl. Herrler, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 858 Rn. 5.

VII. Aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB

Der Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB gegen B scheidet abgesehen von einer schuldhaften Verletzungshandlung des B jedenfalls auf Ebene der Rechtswidrigkeit aus. Es würde einen eklatanten Wertungswiderspruch des Gesetzes darstellen, wenn es den durch §§ 929 ff., 932 ff. BGB zugelassenen gutgläubigen Erwerb des Eigentums gleichzeitig als rechtswidrigen Eingriff des gutgläubig handelnden Erwerbers in das Eigentum des (ehemals) Berechtigten bewerten würde (sog. Deliktsfestigkeit des gutgläubigen Erwerbs).¹⁵

VIII. Aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB (Eingriffskondiktion)

Ein Herausgabeanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB setzt voraus, dass B den Besitz in sonstiger Weise, also nicht durch vorrangige Leistung, auf Kosten des E ohne Rechtsgrund erlangt hat.

B hat das Eigentum zwar auf Kosten des E und diesem gegenüber ohne Rechtsgrund, jedoch aufgrund einer Leistung der K zur Erfüllung der Übereignungspflicht aus dem Kaufvertrag mit K erlangt, § 433 Abs. 1 S. 1 BGB. Damit nicht der sachenrechtlich angeordnete gutgläubige Erwerb bereicherungsrechtlich torpediert wird, muss deshalb vorliegend ein Vorrang der Leistungskondiktion in der Beziehung K–B eingreifen und ist eine Nichtleistungskondiktion im Verhältnis E–B vorliegend ausgeschlossen.

Anmerkung: Eine Auseinandersetzung mit dem Vorrangs- und Subsidiaritätsprinzip kann von den Studierenden im 3. Semester nicht verlangt werden.

Frage 2: Zahlungsansprüche des E gegen die K

Zu prüfen ist, ob E von K Zahlung i.H.v. 1.600 € verlangen kann.

Vorbemerkung: Nachdem vorliegend nach Zahlungsansprüchen i.H.v. 1.600 € gefragt ist, prüft der Lösungsvorschlag nur denkbare Ansprüche, die auch in der besagten Höhe existieren. Nicht geprüft werden insbes. Schadensersatzansprüche (etwa aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283, 275 Abs. 4 BGB i.V.m. § 604 Abs. 1 BGB;¹⁶ §§ 989 Var. 3, 990 Abs. 1 BGB; § 678 BGB) und der Anspruch aus allgemeiner Eingriffskondiktion (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB),¹⁷ da diese auf den objektiven Wert i.H.v. 1.500 € gerichtet sind. Sofern Bearbeiter:innen diese Ansprüche trotzdem prüfen, sollte dies nicht negativ bewertet werden.

I. Aus § 285 Abs. 1 Alt. 1 BGB i.V.m. § 598 BGB

E könnte gegen K einen Anspruch auf Herausgabe des Erlöses i.H.v. 1.600 € aus § 285 Abs. 1 Alt. 1 BGB

¹⁵ Ausführlich dazu BGH, Urt. v. 23.5.1956 – IV ZR 34/56 = JZ 1956, 490 (490 f.); Kern, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 19. Aufl. 2023, § 823 Rn. 10.

¹⁶ Bei Leistungsstörungen (z.B. Unmöglichkeit der Herausgabe nach § 604 Abs. 1 BGB) finden allgemeine Vorschriften Anwendung, vgl. etwa Wagner, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2024, § 604 Rn. 4; insbes. zur Schadensersatzpflicht aus den §§ 280 ff. BGB Häublein, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 603 Rn. 5.

¹⁷ § 816 Abs. 1 S. 1 BGB stellt gegenüber der allgemeinen Eingriffskondiktion die vorrangige Spezialvorschrift dar, im Einzelnen BGH, Urt. v. 20.11.2013 – XII ZR 19/11 = NJW 2014, 1095 (1096) m.w.N.; kritisch dazu Schwab, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 818 Rn. 114.

haben. Nach § 285 Abs. 1 BGB kann E von B das herausverlangen, was er infolge des Umstandes, auf dem die Unmöglichkeit beruht, erlangt hat (sog. stellvertretendes commodum).

1. Wirksames Schuldverhältnis

Ein Schuldverhältnis zwischen E und K liegt in Form des Leihvertrages vor, § 598 BGB.

2. Unmöglichkeit der Leistungserbringung, § 275 Abs. 1 BGB

K müsste die Herausgabe des Mischpults an E aus § 604 Abs. 1 BGB unmöglich sein (§ 275 Abs. 1 BGB). Unmöglichkeit erfordert ein dauerndes, nicht überwindbares Leistungshindernis. Zwar ist die Herausgabe nicht objektiv unmöglich (§ 275 Abs. 1 Alt. 2 BGB), B könnte das Mischpult jederzeit herausgeben. Indes ist die Rückgabe für K (subjektiv) unmöglich i.S.d. § 275 Abs. 1 Alt. 1 BGB, da B gutgläubig Eigentum am Mischpult erworben hat (siehe oben) und er nicht bereit ist, das Mischpult herauszugeben. Die Leistungserbringung ist K ohne Mitwirkung des B daher nicht mehr möglich.¹⁸

3. Kausalität von Erhalt des Surrogats und unmöglichkeitsbegründenden Umstand

Die Ursache, die zum Erlöschen der Leistungspflicht nach § 275 Abs. 1 BGB geführt hat, müsste auch für die Erlangung des Surrogats (wenigstens mit-)ursächlich im Sinne eines adäquaten Ursachenzusammenhangs geworden sein (vgl. „infolge“ in § 285 Abs. 1 BGB). Ursächlich für die Unmöglichkeit der Herausgabe nach § 604 Abs. 1 BGB ist die Übereignung der K an B; aus dieser Übereignung hat K jedoch nichts erlangt. Ob für den rechtsgeschäftliche Veräußerungserlös i.H.v. 1.600 € ein derartiger Ursachenzusammenhang besteht, erscheint fraglich, zumal dieser aufgrund des Kausalgeschäfts aus § 433 Abs. 2 BGB erlangt wird.

Nach dem Normzweck des § 285 BGB, der darin besteht, dem Gläubiger den wirtschaftlichen Ersatzwert zu gewähren, reicht es allerdings aus, wenn eine wirtschaftliche Einheit zwischen dem zur Unmöglichkeit führenden Ereignis (Verfügung über die Sache) und der Erlangung des Surrogats (Kaufpreis aus dem Kaufvertrag) besteht.¹⁹ Dies ist für den Veräußerungserlös zu bejahen; die wirtschaftliche Zuordnung des Mischpults zum Vermögen umfasst auch die Weiterveräußerung. K hat den Erlös i.H.v. 1.600 € mithin infolge der Unmöglichkeit erlangt (a.A. vertretbar).

4. Identität zwischen geschuldeten Gegenstand und Surrogat

Der Anspruch aus § 285 Abs. 1 BGB erfordert weiter, dass K das Surrogat gerade für den geschuldeten Gegenstand, dessen Leistung ihr unmöglich geworden ist, erlangt hat. Auch dies ist vorliegend zweifelhaft, da K den Veräußerungserlös als Gegenleistung für die Eigentumsverschaffung erhalten hat, wohingegen sie E allein die (Rück-)Übertragung des Besitzes schuldet. Zu bedenken ist jedoch, dass aufgrund der Veräußerung des Mischpults das Interesse am Eigentum des E betroffen ist, welches infolge des gutgläubigen Erwerbs von B verloren gegangen ist. Insofern besteht nach der auch hier gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise Identität i.S.d. § 285 Abs. 1 BGB.

¹⁸ In solchen Fällen liegt ein rechtliches Leistungshindernis vor, BGH, Urt. v. 4.12.2012 – II ZR 159/10 = NJW-RR 2013, 363 (367) m.w.N.

¹⁹ Ganz h.M. unter Bezugnahme auf die Rspr. des BGH *Grüneberg*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 285 Rn. 7 m.w.N.

5. Rechtsfolge und Ergebnis

Der Anspruch aus § 285 Abs. 1 BGB umfasst den gesamten Veräußerungserlös und nicht bloß den objektiven Wert des geschuldeten Gegenstands. Andernfalls würde K von der Leistungsstörung profitieren, indem sie lediglich den objektiven Wert herausgeben muss und ihren „Gewinn“ behalten darf.

E kann von K Erlösherausgabe i.H.v. 1.600 € aus § 285 Abs. 1 BGB i.V.m. § 598 BGB verlangen.

Anmerkung: Dieser Anspruch kann nur von überdurchschnittlichen Bearbeiter:innen erwartet werden.

II. Aus § 285 Abs. 1 Alt. 1 BGB i.V.m. § 985 BGB

Ein Anspruch aus § 285 Abs. 1 Alt. 1 BGB i.V.m. § 985 BGB besteht schon deshalb nicht, weil zwischen E und K zu keinem Zeitpunkt eine Vindikationslage bestand. Vor der Veräußerung stand K gemäß dem Leihvertrag (vgl. § 598 BGB) ein Recht zum Besitz an dem Mischpult zu, womit eine Vindikation jedenfalls gem. § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB ausscheidet (sog. „nicht so“ berechnigte Besitzerin);²⁰ danach war E infolge des gutgläubigen Erwerbs nicht mehr Eigentümer.

Für eine Anwendung von § 285 Abs. 1 BGB auf § 985 BGB ist im Übrigen schon deshalb kein Raum, weil der Anspruch aus § 985 BGB auf Besitzherausgabe gerichtet ist, während der Schuldner sein Surrogat in aller Regel für das Eigentum an der Sache erlangt. Die Fortsetzung der verlorenen Vindikation regelt § 816 Abs. 1 S. 1 BGB daher als abschließende Sonderregel.²¹

Anmerkung: Die Prüfung von § 285 Abs. 1 BGB i.V.m. § 985 BGB kann auch unterbleiben.

III. Aus §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 667 BGB

Ein Anspruch aus angemaßter Eigengeschäftsführung scheidet bereits daran, dass K keine Kenntnis davon hatte, dass E und nicht sie selbst Eigentümer des Mischpults war.

IV. Aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB

E könnte gegen V einen Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB haben, wenn K als Nichtberechnigte entgeltlich über das Mischpult verfügte und diese Verfügung dem E gegenüber als Berechnigten wirksam war.

1. Anwendbarkeit

§ 816 Abs. 1 S. 1 BGB ist mangels Vorliegens eines EBV zwischen E und K (§ 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB) anwendbar. Abgesehen davon wirkt in § 816 Abs. 1 S. 1 BGB der ursprüngliche Herausgabeanspruch fort (sog. Vindikationsersatzfunktion), so dass dieser selbst bei Bestehen eines EBV anwendbar wäre.

²⁰ Auf den „nicht so“ berechnigten Besitzer finden auch die §§ 987 ff. BGB keine (analoge) Anwendung, vgl. etwa BGH, Urt. v. 13.12.1995 – XII ZR 194/93 = NJW 1996, 838 (840) m.w.N.

²¹ Erstmals RG, Urt. v. 28.10.1926 – IV 273/26 = RGZ 115, 31 (33 f.); auch heute ganz h.M., statt vieler *Caspers*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2019, § 285 Rn. 19 f. m.w.N.

2. Entgeltliche Verfügung einer Nichtberechtigten

K als Veräußerin müsste (im Rahmen der Übereignung des Mischpults an B) als Nichtberechtigte und auch entgeltlich (§ 816 Abs. 1 S. 2 BGB e contrario) über die Sache des ursprünglichen Eigentümers E verfügt haben. Verfügung ist jedes Rechtsgeschäft, durch das auf ein bestehendes Recht unmittelbar eingewirkt wird bzw. werden soll, indem es dieses aufhebt, überträgt, belastet oder inhaltlich verändert.²²

Die schuldrechtliche Besitz- bzw. Gebrauchsüberlassung an D genügt nicht für die Anwendung von § 816 Abs. 1 S. 1 BGB, da K hierdurch nicht unmittelbar auf das Eigentum des E einwirkt. Jedenfalls die Übereignung an B stellt jedoch eine Verfügung i.S.d. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB dar, die auch entgeltlich erfolgte.

3. Dem Berechtigten E gegenüber wirksam

Die Verfügung der K müsste dem E gegenüber wirksam gewesen sein. Die Wirksamkeit ergibt sich aus der Möglichkeit zum gutgläubigen Erwerb, §§ 932 ff. BGB. B hat vorliegend gutgläubig von K gem. §§ 929 S. 1, 931, 934 Alt. 1 BGB Eigentum erworben, so dass die Verfügung dem E gegenüber wirksam ist.

4. Rechtsfolge

Als Rechtsfolge kann der ursprüngliche Eigentümer von der Veräußerin gem. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB Herausgabe des „durch die Verfügung Erlangten“ verlangen. Fraglich ist, was darunter zu verstehen ist:

a) Befreiung von einer Verbindlichkeit („*commodum ex re*“)

Hierunter könnte lediglich die Befreiung von einer Verbindlichkeit (hier: der Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB) zu verstehen sein, die in natura nicht herausgegeben werden kann und für die deshalb Wertersatz zu leisten ist.²³ Der Wert der Forderung richtet sich dabei nach dem Wert des zu übereignenden Gegenstandes. Da das gebrauchte Mischpult bereits bei der leihweisen Überlassung an K einen Wert von 1.500 € hatte, ist maximal dieser Wert als „*commodum ex re*“ erfasst.

b) Herausgabe des Surrogats („*commodum ex negotiatione*“)

Denkbar wäre auch, eine wirtschaftliche Betrachtung anzulegen und den Verkaufserlös, also die Gegenleistung als erfasst anzusehen, die die Verfügende empfangen hat,²⁴ auch wenn sie den objektiven Wert der Sache übersteigt. Demnach wäre der (erhöhte) Verkaufspreis von 1.600 € „durch die Verfügung erlangt“.

c) Streitentscheid

Rein dogmatisch hat erstere Lösung ihre Gesetzesnähe für sich. Durch die Verfügung ist nämlich lediglich die Verbindlichkeit aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB erloschen, während die Zahlungspflicht aus § 433

²² Ausführlich zum Verfügungsbegriff *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 1 Rn. 3.

²³ So vor allem *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 29. Aufl. 2023, Rn. 723 ff.; *Römer*, AcP 119 (1919), 293 (354).

²⁴ St. Rspr. des BGH, vgl. nur BGH, Urt. v. 24.9.1996 – XI ZR 227/95 = NJW 1997, 190 (191).

Abs. 2 BGB auf dem Kaufvertrag beruht. Im Übrigen spräche gegen die Herausgabe des Surrogats, dass hierdurch ein Wertungswiderspruch zur Haftungsstufenleiter des BGB entstünde – das verschuldensunabhängige Bereicherungsrecht spricht nämlich grundsätzlich über § 818 Abs. 1 BGB nur Wertersatz zu.

Dafür, dass der herauszugebende Veräußerungserlös den objektiven Wert übersteigen kann, spricht jedoch, dass E wegen § 818 Abs. 3 BGB umgekehrt auch das Risiko des Unterwertverkaufs tragen müsste.

Anmerkung: Darstellungen in dieser Tiefe können schon aus Zeitgründen nicht erwartet werden und dienen der didaktischen Vermittlung. Eine Auseinandersetzung mit diesem Problem ist zu honorieren.

5. Keine Entreicherung, § 818 Abs. 3 BGB

Grundsätzlich gelten auch für den Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB die §§ 818 ff. BGB. K kann dem Anspruch des E allerdings den Einwand der Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB für den an V gezahlten Kaufpreis i.H.v. 1.500 € von vorneherein aus Wertungsgesichtspunkten nicht entgegenhalten.²⁵ Wäre kein gutgläubiger Eigentumserwerb erfolgt, hätte K die an V geleistete Zahlung der Vindikation des E gem. § 985 BGB auch nicht entgegenhalten können.

6. Ergebnis

E kann von K Zahlung i.H.v. 1.600 € verlangen.

²⁵ K muss sich hinsichtlich des Geleisteten an V halten (§ 311a Abs. 2 BGB), was hinsichtlich der Verteilung des Insolvenzrisikos auch interessengerecht ist, denn sie hat sich die V als Vertragspartnerin ausgesucht.

Anfängerklausur: BGB AT

Prof. Dr. Benedikt Strobel, Wiss. Mitarbeiterin Rosalie Roos, Konstanz*

Die zweistündige Klausur mit mittlerem bis erhöhtem Schwierigkeitsgrad greift aktuelle Fälle aus der Praxis auf und zeigt, dass auch der Allgemeine Teil des BGB für immer neue Variationen gut ist. Gegenstand sind Probleme des Vertragsschlusses, des Minderjährigenrechts sowie der Anfechtung.

Sachverhalt Teil 1

Die elfjährige Marie (M), die älter aussieht, ist des täglichen Spazierengehens mit dem Familienhund Henry überdrüssig. Daher sagt M kurzentschlossen und eigenmächtig zu der ihr unbekanntem Passantin Patricia (P):

„Für 300 € gehört Henry Dir.“

P antwortet:

„Gerne. Ich habe aber nur 200 € dabei; den Rest gebe ich Dir in einer Woche.“

M ist einverstanden, übergibt den Hund an P und nimmt von dieser einen 200-Euro-Schein entgegen. Später am Tag wird P klar, dass ein Vertrag mit M aufgrund deren Alters rechtlich problematisch sein könnte. Daher sucht sie die Eltern der M auf und bittet sie um deren „OK“. Die Eltern äußern sich nicht. Gleich am nächsten Tag ist P so genervt von dem ständigen Bellen des Henry, dass sie gegenüber M erklärt, dass „sie sich hiermit nun doch vom Vertrag zurückziehe und M den Hund wiederhaben könne; außerdem könne sie den Kauf nicht gelten lassen, weil sie M für älter gehalten habe“.

Fallfrage 1

Kann M von P die Zahlung von weiteren 100 € verlangen?

Sachverhalt Teil 2

Ms Eltern feiern mit Freunden im Restaurant des Raffaello (R). Um gebührend anstoßen zu können, möchte der Vater Valentin (V) einen „edlen Tropfen Champagner“ bestellen. Der bei R angestellte Kellner Kurt (K) zeigt V daraufhin eine Flasche und nennt einen Preis i.H.v. 1.300 € (objektiver Wert der Flasche: 1.000 €). Obwohl K einen ruhigen Moment abwartet und, an die Lautstärke angepasst, mit erhobener Stimme spricht, versteht V einen Preis von 300 €, da er von der Partylaune seiner Freunde abgelenkt ist. Begeistert nimmt V dem K die Flasche aus der Hand und öffnet sie fachmännisch mit einem Säbel. Kurz darauf stellt sich heraus, dass K eine veraltete Preisliste herangezogen

* Der Autor *Strobel* ist ordentlicher Professor an der Universität Konstanz, die Autorin *Roos* Wiss. Mitarbeiterin ebendort. Die Klausur wurde im Sommersemester 2023 als Semesterabschlussklausur in der Vorlesung Vertragsrecht I (= Allgemeiner Teil des BGB) gestellt. Der Schnitt betrug 4,90 Punkte, die Nichtbestehensquote 37 %.

hatte. K teilt V sogleich mit, dass der zunächst mitgeteilte Preis von 1.300 € falsch sei und daher nicht gelte. Tatsächlich liege der Preis bei 2.000 €. Daraufhin weigert sich V, angesichts des von ihm Gehörten mehr als 300 € zu zahlen; irgendeinen höheren Preis werde er keinesfalls entrichten.

Fallfrage 2

Kann R von V die Bezahlung der Flasche Champagner verlangen, und wenn ja, in welcher Höhe?

Lösungsvorschlag

Lösung Teil 1	954
I. Anspruch entstanden	954
1. Vertragsschluss.....	954
2. Keine Wirksamkeitshindernisse	955
a) (Schwebende) Unwirksamkeit gem. § 108 BGB	955
b) Endgültige Unwirksamkeit gem. § 109 Abs. 1 S. 1 BGB	956
aa) Schwebende Unwirksamkeit und Aufforderung zur Genehmigung	956
bb) Widerrufserklärung	956
cc) Abwarten einer Frist?	956
dd) Keine Kenntnis der Minderjährigkeit gem. § 109 Abs. 2 BGB.....	956
ee) Zwischenergebnis	957
3. Hilfgutachtlich: Wirksamkeit	957
a) Wirksame Anfechtungserklärung.....	957
b) Anfechtungsgrund	957
c) Zwischenergebnis.....	957
II. Ergebnis	957
Lösung Teil 2	958
I. Anspruch auf Bezahlung aus einem Bewirtungsvertrag	958
1. Vertragsschluss.....	958
a) Angebot.....	958
b) Annahme.....	958
2. Wirksamkeit	959
a) Anfechtung des R.....	959
aa) Anfechtungserklärung	959
bb) Anfechtungsgrund	959
(1) Inhaltsirrtum gem. § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB.....	959
(2) Eigenschaftsirrtum gem. § 119 Abs. 2 BGB (analog).....	959

cc) Zwischenergebnis	960
b) Anfechtung des V	960
aa) Anfechtungserklärung	960
bb) Anfechtungsgrund	960
cc) Anfechtungsfrist.....	960
dd) Rechtsfolge.....	960
ee) Zwischenergebnis	961
3. Ergebnis	961
II. Anspruch auf Wertersatz gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB.....	961
1. Etwas erlangt	961
2. Durch Leistung des R.....	961
3. Ohne Rechtsgrund.....	961
4. Rechtsfolge	961
a) Wertersatz gem. § 818 Abs. 2 BGB.....	961
b) Entreicherung gem. § 818 Abs. 3 BGB	962
5. Ergebnis	962

Lösung Teil 1

M könnte gegen P einen Anspruch auf Zahlung von weiteren 100 € aus einem Kaufvertrag gem. § 433 Abs. 2 BGB haben.

Hierfür müsste der Anspruch entstanden, nicht erloschen, und durchsetzbar sein.

I. Anspruch entstanden

Erforderlich ist ein Kaufvertrag zwischen M und P, dem keine Wirksamkeitshindernisse entgegenstehen.

1. Vertragsschluss

Ein Kaufvertrag kommt durch zwei übereinstimmende und in Bezug aufeinander abgegebene Willenserklärungen (Angebot und Annahme), gem. §§ 145 ff. BGB, zustande.

Indem M gegenüber P erklärte „Für 300 € gehört Henry Dir.“, gab M ein Angebot ab, das alle vertragswesentlichen Bestandteile (Preis, Gegenstand und Vertragsparteien) in bestimmbarer Form enthält und durch P mit bloßer Zustimmung angenommen werden kann. Dabei begründet ein bloßes Vertragsangebot der beschränkt geschäftsfähigen elfjährigen M (vgl. §§ 106, 2 BGB) noch keinen für sie rechtlich bindenden Vertrag, sodass dieses insoweit lediglich rechtlich vorteilhaft ist und es auf den Zugang gem. § 131 Abs. 2 S. 2 BGB nicht ankommt.¹

¹ Singer, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neuaufl. 2021, § 131 Rn. 7 m.w.N. zu den verschiedenen Auffassungen.

P nahm dieses Angebot mit den Worten „Gerne. Ich habe aber nur 200 € dabei; den Rest gebe ich Dir in einer Woche.“ an. Die Zahlung der weiteren 100 € erst in einer Woche stellt dabei lediglich eine Abänderung der Zahlungsmodalität dar und führt nicht zu einer Änderung des Angebots, verbunden mit einem neuen Antrag (§ 150 Abs. 2 BGB).

Ein Vertrag zwischen M und P liegt damit vor.

2. Keine Wirksamkeitshindernisse

a) (Schwebende) Unwirksamkeit gem. § 108 BGB

Der Kaufvertrag könnte nach § 108 Abs. 1 BGB zunächst schwebend und bei Ausbleiben einer Genehmigung (§ 184 Abs. 1 BGB) endgültig unwirksam sein.

Voraussetzung hierfür ist, dass M beschränkt geschäftsfähig ist und einen Vertrag ohne die erforderliche Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreter abgeschlossen hat.

M ist elf Jahre alt und daher gem. §§ 106, 2 BGB in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkt. Eine Einwilligung (§ 183 S. 1 BGB) ist gem. § 107 BGB erforderlich, wenn der Minderjährige durch die Willenserklärung nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt. Entscheidend ist dabei keine wirtschaftliche Betrachtungsweise, sondern ob für den beschränkt Geschäftsfähigen persönliche Pflichten begründet werden oder bestehende Rechte aufgehoben bzw. eingeschränkt werden.² Hier ist die Willenserklärung der M gerichtet auf den Abschluss eines Kaufvertrages, womit für einen Verkäufer die persönliche Pflicht zur Übergabe und Übereignung der Kaufsache gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB entsteht. Eine lediglich rechtliche Vorteilhaftigkeit besteht somit nicht, mithin ist das Rechtsgeschäft einwilligungsbedürftig.

Da M der P kurzentschlossen und eigenmächtig den Abschluss eines Kaufvertrages anbietet, liegt eine Einwilligung (§§ 107, 183 S. 1, 182 BGB) der Eltern der M als ihrer gesetzlichen Vertreter (§§ 1626 Abs. 1, 1629 Abs. 1 BGB) nicht vor. Auch handelt es sich bei dem Hund Henry um einen „Familienhund“, weshalb keine Bewirkung mit eigenen Mitteln i.S.v. § 110 BGB vorliegt.³

Damit ist der Kaufvertrag schwebend unwirksam, § 108 Abs. 1 BGB. Er könnte später endgültig unwirksam geworden sein, wenn die Eltern der M die Genehmigung gem. §§ 108 Abs. 1, 184 Abs. 1, 182 BGB nicht erteilt haben oder der andere Vertragsteil die Eltern zur Genehmigung aufgefordert hat und deren Genehmigung nach Ablauf von zwei Wochen gem. § 108 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BGB als verweigert gilt. Die Genehmigung kann grundsätzlich gegenüber dem Minderjährigen oder dem Vertragspartner erklärt werden; fordert aber der Vertragspartner den Vertreter des beschränkt Geschäftsfähigen zur Erklärung über die Genehmigung auf, muss die Erklärung gegenüber diesem erfolgen (vgl. § 108 Abs. 2 Hs. 1 BGB).

P hat die Eltern der M aufgesucht, um sie um ihr „OK“ zu bitten; hierin kann die Aufforderung zur Genehmigung i.S.v. § 108 Abs. 2 Hs. 1, Abs. 1 BGB gesehen werden (§§ 133, 157 BGB analog). Diese Genehmigung kann gem. § 108 Abs. 2 S. 2 BGB nur bis zum Ablauf von zwei Wochen nach Empfang der Aufforderung erteilt werden; danach gilt sie als verweigert. Eine solche Genehmigung ist bisher nicht gegenüber P erfolgt; da aber die zweiwöchige Frist seit dem Empfang der Aufforderung noch nicht verstrichen ist, kann eine Genehmigung noch erfolgen und somit ist der Vertrag weiterhin schwebend unwirksam.

² Spickhoff, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 107 Rn. 37 f.

³ Der Hund per se könnte §§ 110, 90a S. 3 BGB unterfallen, da andere Vermögenswerte als Bargeld, wie etwa Sachen oder Forderungen, erfasst sind; siehe in: Klumpp, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neuaufl. 2021, § 110 Rn. 21.

b) Endgültige Unwirksamkeit gem. § 109 Abs. 1 S. 1 BGB

Allerdings könnte der Kaufvertrag durch einen Widerruf der P gem. § 109 Abs. 1 S. 1 BGB endgültig unwirksam geworden sein. Hierfür müsste der Kaufvertrag schwebend unwirksam sein, P müsste die Eltern der M zur Genehmigung aufgefordert haben und den Widerruf erklärt haben (vgl. § 109 Abs. 1 S. 1 BGB).

aa) Schwebende Unwirksamkeit und Aufforderung zur Genehmigung

Eine schwebende Unwirksamkeit sowie eine Aufforderung zur Genehmigung der gesetzlichen Vertreter liegen vor (siehe oben).

bb) Widerrufserklärung

Der Widerruf müsste auch wirksam erklärt worden sein. Die Widerrufserklärung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die sowohl gegenüber dem gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen als auch gegenüber diesem selbst erklärt werden kann; § 131 Abs. 2 S. 1 und S. 2 BGB gelten insoweit nicht.⁴ Eine Widerrufserklärung der P kann in der Erklärung gegenüber M gesehen werden, sich „von dem Vertrag zurückziehen“ zu wollen (§§ 133, 157 BGB).

cc) Abwarten einer Frist?

Problematisch ist, ob nach einer Genehmigungsaufforderung vor der Erklärung des Widerrufs noch eine gewisse Frist abgewartet werden muss.

Nach einer Ansicht ist dies aufgrund der in § 108 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BGB normierten Frist notwendig, ansonsten sähe sich der andere Vertragsteil der Einrede des widersprüchlichen Verhaltens gem. § 242 BGB ausgesetzt.⁵ Nach anderer Auffassung ist das Abwarten einer Frist nicht notwendig, da es auch möglich ist, den Widerruf mit einer Genehmigungsaufforderung zu verbinden.⁶ Nach der letztgenannten Auffassung ist der Widerruf hier somit bereits einen Tag nach Vertragsschluss möglich, während ihm nach der ersten Auffassung § 242 BGB entgegengehalten werden kann.

Die besseren Argumente sprechen für die letztgenannte Ansicht: Bereits aus dem Wortlaut des § 109 Abs. 1 BGB folgt kein Fristverfordernis. Die in § 108 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BGB normierte zweiwöchige Frist bezieht sich nach seinem systematischen Zusammenhang vor allem auf die Verweigerungsfiktion in § 108 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BGB, nach welcher eine Genehmigung nach Ablauf von zwei Wochen als verweigert gilt. Dies dient vornehmlich dem Schutz des Vertragspartners des beschränkt Geschäftsfähigen vor unabsehbar langen Schwebezuständen. Indes bedarf dieser keines Schutzes, wenn er vor Ablauf der zweiwöchigen Frist gem. § 109 Abs. 1 S. 1 BGB selbst widerruft. Daher muss nach Genehmigungsaufforderung und Widerruf keine Frist abgewartet werden (a.A. vertretbar).

dd) Keine Kenntnis der Minderjährigkeit gem. § 109 Abs. 2 BGB

Fraglich ist, ob § 109 Abs. 2 BGB einschlägig ist. Hiernach wäre ein Widerruf nur möglich, wenn P die Minderjährigkeit der M nicht gekannt hätte oder M eine Einwilligung der Wahrheit zuwider behauptet hätte und P von dem Fehlen der Einwilligung keine Kenntnis gehabt hätte. Dabei reicht eine fahrlässige Unkenntnis der Minderjährigkeit nicht aus; ebenso wenig muss der Vertragspartner eigene

⁴ Spickhoff, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 109 Rn. 9.

⁵ Wendtland, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 109 Rn. 2; diff. Albers, AcP 217 (2017), 764 (787 ff.); Spickhoff, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 109 Rn. 2 f.

⁶ Paal/Leyendecker, JuS 2006, 25 (27); Duden, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2024, § 108 Rn. 55 m.w.N.

Nachforschungen anstellen. Es schadet nur positive Kenntnis.⁷ Zwar ist M erst elf Jahre alt, eine Kenntnis der P wäre daher bei einer lebensnahen Betrachtung möglich, aber M sieht laut dem Sachverhalt für ihr Alter älter aus. Auch kommt der P erst am nächsten Tag die Erkenntnis, dass ein Vertrag mit M aufgrund ihres Alters rechtlich problematisch sein könnte. Dies lässt den Schluss zu, dass bei Vertragsschluss keine positive Kenntnis der P über die Minderjährigkeit der M bestand. Folglich scheidet der Widerruf nicht an § 109 Abs. 2 BGB.

ee) Zwischenergebnis

P hat den Kaufvertrag gem. § 109 Abs. 1 S. 1 BGB widerrufen. Der Kaufvertrag ist somit endgültig unwirksam.

3. Hilfgutachtlich: Wirksamkeit

Überdies könnte der Kaufvertrag gem. § 142 Abs. 1 BGB durch eine Anfechtung von Anfang an nichtig sein.

a) Wirksame Anfechtungserklärung

P müsste die Anfechtung gegenüber M als dem richtigen Anfechtungsgegner gem. § 143 Abs. 1, Abs. 2 Alt. 1 BGB erklärt haben; das Wort „anfechten“ ist nicht nötig.⁸ Indem P der M erklärte, sie könne „den Kauf nicht gelten lassen, weil sie M für älter gehalten habe“, erklärte sie die Anfechtung i.S.v. § 143 Abs. 1 BGB, was eine Erklärung gegenüber dem richtigen Anfechtungsgegner gem. § 143 Abs. 2 Alt. 1 BGB darstellt.

b) Anfechtungsgrund

Ferner muss ein Anfechtungsgrund bestehen. In Betracht kommt ein Eigenschaftsirrtum gem. § 119 Abs. 2 BGB, indem P die M bei Vertragsschluss für volljährig bzw. für unbeschränkt geschäftsfähig hielt. Dafür müsste die Volljährigkeit eine wesentliche Eigenschaft einer Person i.S.d. § 119 Abs. 2 BGB darstellen und P auch tatsächlich darüber bei Vertragsschluss geirrt haben. Zweifelhaft ist Letzteres: Aus dem Sachverhalt geht zwar hervor, dass M älter als elf Jahre aussieht; indes kann hieraus nicht geschlossen werden, dass P die M für volljährig hielt. Folglich liegt kein wesentlicher Eigenschaftsirrtum gem. § 119 Abs. 2 BGB vor. Für weitere Anfechtungsgründe ist hier nichts ersichtlich.⁹

c) Zwischenergebnis

Der Kaufvertrag ist nicht gem. § 142 Abs. 1 BGB unwirksam.

II. Ergebnis

Es besteht kein Anspruch der M gegen P auf Zahlung weiterer 100 € aus dem Kaufvertrag gem. § 433 Abs. 2 BGB.

⁷ Spickhoff, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 109 Rn. 13.

⁸ Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 21. Aufl. 2022, § 25 Rn. 18.

⁹ Der (vor § 119 Abs. 2 BGB zu erörternde) Anfechtungsgrund der arglistigen Täuschung gem. § 123 Abs. 1 BGB scheidet bereits mangels einer Täuschungshandlung der M.

Lösung Teil 2

I. Anspruch auf Bezahlung aus einem Bewirtungsvertrag

R könnte gegen V einen Anspruch auf Zahlung von 1.300 € aus einem Bewirtungsvertrag¹⁰ haben. Dafür müsste zwischen V und R ein dahingehender Vertrag zustande gekommen sein.

1. Vertragsschluss

a) Angebot

V bittet K um einen „edlen Tropfen“, um gebührend auf den Geburtstag anstoßen zu können, woraufhin K dem V eine Flasche Champagner zeigt und einen Preis i.H.v. 1.300 € nennt. Letzteres stellt ein konkludentes Angebot auf Abschluss eines Vertrages dar, welches alle vertragswesentlichen Bestandteile enthält. Dieses Angebot kann gem. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB dem R zugerechnet werden: Eine eigene Willenserklärung des K i.S.d. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB liegt vor und aus den Umständen bzw. der üblichen geschäftlichen Praxis ist auch erkennbar, dass der Kellner K im Namen des Restaurantinhabers R auftritt (sog. unternehmensbezogenes Geschäft; § 164 Abs. 1 S. 2 BGB) und K innerhalb der hiermit einhergehenden Vertretungsmacht handelt (§ 167 Abs. 1 Alt. 1 BGB).¹¹

Dieses Angebot müsste auch wirksam geworden sein, insbesondere V gem. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB (analog) zugegangen sein. Vorliegend handelt es sich um ein mündliches Angebot des V und daher um eine nicht-verkörpernte Willenserklärung unter Anwesenden. Diese geht nach der sog. eingeschränkten Vernehmungstheorie zu, wenn K von der akustisch richtigen Vernehmung des V ausgehen könnte.¹² Das setzt voraus, dass für einen sorgfältigen Erklärenden keine Anhaltspunkte gegeben sind, die zu Zweifeln Anlass gaben, ob der Erklärungsempfänger die Erklärung zutreffend und vollständig vernommen hat.¹³ Sofern Zweifel des Erklärenden bestehen, muss der Erklärende sich vergewissern.¹⁴ Gegen ein solches akustisch richtiges Vernehmen spricht hier, dass V von der Partylaune seiner Freunde abgelenkt war, was für K auch ersichtlich war. Andererseits sprach K mit einer an die Lautstärke angepassten erhobenen Stimme und wartete einen ruhigen Moment ab. Folglich konnte K davon ausgehen, dass V sein Angebot zutreffend vernehmen konnte. Ein Angebot des R liegt somit vor (a.A. noch vertretbar).

b) Annahme

Indem V die Flasche mit einem Säbel öffnet, erklärt er konkludent seine Annahme. Fraglich ist, ob diese Annahme auch inhaltlich mit dem Angebot übereinstimmt; schließlich geht V von einem Preis i.H.v. 300 € aus. Allerdings nennt V keinen anderen (niedrigen) Preis, womit seine Annahmeerklärung gem. §§ 133, 157 BGB aus Sicht des K so verstanden werden kann, dass er zu dem Preis von 1.300 € annehmen möchte. Damit ist zwischen R und V ein Vertrag zu 1.300 € zustande gekommen.

¹⁰ Vertretbar ist es, einen Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB zu prüfen.

¹¹ *Schilken*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2019, § 164 Rn. 1; *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 21. Aufl. 2022, § 30 Rn. 5.

¹² *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 12. Aufl. 2024, Rn. 289; *Einsele*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 130 Rn. 28.

¹³ *Einsele*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 130 Rn. 28.

¹⁴ *Einsele*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 130 Rn. 28.

2. Wirksamkeit

a) Anfechtung des R

Dieser Vertrag könnte gem. § 142 Abs. 1 BGB durch eine Anfechtung des R von Anfang an nichtig sein.

aa) Anfechtungserklärung

Eine Anfechtung des R erfolgte hier durch eine Erklärung des K (§§ 164 Abs. 1 S. 1, 143 Abs. 1 BGB), indem er gegenüber V als richtigem Anfechtungsgegner (vgl. § 143 Abs. 2 Alt. 1 BGB) erklärte, dass der Preis i.H.v. 1.300 € nicht gelte und der richtige Preis bei 2.000 € liege (§§ 133, 157 BGB).

bb) Anfechtungsgrund

Es müsste ein Anfechtungsgrund vorliegen. Nach § 166 Abs. 1 BGB muss dabei für das Vorliegen von Willensmängeln auf die Person des Vertreters, d.h. K, abgestellt werden.

(1) Inhaltsirrtum gem. § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB

Zunächst kommt ein Inhaltsirrtum gem. § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB in Betracht; dieser liegt vor, wenn K über den objektiven Bedeutungsgehalt seiner Erklärung irrte; er müsste dem Inhalt seiner Erklärung (subjektiv) eine andere Bedeutung beigemessen haben, als ihr objektiv zukommt.¹⁵ Indem K seiner Erklärung eine veraltete Preisliste zugrunde legte, könnte man daran denken, die Grundsätze über den sog. Kalkulationsirrtums heranzuziehen. Teilweise wurde nämlich durch das Reichsgericht für den Kalkulationsirrtum eine Anfechtung zugelassen, wenn es sich um einen sog. erweiterten Inhaltsirrtum handelte, d.h. wenn ein irriger Beweggrund in den entscheidenden Verhandlungen erkennbar hervorgetreten war oder als Bestandteil in die Erklärung aufgenommen wurde.¹⁶ Jedoch hat K in seinem Angebot lediglich einen Preis von 1.300 € genannt, ohne ausdrücklich auf die zuvor herangezogene Preisliste bzw. eine hiermit einhergehende Kalkulation abzustellen. Vielmehr wollte K das Angebot mit dem Preis von 1.300 € erklären und war sich auch der objektiven Bedeutung seiner Erklärung bewusst. Daher liegt nur ein Irrtum im Stadium der Willensbildung vor, nicht aber – wie von § 119 Abs. 1 BGB gefordert – ein Irrtum bei der Erklärung selbst.¹⁷ Somit scheidet ein Inhaltsirrtum gem. § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB aus.

(2) Eigenschaftsirrtum gem. § 119 Abs. 2 BGB (analog)

Möglicherweise liegt ein Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft gem. § 119 Abs. 2 BGB (analog) vor. Keinen Eigenschaftsirrtum i.S.v. § 119 Abs. 2 BGB stellt dabei der Irrtum über den Preis als solchen dar; der Preis ist keine verkehrswesentliche Eigenschaft.

Hingegen wird teilweise § 119 Abs. 2 BGB analog angewendet, wenn bei einem sog. verdeckten Kalkulationsirrtum für den Vertragspartner erkennbar war, dass der Preis falsch kalkuliert war, etwa weil dieser ungewöhnlich ist, oder sich aus einer mitgeteilten Kalkulation ergibt, dass der genannte Preis falsch kalkuliert ist (sog. einseitiger Sachverhaltsirrtum).¹⁸ Entscheidend ist daher, ob für V erkennbar gewesen wäre bzw. ihm hätte auffallen müssen, dass ein Preis fehlerhaft kalkuliert ist.

¹⁵ *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 119 Rn. 60; *Wendtland*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 119 Rn. 30; BGH NJW-RR 2009, 630 (632); BGH NJW 2008, 2442 (2443).

¹⁶ RGZ 64, 266 (268); OLG München NJW-RR 1990, 1406; a.A. BGH NJW 1998, 3192 (3193).

¹⁷ LG Bremen NJW 1992, 915; *Singer*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neuaufl. 2021, § 119 Rn. 55.

¹⁸ *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, §119 Rn. 132 m.w.N.

Hier besteht zwar ein relativ großer Preisunterschied, allerdings geht nicht aus dem Sachverhalt hervor, dass V ein besonderes Fachwissen über verschiedenen Champagnersorten hat und ihm folglich ein besonders günstiger Preis für die gezeigte Flasche hätte auffallen müssen. Auch eine Kalkulation, aus der sich ein Fehler hätte ergeben können, wurde V nicht mitgeteilt. Daher liegt auch kein Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft gem. § 119 Abs. 2 BGB analog vor. Mithin fehlt insgesamt ein Anfechtungsgrund.

cc) Zwischenergebnis

Der Vertrag ist nicht durch eine Anfechtung des R gem. § 142 Abs. 1 BGB von Anfang an nichtig.

b) Anfechtung des V

Dieser Vertrag könnte gem. § 142 Abs. 1 BGB durch eine Anfechtung des V von Anfang an nichtig sein.

aa) Anfechtungserklärung

V erklärte die Anfechtung gem. § 143 Abs. 1 BGB, indem er gegenüber K die Zahlung verweigerte (§§ 133, 157 BGB). Diese Anfechtung erfolgte auch mit Erklärung gegenüber K an den richtigen Anfechtungsgegner R (vgl. § 143 Abs. 2 Alt. 1 BGB, § 164 Abs. 3, 1 S. 1 BGB).

bb) Anfechtungsgrund

Hier könnte ein Inhaltsirrtum gem. § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB als tauglicher Anfechtungsgrund vorliegen. V erklärte nach objektiver Betrachtung (§§ 133, 157 BGB), mit einem Preis einverstanden zu sein; er hatte aber lediglich den Willen zur Zahlung von 300 €. Damit fallen subjektiv Gewolltes und objektiv Erklärtes unbewusst auseinander. Folglich liegt ein Inhaltsirrtum gem. § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB vor.

cc) Anfechtungsfrist

V erklärte die Anfechtung auch „unverzüglich“ i.S.v. § 121 Abs. 1 S. 1 BGB.

dd) Rechtsfolge

Fraglich ist allerdings weiter, welche Rechtsfolge die Anfechtung in diesem Fall hat. Grundsätzlich ist zwar das Rechtsgeschäft gem. § 142 Abs. 1 BGB von Anfang an nichtig; jedoch hat möglicherweise V den Vertrag nur i.H.v. 1.000 € angefochten:

Eine teilweise Nichtigkeit gem. § 139 Hs. 2 BGB scheidet aus, da keine verschiedenen Rechtsgeschäfte in einer Vertragsurkunde zusammengefasst wurden und auch ein hierauf gerichteter Parteiwille nicht ersichtlich ist.¹⁹

Allerdings muss sich V zumindest an dem von ihm Gewollten festhalten lassen. Denn die Nichtigkeitsfolge des § 142 Abs. 1 BGB ist insoweit beschränkt, als der Anfechtende seine Erklärung in dem von ihm gemeinten Sinn gegen sich gelten lassen muss. Anderenfalls läge ein Verstoß gegen Treu und Glauben gem. § 242 BGB (venire contra factum proprium) vor.²⁰ V ging irrig davon aus, dass der Preis für den Champagner 300 € beträgt und hatte auch einen entsprechenden Willen, in dieser Höhe einen Vertrag abzuschließen. Er muss sich daher an diesem von ihm insoweit gewollten Preis von

¹⁹ *Jakl*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2023, § 139 Rn.62 m.w.N., Rn. 59 ff.

²⁰ *Roth*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neuaufl. 2020, § 142 Rn. 38; *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 29. Aufl. 2023, Rn. 38; *Lobinger*, AcP 195 (1995), 274; ähnlich auch *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. 2012, S. 421 f.

300 € festhalten lassen (a.A. vertretbar). Notwendig ist hierzu aber auch, dass der Anfechtungsgegner (hier R) unverzüglich erklärt, dass er die Erklärung im gemeinten Sinne gelten lassen wolle.²¹ Dies ist bisher nicht erfolgt; daher bleibt es jedenfalls im Moment bei einer vollständigen Nichtigkeit des Vertrages gem. § 142 Abs. 1 BGB.

ee) Zwischenergebnis

Der Vertrag ist gem. § 142 Abs. 1 BGB nichtig.

3. Ergebnis

R hat gegen V keinen Anspruch auf Zahlung von 1.300 € aus einem Bewirtungsvertrag.

II. Anspruch auf Wertersatz gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB

Ferner könnte R einen Anspruch auf Wertersatz gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB i.H.v. 1.000 € gegen V haben. Hierfür müsste V etwas durch Leistung des R ohne einen Rechtsgrund erlangt haben.

1. Etwas erlangt

Hier hat V Besitz (und ggf. Eigentum) an der Flasche Champagner erworben bzw. Aufwendungen erspart.

2. Durch Leistung des R

Dies müsste durch bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens erfolgt sein. R hat – mittels K – bewusst und zur Erfüllung eines (vermeintlich bestehenden) Kaufvertrags geleistet.

3. Ohne Rechtsgrund

Diese Leistung ist auch ohne rechtlichen Grund erfolgt, da der zugrunde liegende Kaufvertrag unwirksam ist (siehe oben).

4. Rechtsfolge

a) Wertersatz gem. § 818 Abs. 2 BGB

Im Ausgangspunkt ist der Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB auf Herausgabe des erlangten Etwas in natura gerichtet. Hier wurde der Champagner durch V und seine Freunde (zumindest teilweise) konsumiert; eine Herausgabe des Erlangten ist mithin gem. § 818 Abs. 2 Alt. 1 BGB (objektiv) unmöglich.²² Folglich besteht ein Wertersatzanspruch in Höhe des objektiven Verkehrswertes von 1.000 €. ²³

²¹ Roth, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neuaufl. 2020, § 142 Rn. 38.

²² BGH NJW 2007, 320 (323); Stadler, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 19. Aufl. 2023, § 818 Rn. 12.

²³ RGZ 147, 396 (398); BGH NJW 1996, 3209; Wendehorst, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 818 Rn. 27 m.w.N.

b) Entreichung gem. § 818 Abs. 3 BGB

Dieser Wertersatzanspruch besteht indes nicht, wenn gem. § 818 Abs. 3 BGB Entreichung eingetreten, d.h. die Bereicherung ersatzlos weggefallen ist.²⁴ Hier hat der verzehrte Champagner keinen positiven Einfluss auf das Vermögen des V; allerdings könnte V Aufwendungen erspart haben.²⁵ Sein Vermögen wäre dann um die ersparten Aufwendungen bereichert bzw. er nicht gem. § 818 Abs. 3 BGB entreichert. Hier wollte V mit einem „edlen Tropfen“ auf den Geburtstag anstoßen; dass er hierfür ein Preislimit hatte, ist aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich. Mithin kann davon ausgegangen werden, dass V diese Aufwendung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge folglich ohnehin getätigt hätte, es liegt somit auch keine sog. Luxusaufwendung vor.²⁶ V ist daher um die ersparten Aufwendungen bereichert, womit mit dem Verzehr des Champagners keine Entreichung i.S.v. § 818 Abs. 3 BGB eingetreten ist (a.A. vertretbar).

5. Ergebnis

R hat gegen V einen Anspruch auf Wertersatz i.H.v. 1.000 € gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 Alt. 1 BGB.

²⁴ *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 12 Rn. 15.

²⁵ *Schwab*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2021, § 818 Rn. 189; BGH NJW 1990, 1789 (1791).

²⁶ *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 12 Rn. 17.

Examensübungsklausur: Die Faksimile-Masche

Richter Johann Mitzscherlich, Dresden*

Die anspruchsvolle Klausur, die im Wintersemester 2023/24 im FerienLEO-Klausurenkurs des Leipziger Universitätsrepetitoriums LEO gestellt wurde, fragt in Aufgabe 1 nach der Rückabwicklung eines durch eine Betrugsmasche zustande gekommenen Kaufvertrags über ein angebliches Faksimile. Der an eine Entscheidung des LG Cottbus (BeckRS 2022, 32660) angelehnte Sachverhalt problematisiert die Voraussetzungen eines verbraucher-schützenden Widerrufsrechts. Die Bearbeiter müssen aber auch prüfen, ob sie die Täuschung über die Qualität der Kaufsache im Rahmen anderer Anspruchsgrundlagen verwenden können, z.B. für ein Rücktrittsrecht aus kaufrechtlichem Gewährleistungsrecht oder ein Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung. Aufgabe 2 setzt den Sachverhalt in einer zwangsvollstreckungsrechtlichen Einkleidung fort. Der Schwerpunkt der zu prüfenden Drittwiderspruchsklage ist die handelsrechtliche Mithaftung für die vollstreckte Forderung nach § 25 HGB.

Sachverhalt

E wird am 8.3.2024 tot in seiner Leipziger Wohnung aufgefunden. Er wurde 90 Jahre alt, war verwitwet und hatte einen Sohn aus dieser Ehe, S. In seiner Wohnung findet sich eine aus einem Notizbuch herausgerissene Seite mit folgendem handgeschriebenen Inhalt:

„Testament von E

Leipzig, den 29. November 2023

Mein undankbarer Sohn S hat es dieses Mal zu weit getrieben. Er soll von mir keinen einzigen Cent sehen. Erben sollen stattdessen meine beiden Nichten X und Y, die Töchter meiner verstorbenen Schwester.“

Eine Unterschrift findet sich auf der Seite nicht. S, der nach dem Tod seines Vaters dessen Wohnung räumt und dabei die Unterlagen seines Vaters durchgeht, erinnert sich, dass sich E bei einem Telefonat an diesem Tag erbozt gezeigt hatte, weil ihn sein Sohn seiner Meinung nach zu selten besuche. Zu Weihnachten hatten sich die beiden aber wieder versöhnt.

Damals erwähnte E gegenüber S, dass er kürzlich ein wertvolles Buch erworben habe, und erklärte stolz, der Nachwelt nun endlich etwas von Wert hinterlassen zu können. In der Tat findet S in der Wohnung des E ein kostbar anmutendes Buch. In den Unterlagen seines Vaters stößt er auf einen Kaufvertrag, nach dem E am 23.9.2023 das Buch „Liber Scivias – Die göttlichen Visionen der Hildegard von Bingen“ für 7.920 € von der F-GmbH gekauft und zwei Tage darauf per Überweisung bezahlt hat. Die F-GmbH handelt, wie er einer beiliegenden Broschüre entnimmt, mit Faksimiles historischer

* Der Autor ist Richter auf Probe beim Verwaltungsgericht Dresden und Doktorand bei Prof. Dr. Hubertus Gersdorf an der Juristenfakultät der Universität Leipzig. Die Klausur hat er als Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht an der Juristenfakultät der Universität Leipzig erstellt. Die 100 Bearbeitungen, die im Wintersemester 2023/24 im FerienLEO-Klausurenkurs abgegeben wurden, wurden im Durchschnitt mit 5,14 Punkten bewertet. 31 Bearbeiter haben nicht bestanden, die beste Arbeit erreichte 12 Punkte. Zum Hintergrund der im Sachverhalt dargestellten Betrugsmasche siehe den Beitrag von Spiegel TV, YouTube v. 5.1.2024, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=RL7226BudKA> (29.8.2024).

Bücher. Die Broschüre beschreibt, dass alle von der F-GmbH vertriebenen Faksimiles durch eine spezialisierte Manufaktur unter Einsatz von altem Handwerkszeug und Techniken hergestellt werden, um eine möglichst originalgetreue Nachbildung der historischen Werke zu erreichen und ein echtes „Kunstwerk“ zu schaffen. Die Faksimiles vertreibt die F-GmbH über Vertreter – im Fall des S hat der Vertreter V unterschrieben –, die die potenziellen Käufer für ein spontanes Verkaufsgespräch in ihrer Wohnung aufsuchen.

In der ebenfalls beiliegenden Bestellurkunde des E ist das Feld neben dem Text „Personalisierung gewünscht / Name und Editionsnummer auf Messingschild (Widerrufsrecht nach Lieferung ausgeschlossen)“ händisch angekreuzt. Dieses Messingschild würde, wie S in Erfahrung bringt, weniger als 20 € kosten und sich, da es mit Schrauben am Buch befestigt wird, ohne Schaden für das Buch wieder entfernen und durch ein anderes Schild ersetzen lassen. Die Ausgabe des E enthält allerdings gar kein Messingschild. Dafür ist in der Innenseite des Einbandes ein gefaltetes Blatt Papier eingeklebt. Das Blatt weist das Buch unter der Überschrift „Notarielle Beglaubigung“ als eines auf 180 Exemplare limitierten und von Hand nummerierten Auflage aus. Unter dem vorgedruckten Zusatz „Dies ist das persönliche Exemplar für“ ist der Name des E handschriftlich ergänzt. Darunter befindet sich eine unleserliche Überschrift über dem gedruckten Titel und Namen „Mag. Z“. In den Unterlagen des E findet S auch eine Widerrufsbelehrung und ein Widerrufsformular. Dieses enthält den Hinweis, dass der Widerruf „mittels einer eindeutigen Erklärung (z.B. ein mit der Post versandter Brief, Telefax oder E-Mail)“ auszuüben sei. Die Kontaktdaten der F-GmbH sind auf dem Widerrufsformular oder in den anderen Unterlagen nicht angegeben.

S erinnert sich an eine Fernsehdokumentation über eine Betrugsmasche, bei der Vertreter insbesondere ältere Menschen zuhause aufsuchen und unter dem Vorwand, dass sie eine oft als Wertanlage angeschaffte Brockhaus-Sammlung für einen ertragreichen Weiterverkauf noch vervollständigen müssten, angeblich wertvolle historische Faksimiles aufschwätzen. Tatsächlich handelt es sich bei den verkauften Büchern um im Libanon in einem industriellen Massendruckverfahren hergestellte Billigware. Dabei würden die Verkäufer den Kunden oft suggerieren, dass ihnen für diesen Kauf kein Widerrufsrecht zustehe – wie hier durch das billige Messingschild oder die aufgedrängte notarielle Beglaubigung. Für S deutet alles darauf hin, dass auch sein betagter Vater Opfer eines solchen Betrages geworden ist. Ein mit ihm befreundeter Sachverständiger bestätigt ihm seinen Verdacht. Den Wert des Buches, das E erworben hat, schätzt dieser auf nicht mehr als 400 €.

S macht daraufhin die E-Mail-Adresse der F-GmbH ausfindig und erklärt seinen „Widerspruch“ gegen den Vertrag des Vaters. Er erklärt, den Vertrag unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten loswerden zu wollen, und verlangt die Rückzahlung des gezahlten Betrages auf das Bankkonto seines Vaters. Den Ramsch, den sie E unter Täuschung über seine Qualität und seinen Wert angedreht habe, könne die F-GmbH im Gegenzug gern zurückhaben.

Die F-GmbH weist den Vorwurf des S zurück, E über den Tisch gezogen zu haben – sie müsse ihre Produkte schließlich anpreisen und bewerben dürfen. Sie beharrt darauf, dass er ein einwandfreies Produkt erhalten habe, das durch die kostenlos dazu gelieferte, die Exklusivität der Ware ausweisende „notarielle Beglaubigung“ sogar noch im Wert gesteigert werde. Derart personalisierte Werke würden grundsätzlich nicht zurückgenommen, weil die Entfernung der Urkunde nur durch eine Substanzbeeinträchtigung möglich sei, die mit einer erheblichen Wertminderung einhergehe.

Aufgabe 1

Hat S gegen die F-GmbH einen Anspruch auf Rückzahlung der 7.920 €?

Fortsetzung

S erstreitet vor dem Landgericht Leipzig ein Urteil gegen die in Leipzig sitzende F-GmbH auf Zahlung der 7.920 €. Im Rubrum der Entscheidung ist die vollständige Firma der F-GmbH angegeben: „Faksimile-Deluxe-Gesellschaft mbH“. Als der Gerichtsvollzieher im Zuge der Zwangsvollstreckung einen Wagen, dessen Wert den der zu vollstreckenden Forderung übersteigt, auf dem im Rubrum benannten Firmengelände der F-GmbH in Leipzig pfändet, erhebt die anwaltlich vertretene „Deluxe-Faksimile-Gesellschaft mbH“ (D-GmbH) dagegen Klage vor dem Landgericht Leipzig mit dem Einwand, sie sei die Eigentümerin des Wagens. Die F-GmbH sei zwischenzeitlich aufgelöst worden und habe zuvor alle ihre Vermögensgegenstände, darunter auch die Firmenwagen, wertangemessen an die D-GmbH verkauft. S kommt das suspekt vor: Die D-GmbH hat ihren Sitz an derselben Adresse wie die F-GmbH, ihre Gesellschafter sind mit der der F-GmbH identisch, ihr Geschäftsfeld ist ebenfalls der Vertrieb von Faksimiles durch Vertreter. Er ist der Auffassung, dass die D-GmbH aufgrund des durch sie erweckten Eindrucks, an die Stelle der F-GmbH getreten zu sein, ebenfalls für die Forderung gegen die F-GmbH haften müsse.

Aufgabe 2

Wird die Klage der D-GmbH Erfolg haben?

Bearbeitungsvermerk

In dem anzufertigenden Gutachten ist auf alle durch den Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen.

Lösungsvorschlag

Aufgabe 1: Anspruch des S gegen die F-GmbH auf Zahlung von 7.920 €	967
I. Rückgewähranspruch nach Ausübung des Widerrufsrechts gem. §§ 357 Abs. 1, 355 Abs. 1, 312g Abs. 1 und 2 Nr. 1, 312b, 312 Abs. 1, 1922 Abs. 1 BGB	967
1. Entstehung eines Widerrufsrecht bei E.....	967
2. Kein Ausschluss gem. § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB.....	968
a) Individualisierung durch das Einkleben der „notariellen Beglaubigung“	968
b) Individualisierung durch die Bestellung des Messingschildes.....	969
3. Übergang des Widerrufsrechts auf S.....	969
4. Erklärung des Widerrufs	970
5. Erklärung innerhalb der Widerrufsfrist	971
6. Ergebnis	971
II. Rückgewähranspruch nach Ausübung des Rücktrittsrechts gem. §§ 433 Abs. 1, 434 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1, 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 3, 346 Abs. 1, 1922 Abs. 1 BGB	972
1. Abschluss eines Kaufvertrages.....	972
2. Mangelhaftigkeit der Kaufsache	972

3. Entbehrlichkeit der Fristsetzung.....	974
4. Ergebnis	974
III. Anspruch aus Leistungskondiktion gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1, 1922 Abs. 1 BGB ...	974
1. Etwas erlangt.....	974
2. Durch Leistung.....	975
3. Ohne rechtlichen Grund	975
a) Anfechtung (§ 142 Abs. 1 BGB)	975
aa) Anfechtungserklärung und -gegner	975
bb) Anfechtungsgrund	975
(1) Arglistige Täuschung (§ 123 Abs. 1 BGB).....	975
(2) Eigenschaftsirrtum (§ 119 Abs. 2 BGB).....	976
cc) Anfechtungsfrist.....	976
b) Verstoß gegen ein Verbotsgesetz (§ 134 BGB i.V.m. § 263 StGB)	977
c) Wucher (§ 138 Abs. 2 BGB).....	977
d) Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB).....	978
4. Ergebnis	978
IV. Anspruch aus Leistungskondiktion gem. §§ 817 S. 1, 1922 Abs. 1 BGB.....	978
V. Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo gem. §§ 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1, 1922 Abs. 1 BGB	979
VI. Schadensersatz gem. §§ 823 Abs. 1, 1922 Abs. 1 BGB	980
VII. Schadensersatz gem. §§ 823 Abs. 2, 1922 Abs. 1 BGB i.V.m. § 263 StGB und §§ 826, 1922 Abs. 1 BGB.....	980
Aufgabe 2: Erfolgsaussichten der Klage der D-GmbH	980
I. Zulässigkeit	980
1. Statthaftigkeit der Klage	980
2. Zuständigkeit des Gerichts.....	981
3. Prozessführungsbefugnis der D-GmbH	981
4. Partei- und Prozessfähigkeit der D-GmbH.....	981
5. Rechtsschutzbedürfnis.....	981
II. Begründetheit.....	982
1. Interventionsrecht der D-GmbH	982
2. Keine Mithaftung für den titulierten Anspruch.....	982
a) Übergangsfähiges Handelsgeschäft	982
b) Erwerb des Handelsgeschäft unter Lebenden	982
c) Fortführung des Unternehmens	983

d) Fortführung der Firma	983
e) Rechtsfolge	983
III. Ergebnis.....	983

Aufgabe 1: Anspruch des S gegen die F-GmbH auf Zahlung von 7.920 €

Hinweis: Obwohl die im Sachverhalt zu Aufgabe 1 aufgeworfenen Probleme einen Schwerpunkt im Widerrufsrecht andeuten, zeigen der offen angelegte „Widerspruch“ des S und seine Erklärung, den Vertrag „unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten loswerden“ zu wollen, den Bearbeitern an, dass sie alle Hebel für S in Bewegung setzen müssen.¹ Den Vorwurf, die F-GmbH habe E über die Qualität und den Wert des Faksimiles betrogen, können die Bearbeiter insbesondere in Ansprüchen aus kaufrechtlichem Gewährleistungsrecht, aus culpa in contrahendo und im Bereicherungsrecht – mit einer Inzidentprüfung mehrerer Nichtigkeitsgründe: Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, Gesetzesverstoß, Wucher und Sittenwidrigkeit – unterbringen. Die meisten Bearbeiter haben neben dem Widerrufsrecht aber nur noch das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht angesprochen.

I. Rückgewähranspruch nach Ausübung des Widerrufsrechts gem. §§ 357 Abs. 1, 355 Abs. 1, 312g Abs. 1 und 2 Nr. 1, 312b, 312 Abs. 1, 1922 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch des S gegen die F-GmbH auf Zahlung von 7.920 € könnte sich zunächst aus einem Rückgewähranspruch aufgrund der Ausübung eines ihm als Erbe des E zustehenden Widerrufsrechts gem. §§ 357 Abs. 1, 355 Abs. 1, 312g Abs. 1 und 2 Nr. 1, 312b, 312 Abs. 1, 1922 Abs. 1 BGB ergeben.

1. Entstehung eines Widerrufsrechts bei E

Zunächst müsste bei E ein Widerrufsrecht entstanden sein (§ 355 Abs. 1 S. 1 BGB). § 312g Abs. 1 BGB räumt dem Verbraucher ein Widerrufsrecht bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und bei Fernabsatzverträgen ein. Der Vertrag zwischen E und der F-GmbH könnte ein außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag gem. § 312g Abs. 1 BGB sein.

Dazu müsste der Vertrag zunächst ein Verbrauchervertrag (§ 312 Abs. 1 BGB), also ein Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (§ 310 Abs. 3 BGB), sein. Unternehmer ist gem. § 14 BGB eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt, ein Verbraucher gem. § 13 BGB jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Die von V vertretene (§ 164 Abs. 1 BGB) F-GmbH ist als juristische Person (§ 13 Abs. 1 GmbHG) bei dem Abschluss des Kaufvertrages mit E in ihrer gewerblichen Tätigkeit, dem Verkauf von Faksimiles historischer Bücher, tätig geworden. E hat den Vertrag zu seinem privaten und nicht zu gewerblichen oder selbständigen beruflichen Zwecken abgeschlossen. Es liegt daher ein Verbrauchervertrag vor.

¹ Dass S sein Begehren auf mehrere Nichtigkeitsgründe und in der Folge auf mehrere Anspruchsgrundlagen gleichzeitig stützen zu können, ergibt sich durch die Lehre von den Doppelwirkungen im Recht (siehe dazu Würdinger, JuS 2011, 769).

Mit dem Vertragsschluss hat sich E zu der Zahlung eines Preises, des Kaufpreises von 7.920 €, verpflichtet (§ 312 Abs. 1 BGB).

Dieser Vertrag müsste außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen worden sein. Hier kommt ein Geschäft gem. § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB in Betracht. Danach muss der Vertrag bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit des Verbrauchers und des Unternehmers an einem Ort geschlossen werden, der kein Geschäftsraum des Unternehmers ist. Vorliegend hat V, der der F-GmbH als in ihrem Namen und in ihrem Auftrag handelnder Vertreter gem. § 312g Abs. 1 S. 2 BGB zugerechnet wird, E in dessen Wohnung aufgesucht und dort ist der Vertrag geschlossen worden.² Ein solches Haustürgeschäft ist ein außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag.

Die Entstehung eines Widerrufsrechts könnte ausgeschlossen sein, wenn sich der Vertrag aus einem anderen Grund, insbesondere infolge des zweifelhaften Zustandekommens des Vertrages, als nichtig erweisen würde. Nach der Lehre von den Doppelwirkungen im Recht kommt es darauf jedoch grundsätzlich nicht an, weil sich die Nichtigkeitsgründe nicht gegenseitig ausschließen.³ Ein Widerrufsrecht kann dem Verbraucher selbst dann zustehen, wenn der widerrufende Vertrag zugleich aufgrund einer beiderseitigen Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist.⁴ Die Möglichkeit, dass der Vertrag aufgrund der Täuschung des E nichtig ist, kann einem Widerrufsrecht daher erst recht nicht entgegenstehen.

Bei E ist daher ein Widerrufsrecht entstanden.

2. Kein Ausschluss gem. § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB

Allerdings könnte das Widerrufsrecht des E gem. § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB ausgeschlossen sein. Danach besteht das Widerrufsrecht, vorbehaltlich einer – hier nicht vorliegenden – Vereinbarung der Parteien, nicht für Verträge zur Lieferung von Waren, die nicht vorgefertigt sind und für deren Herstellung eine individuelle Auswahl oder Bestimmung durch den Verbraucher maßgeblich ist oder die eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse des Verbrauchers zugeschnitten sind.

a) Individualisierung durch das Einkleben der „notariellen Beglaubigung“

Eine solche Individualisierung könnte zunächst die eingeklebte „notarielle Beglaubigung“ darstellen, die das Buch als persönliches Exemplar des E nachweist. Allerdings hat E ausweislich der Bestellurkunde nur die Anbringung eines Messingschildes und nicht die „notarielle Beglaubigung“ bestellt. Die Urkunde hat die F-GmbH eigenmächtig, angeblich aus Gründen der Wertsteigerung, eingeklebt.⁵ Eine solche aufdrängte Individualisierung ohne ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers begründet keinen Ausschlussgrund gem. § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB,⁶ sondern stellt eine nach § 312m Abs. 1 S. 2 BGB unzulässige Umgehung verbraucherschützender Vorschriften dar.⁷

² LG Cottbus BeckRS 2022, 32660 Rn. 21 stellt hilfsweise darauf ab, dass, selbst wenn ein Vertragsschluss erst mit der Lieferung des Faksimiles angenommen würde, jedenfalls die Voraussetzungen von § 312g Abs. 1 Nr. 2 BGB erfüllt wären, weil E das Angebot zum Abschluss des Vertrages in seiner Wohnung abgegeben hat.

³ Vgl. *Würdinger*, JuS 2011, 769 (769 ff.).

⁴ Vgl. BGH NJW 2010, 610 (611 Rn. 12 ff.); kritisch dazu *Würdinger*, JuS 2011, 769 (772 ff.).

⁵ Im Originalfall hat das Gericht die Beklagte für den Einwand, die notarielle Beglaubigung sei vom Kunden gewünscht gewesen, als beweisfällig angesehen, weil die Bestellurkunde diese Individualisierung nicht hergab (vgl. LG Cottbus BeckRS 2022, 32660 Rn. 23).

⁶ LG Cottbus BeckRS 2022, 32660 Rn. 23.

⁷ *Martens*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 312g Rn. 22.

b) Individualisierung durch die Bestellung des Messingschildes

Eine Individualisierung könnte aber dadurch eingetreten sein, dass E die Anbringung des Messingschildes mit seinem Namen bestellt hat.

Dagegen könnte zunächst sprechen, dass das Buch ohne das Messingschild geliefert worden ist. Allerdings ist der Zeitpunkt der Individualisierung für diesen Ausschlussgrund irrelevant.⁸ Grundsätzlich hätte die F-GmbH das Recht, die Individualisierung des Buches durch die Anbringung des Messingschildes mit dem Namen des E auch jetzt noch nachzuholen. Allerdings könnte es der F-GmbH nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt sein, sich auf den Ausschlussgrund des § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB zu berufen. In Betracht kommt hier ein Verstoß gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens durch ein treuwidriges Verhalten.⁹

Treuwidrig erscheint zunächst, dass die Belehrung der F-GmbH irreführend davon spricht, dass das Widerrufsrecht aufgrund der Individualisierung („Name und Editionsnummer auf Messingschild“) „nach Lieferung“ ausgeschlossen sein soll, also implizit voraussetzt, dass ein Widerruf vor der Lieferung des individualisierten Faksimiles noch möglich ist.¹⁰ An dem erweckten – aber eben rechtlich unzutreffenden – Eindruck, dass ein Widerruf derzeit noch möglich wäre, weil die bestellte Individualisierung noch nicht vorgenommen worden ist, muss sie sich daher festhalten lassen.¹¹

Die F-GmbH kann sich andererseits auch deshalb nicht auf den Ausschlussgrund der Individualisierung berufen, weil sich das mit Schrauben befestigte Messingschild ohne Substanzverlust entfernen und durch ein anderes ersetzen ließe.¹² Der Ausschlussgrund des § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB trifft auf Waren zu, die wegen der Berücksichtigung der Wünsche des Verbrauchers anderweitig nicht oder nur mit einem unzumutbaren Preisnachlass abgesetzt werden können.¹³ Die Kosten des Messingschildes von 20 € liegen hier nur bei gut 0,25 Prozent des Kaufpreises, das zurückgegebene Buch kann die F-GmbH ohne Weiteres für einen anderen Käufer nutzen und mit einem neuen Messingschild versehen.¹⁴ Es liegt, wie S vorbringt, nahe, dass das Messingschild lediglich angebracht wird, um eine Ausschaltung des Widerrufsrechts suggerieren zu können.

Auch die Bestellung des Messingschildes begründet daher keinen Ausschlussgrund des Widerrufsrechts gem. § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB.

3. Übergang des Widerrufsrechts auf S

Das bei E entstandene Widerrufsrecht müsste auf S übergegangen sein. Hier könnte S als Erbe des E dessen Gesamtrechtsnachfolger geworden sein (§ 1922 Abs. 1 BGB). Damit wären das Widerrufsrecht und die anderen Gestaltungsrechte, die sich aus dem von E geschlossenen Vertrag mit der F-GmbH ergeben, auf ihn übergegangen.¹⁵

Nach der gesetzlichen Erbfolge ist S als einziger Sohn des E ein gesetzlicher Erbe der ersten Ordnung (§ 1923 Abs. 1 BGB). Verwandte einer späteren Ordnung sind dadurch von der Erbfolge ausge-

⁸ Vgl. LG Cottbus BeckRS 2022, 32660 Rn. 25 f. unter Verweis auf EuGH NJW 2020, 3707 (3708 Rn. 24).

⁹ *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 242 Rn. 55.

¹⁰ LG Cottbus BeckRS 2022, 32660 Rn. 27. Die Kenntnis der Rechtsprechung, dass es auf den Zeitpunkt der Individualisierung nicht ankommt, wurde von den Bearbeitern nicht erwartet und daher auch nicht, dass sie die daraus folgende Fehlerhaftigkeit der Widerrufsbelehrung erkennen. Der Sachverhalt deutet bei der Individualisierung durch das Messingschild nur das andere Problem an.

¹¹ LG Cottbus BeckRS 2022, 32660 Rn. 27.

¹² Vgl. LG Cottbus BeckRS 2022, 32660 Rn. 29.

¹³ *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 312g Rn. 4.

¹⁴ LG Cottbus BeckRS 2022, 32660 Rn. 30 f.

¹⁵ Vgl. *Müller-Christmann*, in: *BeckOK BGB*, Stand: 1.8.2024, § 1922 Rn. 51.

geschlossen (§ 1930 BGB). Daneben besteht durch den Tod der Frau des E kein gesetzliches Erbrecht des Ehegatten mehr (§ 1931 BGB).

Allerdings könnte E den S durch eine gewillkürte Erbfolge von seiner Erbschaft ausgeschlossen haben, wenn er S im Testament vom 29.11.2023 enterbt und stattdessen seine beiden Nichten X und Y als Erbinen eingesetzt hätte. Voraussetzung dafür ist, dass die letztwillige Verfügung wirksam, insbesondere nicht formnichtig (§§ 125 S. 1, 2247 BGB), ist.

Das Testament ist eigenhändig verfasst (§ 2247 Abs. 1 BGB) und bezeichnet Ort und Datum der Niederschrift (§ 2247 Abs. 2 BGB). Auch das ungewöhnliche Schreibmaterial – eine herausgerissene Notizbuchseite – steht der Annahme eines Testierwillens nicht entgegen.¹⁶ Für ein wirksames Testament fehlt es allerdings an der gem. § 2247 Abs. 1 und Abs. 3 S. 1 BGB erforderlichen Unterschrift mit Vor- und Familiennamen. E hat zwar in der Überschrift „Testament von E“ seinen Namen angegeben und den Text in der Ich-Form formuliert. Eine solche Oberschrift erfüllt aber die mit der Unterschrift bezweckte Identifikations-, Fortsetzungs- und Abschlussfunktion nicht.¹⁷ Das Testament ist daher formnichtig (§§ 125 S. 1, 2247 BGB).

E hat S daher mit seinem Testament nicht wirksam enterbt und X und Y nicht wirksam als Erben eingesetzt. Daher bleibt es bei der gesetzlichen Erbfolge. S ist somit Alleinerbe des E geworden. Auch dessen Widerrufsrecht ist daher auf ihn übergegangen.

Hinweis: Der erbrechtliche Schlenker des Falles wurde von den meisten Bearbeitern gleich zu Beginn der Anspruchsprüfung angesprochen. Viele haben an dieser Stelle einen völlig falschen Schwerpunkt gesetzt. Anstatt auf das im Sachverhalt angedeutete Problem der Formwirksamkeit des Testaments zu springen, wurden oft alle möglichen Voraussetzungen einer wirksamen Testamentserrichtung aufgeworfen, einmal wurde ein Drittel der gesamten Arbeit auf diese Prüfung verwendet. Die an dieser Stelle verlorene Zeit fehlte diesen Bearbeitern für eine vollständige Bearbeitung der in Aufgabe 1 in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen.

4. Erklärung des Widerrufs

S müsste den Widerruf mit der E-Mail an die F-GmbH wirksam erklärt haben (§ 355 Abs. 1 S. 2 BGB). Zwar hat er dabei den Begriff „Widerspruch“ verwendet. Es reicht jedoch aus, dass aus der Erklärung der Entschluss des Verbrauchers zum Widerruf des Vertrages eindeutig hervorgeht (§ 355 Abs. 1 S. 3 BGB). Die Bezeichnung als „Widerruf“ ist daher nicht nötig.¹⁸ Aus der für die Ausübung des Widerrufsrechts nicht zwingenden (§ 355 Abs. 1 S. 4 BGB) Begründung, den Vertrag unter allen rechtlichen Gesichtspunkten loswerden zu wollen, geht zudem hervor, dass S *jeden* in Betracht kommenden Grund in Anspruch nehmen will, um den Vertrag loszuwerden.¹⁹ S hat den Widerruf daher wirksam erklärt.²⁰

¹⁶ Zu entsprechenden Beispielen siehe *Schichterling*, in: MüKo-BGB, Bd. 11, 9. Aufl. 2022, § 2247 Rn. 18 m.w.N.

¹⁷ *Lipp*, Examens-Repetitorium Erbrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 230 unter Bezugnahme auf BGHZ 113, 48.

¹⁸ Vgl. BGH NJW 2019, 2842 (2843 Rn. 27).

¹⁹ Vgl. BGH NJW 1993, 128 (der die Widerrufserklärung der Ausübung des Rücktrittsrechts entnimmt); BGH NJW 2007, 2110 (2111 Rn. 28, der die Widerrufserklärung einer Anfechtungserklärung entnimmt).

²⁰ Eine Zurückweisung dieser Erklärung gem. § 174 S. 1 BGB kommt hier nicht in Betracht, weil S nicht als Bevollmächtigter, also in gewillkürter Stellvertretung, sondern als Gesamtrechtsnachfolger seines Vaters auftritt. Er handelt also nicht für einen anderen, sondern für sich selbst.

5. Erklärung innerhalb der Widerrufsfrist

S müsste den Widerruf auch innerhalb der Widerrufsfrist erklärt haben (§ 355 Abs. 1 S. 1 BGB). Die zweiwöchige Widerrufsfrist (§ 355 Abs. 2 S. 1 BGB) beginnt grundsätzlich mit dem Vertragsschluss (§ 355 Abs. 2 S. 2 BGB) und wäre hier, da der Vertrag schon am 23.9.2023 abgeschlossen worden ist, abgelaufen.

Allerdings setzt der Beginn der Widerrufsfrist die ordnungsgemäße Unterrichtung des Verbrauchers über sein Widerrufsrecht voraus (§ 356 Abs. 3 S. 1 BGB). Nach Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EGBGB muss der Unternehmer den Verbraucher über die Bedingungen, die Fristen und das Verfahren für die Ausübung des Widerrufsrechts sowie das Muster-Widerrufsformular informieren. Hier hat die F-GmbH den Eindruck erweckt, dass das Widerrufsrecht jedenfalls nach der Lieferung nicht mehr bestehe.²¹ Dadurch kann der Verbraucher gar nicht erkennen, dass ihm tatsächlich doch ein Widerrufsrecht zusteht. Zudem hat sie entgegen Art. 246a § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EGBGB ihre Kontaktdaten nicht auf dem Widerrufsformular oder in den anderen Unterlagen angegeben.²² E ist daher nicht ordnungsgemäß unterrichtet worden. In diesem Fall läuft nur die – hier noch nicht überschrittene – Ausschlussfrist von einem Jahr und zwei Wochen nach der Lieferung des Buches (§ 356 Abs. 3 S. 2, Abs. 2 Nr. 1 lit. a BGB). S hat den Widerruf daher fristgerecht erklärt.²³

Hinweis: Das Vorliegen einer Widerrufserklärung durch einen „Widerspruch“ und die Einhaltung der Widerrufsfrist wurden von einigen Bearbeitern unnötig breit ausgeführt. Wenn hier kein Schwerpunkt der Klausur liegt, weist das künstliche Auswälzen dieser Prüfungspunkte auf Unsicherheit hin, mit Punkten belohnt wird es nicht. Vielmehr gilt es, das Problem zu bezeichnen und pragmatisch aufzulösen.

6. Ergebnis

S hat gegen die F-GmbH einen Anspruch auf Zahlung von 7.920 € aus dem Rückgewähranspruch aufgrund der Ausübung seines ihm als Erbe des E zustehenden Widerrufsrechts gem. §§ 357 Abs. 1, 355 Abs. 1, 312g Abs. 1 und 2 Nr. 1, 312b, 312 Abs. 1, 1922 Abs. 1 BGB.²⁴ Den Anspruch kann er wegen des gem. § 357 Abs. 4 S. 1 BGB bestehenden Zurückbehaltungsrechts der F-GmbH nur Zug um Zug gegen die von ihm angebotene Rückgabe des Faksimiles verlangen (§§ 273 f. BGB).²⁵

²¹ LG Cottbus BeckRS 2022, 32660 Rn. 36.

²² Vgl. LG Cottbus BeckRS 2022, 32660 Rn. 37.

²³ Die meisten Gerichte, die mit der Rückabwicklung von Verträgen mit der Faksimilemasche befasst waren, sprechen das Widerrufsrecht des Käufers überhaupt nicht an, weil dort schon die Ausschlussfrist überschritten ist (mit dieser Begründung gegen ein Widerrufsrecht ausdrücklich LG Bielefeld BeckRS 2021, 63120 Rn. 18).

²⁴ Für den Anspruch soll der besondere örtliche Gerichtsstand für Haustürgeschäfte gem. § 29c ZPO nicht gelten, weil dieser nur dem Verbraucher und nicht dessen Rechtsnachfolger zustehe (vgl. *Toussaint*, in: BeckOK ZPO, Stand: 1.7.2024, § 29c Rn. 9).

²⁵ Typischerweise wird dafür gerichtlich schon eine Verurteilung Zug um Zug beantragt (zur Bestimmtheit des Klageantrags bezüglich der Konkretisierung des zurückzugebenden Buches vgl. LG Cottbus BeckRS 2022, 32660 Rn. 1). Zudem kann der Kläger mit einer Feststellungsklage (§ 256 Abs. 1 ZPO) feststellen lassen, dass sich die Beklagte im Verzug der Annahme des Buches befindet. Das Feststellungsinteresse ergibt sich dabei aus §§ 756 Abs. 1, 765 Nr. 1 ZPO, weil die Feststellung des Annahmeverzuges im gerichtlichen Urteil als öffentliche Urkunde die spätere Vollstreckung des nur Zug um Zug gewährten Zahlungsanspruchs erleichtert.

II. Rückgewähranspruch nach Ausübung des Rücktrittsrechts gem. §§ 433 Abs. 1, 434 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1, 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 3, 346 Abs. 1, 1922 Abs. 1 BGB

S könnte gegen die F-GmbH zudem einen Rückgewähranspruch auf Zahlung von 7.920 € aus kaufrechtlichem Gewährleistungsrecht gem. §§ 433 Abs. 1, 434 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1, 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 3, 346 Abs. 1, 1922 Abs. 1 BGB haben, wenn er von dem Vertrag zurückgetreten ist.

1. Abschluss eines Kaufvertrages

E und die von V vertretene F-GmbH haben mit ihrer Vereinbarung über die Übereignung und Lieferung des Faksimiles gegen eine Kaufpreiszahlung von 7.920 € einen Kaufvertrag (§ 433 BGB) geschlossen.²⁶ S ist als Erbe des E in dessen Vertragsposition eingetreten (siehe oben).

2. Mangelhaftigkeit der Kaufsache

Das gelieferte Buch könnte mangelhaft sein (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB). Ein hier in Betracht kommender Sachmangel liegt vor, wenn die Sache bei Gefahrübergang nicht den subjektiven oder objektiven Anforderungen entsprach (§ 434 Abs. 1 BGB).

Zu den subjektiven Anforderungen gehört zunächst die vereinbarte Beschaffenheit (§ 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB). Zur Beschaffenheit gehören Art, Menge, Qualität, Funktionalität, Kompatibilität, Interoperabilität und sonstige Merkmale der Sache, für die die Parteien Anforderungen vereinbart haben (§ 434 Abs. 2 S. 2 BGB). Hier kommt vornehmlich eine Vereinbarung über die Qualität des Faksimiles in Betracht.

Dabei könnte schon die Differenz zwischen dem vereinbarten Wert von 7.920 € und dem tatsächlichen Wert von 400 € einen Sachmangel begründen. Das würde voraussetzen, dass der Kaufpreis die Beschaffenheit der Sache beeinflussen, in diesem Fall ein hoher Preis eine hohe Qualität indizieren kann. Der frei verhandelbare Preis der Kaufsache lässt grundsätzlich aber keinen rechtlich belastbaren Rückschluss auf ihre Qualität zu.²⁷

Allerdings hat V, indem er E bei ihrem Verkaufsgespräch die Broschüre der F-GmbH übergeben hat, den Eindruck erweckt, dass die von ihr vertriebenen Faksimiles durch eine spezialisierte Manufaktur unter Einsatz von altem Handwerkszeug und Techniken hergestellt werden, um eine möglichst originalgetreue Nachbildung der historischen Werke zu erreichen und ein echtes „Kunstwerk“ zu schaffen. Die Herkunft und Herstellungsweise des Faksimiles, das sich durch seine möglichst authentische Nachbildung des historischen Buches auszeichnet, sind entscheidend für seine Qualität. Sie waren auch für E von Bedeutung, der gegenüber S erwähnt hat, mit der Anschaffung des Buches der Nachwelt nun etwas von Wert hinterlassen zu können.

Die in der Broschüre beschriebene Beschaffenheit müssten E und die F-GmbH auch vereinbart haben. Eine Vereinbarung über diese Beschaffenheit setzt voraus, dass der Verkäufer in eindeutiger Weise Gewähr für die Eigenschaft übernommen und damit zu erkennen gegeben hat, dass er für die Folgen ihres Fehlens einstehen will.²⁸ Sie bedarf dazu keiner ausdrücklichen Erklärung der Parteien, sondern kann sich auch aus den Umständen des Vertragsschlusses wie etwa dem Kontext der dabei

²⁶ Auch hier kommt es nicht darauf an, ob dieser Vertrag aus anderen Gründen nichtig ist. E oder nunmehr S könnte auch dann noch von dem Vertrag zurücktreten, um eine gegenüber dem Bereicherungsrecht vorteilhaftere Rechtsposition zu erhalten.

²⁷ Faust, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 434 Rn. 34.

²⁸ Weidenkaff, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 434 Rn. 12.

geführten Gespräche oder den bei dieser Gelegenheit abgegebenen Beschreibungen ergeben.²⁹ Hier ist die Qualität des Faksimiles in der Broschüre angepriesen worden, die E während des Verkaufsgesprächs übergeben worden ist. Der Eindruck, den die Beschreibung der Faksimiles auf E gemacht hat, hat sich in dem unmittelbar darauf erfolgten Vertragsabschluss niedergeschlagen.³⁰ Gegen den Einwand, dass die exklusive Beschreibung in der Broschüre auch als marktschreierische Anpreisung des tatsächlich gelieferten Buches verstanden werden könnte,³¹ spricht, dass sich die Herstellungsweise des Faksimiles unmittelbar auf seine Qualität und so auf seinen Preis niederschlägt. Der Käufer geht vielmehr davon aus, dass der tatsächliche Herstellungsprozess beschrieben wird, weil nur die anspruchsvolle Herstellungsweise des Faksimiles den hohen Preis rechtfertigen würde, den die F-GmbH aufruft.³² Damit haben E und die F-GmbH die Herstellungsweise, die in der Broschüre dargestellt ist, als Beschaffenheit vereinbart.

Die Behauptung der Broschüre, die Faksimiles würden in einem aufwendigen Verfahren durch eine spezialisierte Manufaktur unter Einsatz von altem Handwerkszeug und Techniken hergestellt, um eine möglichst originalgetreue Nachbildung der historischen Werke zu erreichen und ein echtes „Kunstwerk“ herzustellen, lässt darauf schließen, dass die F-GmbH den „maximal möglichen Perfektionsgrad“ anstrebt, indem die von ihr vertriebenen Faksimiles „ein Zeichen der Fertigungskünste ihrer Zeit darstellen“.³³ Der Käufer wird erwarten, dass ein wesentlicher Teil des Buches – Inhalt, Schrift und Zeichnungen – mit historischem Handwerkszeug dem Original nachgebildet ist.³⁴ Tatsächlich handelt es sich aber um eine im Libanon in einem industriellen Massendruckverfahren hergestellte Billigware. Diese Herstellungsweise ist nicht geeignet, die Erwartung des Käufers zu erfüllen.³⁵ Das Buch entspricht daher nicht den subjektiven Anforderungen der Parteien.

Hinweis: Die Beschaffenheitsvereinbarung ist mit dem hier gewählten Prüfungsaufbau die erste Gelegenheit, sich mit dem täuschungsbedingten Zustandekommen des Vertrages auseinanderzusetzen. Die hier im kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht aufgeworfene Argumentation, dass die F-GmbH den E über die Qualität des Faksimiles getäuscht hat, entspricht daher der der nordrhein-westfälischen Zivilgerichte insbesondere für § 123 BGB. In den zitierten Entscheidungen gelangen die Gerichte bei der Frage, ob der Käufer über Qualität und Wert des Faksimiles getäuscht wurde, mehrfach zu anderen Ergebnissen, insbesondere weil der tatsächliche Wert des Faksimiles dort – prozessual unzulässig – ins Blaue hinein behauptet wurde³⁶ oder sich ein schriftsätzlicher Vortrag zur Motivation des

²⁹ BGH NJW 2016, 1815 (1815 Rn. 9).

³⁰ Damit unterscheidet sich der Fall von den beim Immobilienkauf relevanten Fällen, in denen die Einbeziehung eines Exposés die Formbedürftigkeit des späteren Kaufvertrages (§ 311b Abs. 1 BGB) konterkarieren könnte (siehe zum Meinungsstand BGH NJW 2016, 1815 [1815 ff. Rn. 10 ff.]).

³¹ LG Bielefeld openJur 2023, 7121 Rn. 68 ff. argumentiert zurecht gegen die widersprüchliche Behauptung, die Realisierung des hochwertigen Ergebnisses sei nur durch moderne Herstellungstechniken möglich.

³² LG Bielefeld BeckRS 2022, 41511 Rn. 33; LG Bielefeld openJur 2023, 7121 Rn. 74 (jeweils zu § 123 BGB).

³³ LG Bielefeld BeckRS 2022, 41511 Rn. 27.

³⁴ LG Bielefeld BeckRS 2022, 41511 Rn. 28.

³⁵ LG Bielefeld BeckRS 2022, 41511 Rn. 32.

³⁶ Vgl. OLG Hamm openJur 2023, 7262 Rn. 15 ff.; LG Essen BeckRS 2019, 47678 Rn. 46; LG Bielefeld BeckRS 2021, 63120 Rn. 30 ff. Das prozessuale Argument des OLG Hamm, der Käufer habe das Buch originalverpackt in sein Regal gestellt und könne daher gar nicht wissen, was für eine Ware er überhaupt erhalten hat (Rn. 18), greift das LG Bielefeld BeckRS 2022, 41511 Rn. 35 (dort zu § 123 Abs. 1 BGB) fälschlich als Rechtsargument auf, wenn es darauf abstellt, dass der Erhalt in der Originalverpackung auf dem Sammlermarkt zur Werthaltigkeit der gekauften Ware beiträgt.

Käufers in der persönlichen Vernehmung nicht bestätigt hat.³⁷

3. Entbehrlichkeit der Fristsetzung

Bei einem Sachmangel steht E gem. §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB auch ein Rücktrittsrecht zu. Grundsätzlich bedarf es dafür einer Fristsetzung zur Nacherfüllung (§ 323 Abs. 1 BGB). S hat der F-GmbH keine Frist gesetzt, weil er an einer Nacherfüllung nicht interessiert ist. Die Fristsetzung kann aber gem. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB entbehrlich sein, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, weil damit die für die Nacherfüllung erforderliche Vertrauensgrundlage entfällt.³⁸ Dafür spricht hier, dass die F-GmbH ihren Vertretern bewusst eine Broschüre mit unzutreffenden Informationen mitgegeben hat, um im Verkaufsgespräch zu einem schnellen Vertragsabschluss zu gelangen. Die Fristsetzung war daher entbehrlich.³⁹

4. Ergebnis

S steht gegen die F-GmbH ein Anspruch auf Zahlung von 7.920 € auch nach einem Rücktritt aus kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht gem. §§ 433 Abs. 1, 434 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1, 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 3, 346 Abs. 1, 1922 Abs. 1 BGB Zug um Zug gegen Rückgabe des Faksimiles (§ 348 BGB) zu.⁴⁰

III. Anspruch aus Leistungskondiktion gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1, 1922 Abs. 1 BGB

S könnte gegen die F-GmbH auch einen Anspruch auf Zahlung von 7.920 € aus Leistungskondiktion gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1, 1922 Abs. 1 BGB haben.⁴¹

1. Etwas erlangt

Die F-GmbH hat durch die Überweisung der 7.920 € durch E auf ihr Konto eine Gutschrift auf seinem Konto, also ein abstraktes Schuldanerkenntnis ihrer Bank (§§ 780 f. BGB),⁴² erlangt.

³⁷ Vgl. LG Bielefeld BeckRS 2021, 63120 Rn. 21 ff.; LG Essen BeckRS 2019, 47678 Rn. 29 ff.

³⁸ Vgl. Arnold, JuS 2013, 865 (870 f.); Schmidt, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 323 Rn. 37 m.w.N.; kritisch dazu Gutzeit, NJW 2008, 1359.

³⁹ Die Bearbeiter können auch überlegen, ob eine Nacherfüllung nicht sogar unmöglich ist (§ 275 Abs. 1 BGB). Die mangelnde Qualität lässt sich durch eine Nachbesserung herstellen, eine Nachlieferung setzt voraus, dass die angepriesenen Faksimiles so überhaupt hergestellt werden können und vertrieben werden. In diesem Fall ergibt sich das Rücktrittsrecht aus §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB.

⁴⁰ In den Entscheidungen zur Faksimilemasche wird Rücktrittsrecht des Käufers, soweit ersichtlich, überhaupt nicht geprüft – mutmaßlich deshalb, weil der Rücktritt dort aufgrund der zeitlichen Distanz zu den Vertragsschlüssen gem. §§ 218 Abs. 1 S. 1, 438 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 BGB unwirksam ist. Zwar ist die regelmäßige Verjährungsfrist des § 438 Abs. 3 S. 1 BGB einschlägig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Wenn der Käufer dies nachweisen kann, wird der Fall in den Entscheidungen aber unmittelbar bereicherungsrechtlich gelöst.

⁴¹ Vertretbar ist es, den Anspruch in Bezug auf die Anfechtung des Vertrages auch aus § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 1 BGB herzuleiten und in einem Satz die Frage aufzuwerfen, ob hierfür ebenfalls die Rückwirkung der Anfechtung (§ 142 Abs. 1 BGB) anzuwenden ist (siehe zum Streit nur Sprau, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 812 Rn. 26).

⁴² Schwab, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 8. Aufl. 2020, § 812 Rn. 11.

2. Durch Leistung

Die von E veranlasste Gutschrift auf dem Konto der F-GmbH stellte eine Leistung, also eine bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens,⁴³ dar.

3. Ohne rechtlichen Grund

Die F-GmbH müsste die 7.920 € ohne rechtlichen Grund erlangt haben. Hier kommt als Rechtsgrund der Anspruch der F-GmbH gegen E auf Zahlung des Kaufpreises für das Faksimile in Betracht, der sich nunmehr gegen S als dessen Erben richtet (§§ 1922 Abs. 1, 1967 Abs. 1 BGB). Durch den Widerruf des Haustürgeschäfts und den Rücktritt vom Kaufvertrag entfällt der Rechtsgrund nicht, sondern das Schuldverhältnis wird in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt.⁴⁴ Der Kaufvertrag zwischen E und der F-GmbH könnte aber nichtig sein, wenn er wirksam angefochten wurde (a)), gegen ein Verbotsgesetz verstößt (b)), ein Wuchergeschäft (c) oder sittenwidrig (d)) ist.⁴⁵

a) Anfechtung (§ 142 Abs. 1 BGB)

Die Nichtigkeit der auf Abschluss des Kaufvertrages gerichteten Willenserklärung des E aufgrund einer Anfechtung (§ 142 Abs. 1 BGB) setzt eine Anfechtungserklärung gegenüber dem richtigen Anfechtungsgegner (aa)), einen Anfechtungsgrund (bb)) und die Einhaltung einer Anfechtungsfrist (cc)) voraus.

aa) Anfechtungserklärung und -gegner

Der als Erbe in die Vertragsposition des E eingetretene S hat die Anfechtung durch seinen „Widerspruch“ und die Bezugnahme auf alle rechtlichen Gesichtspunkten (siehe oben) gegenüber der F-GmbH als der anderen Vertragspartei (§ 143 Abs. 2 BGB) erklärt (§ 143 Abs. 1 BGB).

bb) Anfechtungsgrund

S müsste zudem einen Anfechtungsgrund vorweisen können.

(1) Arglistige Täuschung (§ 123 Abs. 1 BGB)

E könnte durch eine arglistige Täuschung zur Abgabe seiner auf den Vertragsabschluss gerichteten Willenserklärung bestimmt worden sein (§ 123 Abs. 1 BGB). Dafür ist die vorsätzliche Verursachung falscher Vorstellung über Tatsachen beim Erklärenden erforderlich, die diesen zur Abgabe einer Erklärung veranlassen, die er nicht abgegeben hätte, wenn er die wahren Tatsachen gekannt hätte.⁴⁶

Die Täuschung ergibt sich durch die unzutreffenden Tatsachenangaben zum Herstellungsprozess des Faksimiles in der Broschüre der F-GmbH. Ohne die Vorlage der Broschüre hätte E, der das Faksimile wegen seiner Wertigkeit erwerben wollte, den Kaufvertrag nicht abgeschlossen (siehe oben).

Die Täuschung müsste auch arglistig, also vorsätzlich, erfolgt sein. Für den Schluss auf den subjektiven Tatbestand reicht in der Regel die objektiv unrichtige Angabe falscher Tatsachen aus.⁴⁷

⁴³ Schwab, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 8. Aufl. 2020, § 812 Rn. 47.

⁴⁴ Vgl. Regenfus, Jura 2023, 781.

⁴⁵ Eine Nichtigkeit der auf den Abschluss des Kaufvertrages gerichteten Willenserklärung gem. §§ 105 Abs. 1, 104 Nr. 2 BGB gibt der Sachverhalt mit dem Hinweis auf das Alter und die Betagtheit des E noch nicht her.

⁴⁶ Gottwald/Würdinger, Examens-Repetitorium BGB – Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2016, Rn. 160.

⁴⁷ Vgl. Wendtland, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 123 Rn. 17 m.w.N. auf die Rspr.

Daher genügen die unzutreffende Beschreibung des Herstellungsprozesses und die damit verbundene Qualität des Faksimiles für die Annahme einer Arglist.⁴⁸

Die Anfechtbarkeit der Willenserklärung des E zum Abschluss des Kaufvertrages könnte aber gem. § 123 Abs. 2 S. 1 BGB eingeschränkt sein, wenn V für die von ihm vertretene F-GmbH nur ein Dritter gewesen wäre. Danach ist für den Fall, dass ein Dritter die Täuschung verübt hat, eine Erklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben war, nur dann anfechtbar, wenn dieser die Täuschung kannte oder kennen musste. Dritter ist dabei nur jemand, der unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt dem Kreis des Erklärungsempfängers zuzurechnen ist.⁴⁹ V ist aber als Vertreter in den Vertrieb des Faksimiles eingebunden. Er steht als Verhandlungsgehilfe und Stellvertreter für den Vertragsabschluss im Lager der F-GmbH, ist im Verhältnis zu ihr also kein Dritter.⁵⁰ Außerdem stammt die Information über die Herstellungsweise des Faksimiles aus einer Broschüre der F-GmbH. Stellt sie diese ihren Vertretern zur Verfügung, weiß sie oder muss sie wissen, dass die Vertreter den Kunden durch ihre Vorlage über die Eigenschaften der Faksimiles täuschen. Der Anfechtungsgrund gem. § 123 Abs. 1 BGB wird daher nicht durch § 123 Abs. 2 BGB eingeschränkt.

(2) Eigenschaftsirrtum (§ 119 Abs. 2 BGB)

E könnte zudem einem Eigenschaftsirrtum gem. § 119 Abs. 2 BGB unterlegen sein. Danach müsste er über solche Eigenschaften der Person oder der Sache geirrt haben, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden. Darunter fallen nicht nur die auf der natürlichen Beschaffenheit beruhenden Merkmale einer Person oder Sache, sondern auch ein tatsächliches oder rechtliches Verhalten und Beziehungen zur Umwelt, soweit sie nach der Verkehrsanschauung für die Wertschätzung oder Verwendbarkeit von Bedeutung sind.⁵¹ Der Wert oder Preis bilden dabei noch keine verkehrswesentlichen Eigenschaften, weil es sich bei einem entsprechenden Irrtum um ein typisches Risiko des Abnehmers handelt.⁵² Als verkehrswesentliche Eigenschaft kommt aber die wertbildende Herstellungsweise des Faksimiles infrage.⁵³ Ist E davon ausgegangen, ein werthaltiges Buch zu erwerben, könnte er implizit die angepriesene Herstellungsweise des Faksimiles zum Gegenstand seiner Willensbildung gemacht haben.

Der Anfechtungsgrund gem. § 119 Abs. 2 BGB ist hier jedoch ausgeschlossen, weil oben ein Anspruch aufgrund kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts bejaht worden ist. Ansonsten würden dessen besondere Voraussetzungen, insbesondere die Absicherung des Vorrangs der Nacherfüllung sowie die kürzere Verjährungsfrist (§ 438 BGB statt §§ 195, 199 Abs. 1 BGB), unterlaufen (a.A. vertretbar).⁵⁴

cc) Anfechtungsfrist

Die Anfechtungsfrist für den Anfechtungsgrund der arglistigen Täuschung, die ein Jahr (§ 124 Abs. 1 BGB) ab Kenntnis des Anfechtungsberechtigten von der Täuschung (§ 124 Abs. 2 BGB) oder jedenfalls, mit der Ausschlussfrist des § 124 Abs. 3 BGB, zehn Jahre nach Abgabe der Willenserklärung

⁴⁸ Vgl. LG Bielefeld BeckRS 2022, 41511 Rn. 36 f.; LG Bielefeld openJur 2023, 7121 Rn. 58 ff.

⁴⁹ Ellenberger, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 123 Rn. 13.

⁵⁰ Vgl. Ellenberger, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 123 Rn. 13.

⁵¹ Ellenberger, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 119 Rn. 24.

⁵² Vgl. Armbrüster, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 119 Rn. 143.

⁵³ Vgl. LG Bielefeld BeckRS 2021, 63120 Rn. 27.

⁵⁴ Zu dem Meinungsstand siehe Huber/Bach, Examens-Repetitorium, Besonderes Schuldrecht 1, 8. Aufl. 2022, Rn. 338 ff.

endet,⁵⁵ hat S durch die schnelle E-Mail gegenüber der F-GmbH gewahrt.⁵⁶

b) Verstoß gegen ein Verbotsgesetz (§ 134 BGB i.V.m. § 263 StGB)

Der Abschluss des Kaufvertrags könnte zudem gegen ein Verbotsgesetz verstoßen haben (§ 134 BGB), nämlich den Straftatbestand des Betruges (§ 263 StGB). Vorliegend haben V oder jedenfalls eine hinter der F-GmbH stehende Person den objektiven und den subjektiven Tatbestand des Betruges gem. § 263 Abs. 1 BGB erfüllt.⁵⁷

Der Betrug müsste allerdings auch ein Verbotsgesetz des § 134 BGB sein. Das ist bei den Straftatbeständen des StGB zwar grundsätzlich der Fall.⁵⁸ Es ist aber nicht nur umstritten, ob die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB einen *beiderseitigen* Verstoß gegen das Verbotsgesetz verlangt.⁵⁹ Konkret für den Fall des § 263 BGB steht der zwingenden Rechtsfolge des § 134 BGB auch die Regelung des § 123 BGB entgegen, die dem Getäuschten für den – mit den Tatbestandsvoraussetzungen des Betruges im Wesentlichen deckungsgleichen – Fall einer arglistigen Täuschung nur ein Anfechtungsrecht einräumt, ihm also die Disposition über die Wirksamkeit des Vertrages belässt.⁶⁰ Der Kaufvertrag ist daher nicht gem. § 134 BGB i.V.m. § 263 StGB nichtig.

c) Wucher (§ 138 Abs. 2 BGB)

Der Kaufvertrag könnte zudem als Wuchergeschäft gem. § 138 Abs. 2 BGB nichtig sein. Danach ist ein Rechtsgeschäft nichtig, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.

Zunächst müsste zwischen der Leistung der F-GmbH, die Übergabe und Übereignung des Faksimiles, und den dafür versprochenen Vermögensvorteil, dem Kaufpreis von 7.920 €, ein auffälliges Missverhältnis bestehen. Dafür ist in der Regel erforderlich, dass die vom Schuldner zu erbringende Leistung 100 Prozent oder mehr über dem Marktpreis liegt.⁶¹ Hier liegt der Kaufpreis fast 2.000 Prozent über dem von dem befreundeten Sachverständigen geschätzten Marktpreis.

Außerdem müsste E einen der genannten Schwächezustände aufgewiesen haben. Es erscheint fraglich, ob allein Alter und Betagtheit des E eine Unerfahrenheit, mangelndes Urteilsvermögen oder eine erhebliche Willensschwäche indizieren oder die bei einem Haustürgeschäft typische – und zur Normierung eines Widerrufsrechts führende – Überrumpelungssituation⁶² eine Zwangslage darstellt.

⁵⁵ Die Darlegungs- und Beweislast für das Erlöschen des Anfechtungsrechts liegt bei der F-GmbH als Anfechtungsgegnerin (vgl. LG Bielefeld BeckRS 2022, 41511 Rn. 41).

⁵⁶ Für den Eigenschaftsirrturn gem. § 119 Abs. 2 BGB ergeben sich die Fristen aus § 121 Abs. 1 S. 1 BGB (unverzüglich ab Kenntniserlangung) und § 121 Abs. 2 BGB (Ausschlussfrist von zehn Jahren nach Abgabe der Willenserklärung).

⁵⁷ Die Täuschung des im Lager der F-GmbH stehenden V (siehe oben) hat bei E zu einem Irrtum über den Wert des ihm angebotenen Faksimiles geführt. Der aufgrund dieses Irrtums eingegangene Kaufvertrag mit der Begründung des Kaufpreisanspruchs über 7.920 € stellt eine Vermögensverfügung dar, die zu einem dahingehenden Vermögensschaden bei E geführt hat. Den objektiven Tatbestand haben die Verantwortlichen der F-GmbH vorsätzlich (siehe oben) und mit Bereicherungsabsicht erfüllt.

⁵⁸ Vgl. *Ellenberger*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 134 Rn. 24.

⁵⁹ Zu dem Streit siehe *Linardatos*, JuS 2023, 911 (912).

⁶⁰ Vgl. *Vossler*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2024, § 134 Rn. 328.

⁶¹ *Ellenberger*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 138 Rn. 67.

⁶² In diesem Sinne LG Bielefeld BeckRS 2021, 27544 Rn. 32; anders LG Essen BeckRS 2019, 47678 Rn. 43 im Fall eines Käufers, der es als langjähriger Büchersammler schon häufiger mit Vertretern zu tun hatte.

Zudem müsste die F-GmbH diesen Schwächezustand ausgebeutet haben. Das setzt voraus, dass sie sich diesen in Kenntnis des Missverhältnisses bewusst zunutze macht.⁶³ Auch dieses Erfordernis ließe sich im Fall des E nur mit der Art und Weise der Betrugsmasche im Allgemeinen begründen.

Der Vertrag ist daher nicht als Wuchergeschäft gem. § 138 Abs. 2 BGB nichtig.

d) Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB)

Der Kaufvertrag könnte aber als sittenwidriges Geschäft gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein. Sittenwidrig ist ein Geschäft, das gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.⁶⁴ In Betracht kommt dafür insbesondere die Fallgruppe des wucherähnlichen Geschäfts, die die strengen Anforderungen an den Nachweis der Wuchervoraussetzungen kompensieren sollen. Dazu wird das auffällige Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung (siehe oben)⁶⁵ durch das Hinzutreten weiterer Umstände, z.B. eine verwerfliche Gesinnung, zur Begründung einer Sittenwidrigkeit herangezogen.⁶⁶ Dafür lässt sich hier auch die Überrumpelungssituation durch das Haustürgeschäft anführen.⁶⁷

Eine Sittenwidrigkeit könnte aber abermals wegen der Konkurrenz zum Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung ausgeschlossen sein. Grundsätzlich ist das Anfechtungsrecht des § 123 BGB gegenüber der zwingenden Rechtsfolge des § 138 BGB vorrangig, soweit sich beide Vorwürfe – Täuschung und Sittenwidrigkeit – auf das Zustandekommen des Vertrages beziehen.⁶⁸ Insbesondere in den Fällen der wucherähnlichen Rechtsgeschäfte betrifft der Vorwurf der Sittenwidrigkeit aber den Inhalt des Vertrages. Treffen wie hier das durch Täuschung erschlichene Zustandekommen des Vertrages und ein sittenwidriger Inhalt zusammen, ist es *auch* nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig.⁶⁹

4. Ergebnis

S hat gegen die F-GmbH auch einen Anspruch auf Zahlung von 7.920 € aus Leistungskondiktion gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1, 1922 Abs. 1 BGB, weil S den Kaufvertrag wirksam wegen seiner arglistigen Täuschung (§ 123 BGB) angefochten (§ 142 Abs. 1 BGB) hat und der Vertrag überdies gem. § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und daher jeweils nichtig ist. Der F-GmbH steht dabei ebenfalls ein Zurückbehaltungsrecht aus §§ 273 f. BGB zu.

IV. Anspruch aus Leistungskondiktion gem. §§ 817 S. 1, 1922 Abs. 1 BGB

S könnte gegen die F-GmbH zudem ein Anspruch auf Zahlung von 7.920 € aus der besonderen Leis-

⁶³ Ellenberger, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 138 Rn. 74.

⁶⁴ Ellenberger, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 138 Rn. 2.

⁶⁵ Wenn die Gerichte eine verwerfliche Gesinnung mit Blick auf die Schwankungen auf dem Kunstmarkt und der daraus folgenden Intransparenz des Marktwertes ablehnt (vgl. LG Essen BeckRS 2019, 47678 Rn. 47 f.; LG Bielefeld BeckRS 2021, 63120 Rn. 36 f.), setzen sie – weil die Kläger den Minderwert der Bücher dort nicht nachgewiesen haben – aus prozessualen Gründen voraus, dass die Bücher in die Kategorie des „Kunsthandels“ fallen.

⁶⁶ Ellenberger, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 138 Rn. 34.

⁶⁷ Vgl. LG Bielefeld BeckRS 2021, 27544 Rn. 32 (dort in Rn. 20 ff. insgesamt ausführlich zur Begründung einer Sittenwidrigkeit); für eine Entkräftung der Vermutung dagegen OLG Hamm, openJur 2023, 7262 Rn. 26 (weil der Käufer hier wusste, dass er zur Finanzierung ein Darlehen aufnehmen musste, und eine Nachfrage bezüglich der Feuchtigkeit in der Wohnung gestellt hat).

⁶⁸ Vgl. Wendtland, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 138 Rn. 5.

⁶⁹ Vgl. Armbrüster, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 138 Rn. 10.

tungskondition gem. §§ 817 S. 1, 1922 Abs. 1 BGB zustehen.⁷⁰ Dafür muss der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt gewesen sein, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat. Je nachdem, ob dabei – entsprechend zu dem Streit bei § 134 BGB (siehe oben) – ein beiderseitiger Gesetzesverstoß verlangt wird oder ein einseitiger Verstoß ausreichen soll, steht S gegen die F-GmbH auch ein Anspruch auf Zahlung von 7.920 € aus der besonderen Leistungskondition gem. §§ 817 S. 1, 1922 Abs. 1 BGB zu, wiederum Zug-um-Zug gegen die Rückgabe des Faksimiles (§§ 273 f. BGB).

V. Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo gem. §§ 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1, 1922 Abs. 1 BGB

S könnte gegen die F-GmbH zudem ein Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo gem. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1, 1922 Abs. 1 BGB zustehen, wenn diese gegenüber E eine vorvertragliche Nebenpflicht verletzt hätte.

Zwischen E und der durch V vertretenen F-GmbH ist durch das Verkaufsgespräch ein vorvertragliches Schuldverhältnis gem. § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB entstanden. Die F-GmbH könnte eine aus diesem Schuldverhältnis erwachsende Nebenpflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) verletzt (§ 280 Abs. 1 S. 1 BGB) haben, indem der ihnen als Erfüllungsgehilfe zuzurechnende V (§ 278 BGB) E zu dem Vertragsabschluss verführt hat.⁷¹ Die Täuschung über die tatsächliche Qualität des Faksimiles fällt dabei unter die Fallgruppe der Aufklärungspflichtverletzungen.⁷² Hat die F-GmbH diese Pflichtverletzung auch zu vertreten (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB), kann die Naturalrestitution nach der Differenzhypothese (§ 249 Abs. 1 BGB) auf die Rückabwicklung des Vertrages und damit auf Rückzahlung des Kaufpreises gerichtet sein, wenn sie nicht nachweisen kann, dass E den Vertrag trotzdem abgeschlossen hätte.⁷³ Dafür spricht hier, dass eine Aufklärung über die wahre Beschaffenheit des Vertrages – das minderwertige Herstellungsverfahren – und der damit verbundene Wertverlust der Kaufsache dem Ansinnen des E, der Nachwelt etwas Wertvolles hinterlassen zu können, sichtlich entgegensteht.

Allerdings könnte der Anspruch aus c.i.c. durch seine Konkurrenz zu den bereits bejahten Ansprüchen oder Nichtigkeitsgründen ausgeschlossen sein. Grundsätzlich ist ein Anspruch aus c.i.c. ausgeschlossen, wenn die unrichtige Aufklärung – wie hier – die von §§ 437 ff. BGB vorrangig geregelte Beschaffenheit einer Kaufsache betrifft.⁷⁴ Davon wird wiederum eine Ausnahme gemacht, wenn die vorvertragliche Pflichtverletzung in einer arglistigen Täuschung über die Beschaffenheit der Kaufsache liegt, weil es in diesem Fall keinen Vorrang der Nacherfüllung abzusichern gilt (str.).⁷⁵ Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht schließt hier einen Anspruch aus c.i.c. daher nicht aus. Umstritten ist auch, ob der Anspruch neben einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung möglich ist.⁷⁶ Die Rechtsprechung erlaubt das für den Fall, dass dem Getäuschten ein in der Differenzhypothese feststellbarer Vermögensschaden entstanden ist.⁷⁷

⁷⁰ Allgemein zu § 817 BGB siehe *Linardatos*, JuS 2023, 911.

⁷¹ Vgl. LG Bielefeld BeckRS 2022, 41511 Rn. 42 (dort für die Zuerkennung der Rechtsanwaltskosten unter Bezugnahme auf die zuvor erfolgte Prüfung der Voraussetzungen des § 123 BGB).

⁷² Siehe dazu *Grüneberg*, in: Kommentar zum *Grüneberg*, BGB, 83. Aufl. 2024, § 311 Rn. 40 ff.

⁷³ Vgl. *Lorenz*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 280 Rn. 57.

⁷⁴ Vgl. BGH NJW 2009, 2120 (2121 f., mit ausführlichen Nachweisen zum Meinungsstand); *Gehrlein*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 311 Rn. 85 m.w.N.

⁷⁵ Vgl. *Petersen*, Examens-Repetitorium, Allgemeines Schuldrecht, 11. Aufl. 2023, Rn. 101.

⁷⁶ Zu dem Problem siehe *Petersen*, Examens-Repetitorium, Allgemeines Schuldrecht, 11. Aufl. 2023, Rn. 87 ff.

⁷⁷ Vgl. BGH NJW 1998, 302 (303).

S steht gegen die F-GmbH daher auch ein Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo gem. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1, 1922 Abs. 1 BGB zu (a.A., insbesondere hinsichtlich der Konkurrenzfrage, vertretbar).

VI. Schadensersatzanspruch gem. §§ 823 Abs. 1, 1922 Abs. 1 BGB

Ein Schadensersatzanspruch des S gegen die F-GmbH gem. § 823 Abs. 1 BGB kommt nicht in Betracht, weil die Eingehung eines nachteiligen Vertrages nur das nicht deliktisch geschützte Vermögen betrifft. Die hinter den Erwartungen zurückbleibende Qualität des Faksimiles betrifft wiederum nicht das deliktisch geschützte Integritätsinteresse am Eigentum, sondern das nur vertraglich gesicherte Äquivalenzinteresse.⁷⁸

VII. Schadensersatzanspruch gem. §§ 823 Abs. 2, 1922 Abs. 1 BGB i.V.m. § 263 StGB und §§ 826, 1922 Abs. 1 BGB

S steht aber ein Schadensersatzanspruch auf Zahlung von 7.920 € gem. §§ 823 Abs. 2, 1922 Abs. 1 BGB i.V.m. § 263 StGB zu, weil der erfüllte Betrugstatbestand (siehe oben) ein Schutzgesetz darstellt. Damit liegen zugleich die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gem. §§ 826, 1922 Abs. 1 BGB vor. Beide Ansprüche sind wiederum durch das Zurückbehaltungsrecht gem. §§ 273 f. BGB eingeschränkt.

Aufgabe 2: Erfolgsaussichten der Klage der D-GmbH

Die Klage der D-GmbH wird Erfolg haben, soweit sie zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit

Die Klage müsste zunächst zulässig sein.

Hinweis: Eine zwangsvollstreckungsrechtliche Klausur verlangt stets eine Prüfung der Statthaftigkeit der Klage, der Zuständigkeit des Gerichts und des Rechtsschutzbedürfnisses. Ansonsten sollten nur die überschlüssig interessanten Zulässigkeitspunkte angesprochen und, soweit möglich, im Feststellungsstil abgehandelt werden. Viele Bearbeiter haben alle möglichen Sachentscheidungsvoraussetzungen angesprochen, die ihnen aus den verwaltungsrechtlichen Klausuren bekannt waren.

1. Statthaftigkeit der Klage

Für das Begehren der D-GmbH, ihr Eigentum an dem Firmenwagen aus der Zwangsvollstreckung gegen die F-GmbH zu retten, ist nicht die eine Einwendung *gegen den titulierten Anspruch* voraussetzende Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 Abs. 1 ZPO, sondern die Drittwiderspruchsklage gem. § 771 Abs. 1 ZPO statthaft, mit der ein Dritter behaupten kann, dass ihm an dem Gegenstand der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zustehe.⁷⁹ Das Eigentum ist zwar wört-

⁷⁸ Diese Unterscheidung ist insbesondere von dem Problem des Weiterfresserschadens bekannt (siehe dazu nur *Buck-Heeb*, Examens-Repetitorium, Besonderes Schuldrecht 2, 8. Aufl. 2021, Rn. 172 ff.).

⁷⁹ Allgemein zur Drittwiderspruchsklage siehe *Leyendecker*, JA 2011, 725 und 879.

lich genommen kein „die Veräußerung hinderndes“ Recht, weil selbst das Eigentum als das stärkste dingliche Recht nicht vor einem gutgläubigen Erwerb geschützt ist. Ein Interventionsrecht steht einem Dritten aber schon dazu, „wenn der Schuldner selbst, veräußerte er den Vollstreckungsgegenstand, widerrechtlich in den Rechtskreis des Dritten eingreifen würde, und deshalb der Dritte den Schuldner hindern könnte, zu veräußern“.⁸⁰

2. Zuständigkeit des Gerichts

Sachlich ist für die Klage gem. §§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG das Landgericht zuständig, weil der für den Streitwert hier maßgebliche Wert der Vollstreckungsforderung (§ 6 S. 1 ZPO) von 7.920 € die Zuständigkeitsgrenze von 5.000 € übersteigt. Örtlich ausschließlich zuständig ist das Landgericht Leipzig als das Gericht, in dessen Bezirk die Zwangsvollstreckung stattfindet (§§ 771 Abs. 1, 802 ZPO).

3. Prozessführungsbefugnis der D-GmbH

Die klagende D-GmbH müsste auch prozessführungsbefugt ist. Die Prozessführungsbefugnis für eine Drittwiderspruchsklage steht nur demjenigen zu, der nicht Vollstreckungsschuldner ist, gegen den aus dem Titel also nicht vollstreckt werden darf.⁸¹ Die Drittwiderspruchsklage soll nämlich nur den Übergriff der Zwangsvollstreckung auf ein Vermögen verhindern soll, das nicht für die Titelforderung haftet.⁸² Hier ist der Titel allein gegen die F-GmbH gerichtet. Die D-GmbH ist daher prozessführungsbefugt (a.A. wegen der Mithaftung der Klägerin aus § 25 HGB, die S gem. §§ 729 Abs. 2, 727 Abs. 1 ZPO die Möglichkeit zur Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung auch gegen die Klägerin gibt, vertretbar; der Schwerpunkt der Begründetheit wäre dann bereits hier inzident zu prüfen).

4. Partei- und Prozessfähigkeit der D-GmbH

Die D-GmbH ist als juristische Person gem. § 50 ZPO i.V.m. § 13 Abs. 1 S. 1 GmbHG parteifähig und wird als prozessunfähige Partei durch ihren Geschäftsführer vertreten (§ 51 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 35 Abs. 1 GmbHG). Die Vertretung durch den postulationsfähigen Rechtsanwalt (§ 78 Abs. 1 S. 1 ZPO) betrifft als Prozesshandlungsvoraussetzung nicht die ordnungsgemäße Vertretung der D-GmbH, sondern nur die Wirksamkeit konkreter Prozesshandlungen, also z.B. der Klageerhebung.

5. Rechtsschutzbedürfnis

Die D-GmbH müsste auch ein Rechtsschutzbedürfnis aufweisen. Für die besonderen zwangsvollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe besteht ein Rechtsschutzbedürfnis nur ab dem Beginn der Zwangsvollstreckung bis zu ihrer Beendigung.⁸³ Hier hat die D-GmbH nach der Pfändung des Wagens Klage erhoben, die Zwangsvollstreckung ist noch nicht durch die Erlösauskehr an S beendet worden. Das Rechtsschutzbedürfnis für die Einlegung des zwangsvollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfs liegt daher vor.

⁸⁰ BGHZ 55, 20 (26).

⁸¹ Herget, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 35. Aufl. 2024, § 771 Rn. 9.

⁸² K. Schmidt/Brinkmann, in: MüKo-ZPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 771 Rn. 17.

⁸³ Vgl. Seiler, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 45. Aufl. 2024, § 771 Rn. 10 f.

II. Begründetheit

Die Drittwiderspruchsklage wäre auch begründet, wenn der D-GmbH ein Interventionsrecht zusteht (1.) und sie nicht selbst für den titulierten Anspruch haftet (2.).

1. Interventionsrecht der D-GmbH

Die D-GmbH hat von der F-GmbH das als Interventionsrecht in Betracht kommende Eigentum an dem gepfändeten Wagen erworben.

2. Keine Mithaftung für den titulierten Anspruch

Die Berufung auf das Interventionsrecht ist jedoch ausgeschlossen, wenn der Dritte selbst für die titulierte Forderung haftet.⁸⁴ Hier könnte § 25 Abs. 1 S. 1 HGB eine eigene Haftung der D-GmbH für die Forderung des S gegen die F-GmbH begründen.⁸⁵ Danach haftet, wer ein unter Lebenden erworbenes (b)) Handelsgeschäft (a)) unter der bisherigen Firma (d)) fortführt (c)), für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers (e)).

Hinweis: Das im Sachverhalt aufgeworfene Problem in der zwangsvollstreckungsrechtlichen Prüfung haben viele Bearbeiter nicht einordnen können. Oft war zu erkennen, ob sich ein Bearbeiter schon einmal mit dem Zwangsvollstreckungsrecht vertraut gemacht hat und daher zielgerichtet auf die Einwendung der Mithaftung zusteuern konnte oder seinen Prüfungsaufbau während der Bearbeitung improvisieren musste.

a) Übergangsfähiges Handelsgeschäft

Das Vertriebsgeschäft der F-GmbH, die als GmbH eine Handelsgesellschaft betreibt (§ 13 Abs. 3 GmbHG) und damit unter die für Kaufleute geltenden Vorschriften fällt (§ 6 Abs. 1 GmbHG), stellt ein übergangsfähiges Handelsgeschäft dar.

b) Erwerb des Handelsgeschäfts unter Lebenden

Die D-GmbH müsste das Unternehmen von der F-GmbH unter Lebenden (in Abgrenzung zur Haftung des Erben gem. § 27 HGB) erworben haben. Für den Erwerb kommt es allein darauf an, dass der Erwerber in die bisherige Stellung des alten Inhabers einrückt.⁸⁶ Dabei reicht schon der Erwerb des wesentlichen Kerns eines Unternehmens, also seine es nach außen definierenden Bestandteile, für die Annahme eines Erwerbs aus.⁸⁷ Hiermit verbindet sich die Erwartung des Rechtsverkehrs an die Kontinuität des Unternehmens.⁸⁸ Die D-GmbH hat hier zwar keine Anteile an der F-GmbH erworben

⁸⁴ Seiler, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 45. Aufl. 2024, § 771 Rn. 14a. Aufgrund der – von S nicht zu widerlegenden – wertentsprechenden Veräußerung des Wagens von der F-GmbH an die D-GmbH kommt eine ebenfalls das Interventionsrecht ausschließende Einrede der Anfechtbarkeit gem. § 9 AnfG wegen einer vorsätzlichen Gläubigerbenachteiligung (§§ 11 Abs. 1, 2, 3 Abs. 1 AnfG) nicht in Betracht.

⁸⁵ Allgemein zur Haftung nach § 25 HGB siehe Bayer/Lieder, Examens-Repetitorium, Handels- und Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 152 ff.

⁸⁶ Bayer/Lieder, Examens-Repetitorium, Handels- und Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 157.

⁸⁷ Vgl. Bayer/Lieder, Examens-Repetitorium, Handels- und Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 160.

⁸⁸ Die Kontinuität des Unternehmens ist der von der Rechtsprechung angesprochene Regelungszweck des § 25 HGB (vgl. nur BGH NJW 2006, 1001 [1002 Rn. 78]).

(share deal). Durch den Übergang der Gesamtheit ihrer Vermögensgegenstände (asset deal) hat sie die Vermögensgegenstände der F-GmbH aber vollständig – und noch dazu am selben Ort und mit denselben Gesellschaftern – übernommen. Die D-GmbH ist dadurch in die Stellung der F-GmbH eingerückt und hat somit ihr Unternehmen erworben.

c) Fortführung des Unternehmens

Die D-GmbH hat das Unternehmen der F-GmbH fortgeführt, da sie ebenfalls im Vertrieb seltener Faksimiles tätig ist.

d) Fortführung der Firma

Zudem müsste die D-GmbH das Unternehmen unter der Firma der F-GmbH fortgeführt haben. Die Firma eines Kaufmanns ist der Name, unter dem er seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt (§ 17 Abs. 1 GmbHG). Die Firmen der F-GmbH und D-GmbH sind hier nicht identisch: Die Reihenfolge von „Faksimile“ und „Deluxe“ vor dem Rechtsformzusatz ist vertauscht. Für eine Firmenfortführung reicht es aber aus, dass die Firma in ihrem für die Verkehrsauffassung prägenden Kern fortgeführt wird.⁸⁹ Hier bleiben einerseits die beiden Bestandteile – „Faksimile“ als Verkaufsgegenstand der Unternehmen, „Deluxe“ als Angabe für die Qualität der Produkte – gleich. Dem Verkehr mag die Verknüpfung beider Begriffe in Erinnerung bleiben. Die konkrete Reihenfolge prägt den Namen aber nicht, weil sie keinem sprachlich-logischen Zwang folgt. Zudem erweckt auch der Umstand, dass die D-GmbH dieselben Gesellschafter wie die F-GmbH hat und an derselben Adresse in demselben Geschäftsfeld tätig ist, den Eindruck einer Kontinuität beider Unternehmen. Im geschäftlichen Kontakt kann die Identität des Unternehmensbestandes dazu führen, dass der Änderung der Reihenfolge der beiden Firmenbestandteile keine weitere Beachtung geschenkt wird. Daher liegt auch eine Firmenfortführung vor.

e) Rechtsfolge

Die D-GmbH haftet danach „für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten“ der F-GmbH, also auch für den Anspruch des S. Auf das Eigentum an dem Firmenwagen kann sie sich daher nicht berufen. Vielmehr könnte S gem. §§ 729 Abs. 1, 727 Abs. 1 ZPO die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils gegen die F-GmbH auch gegenüber der mithaftenden D-GmbH beantragen.

III. Ergebnis

Die Drittwiderspruchsklage der D-GmbH ist zulässig, aber unbegründet, weil sie selbst für den titulierten Anspruch des S haftet. Die Klage wird daher keinen Erfolg haben.

⁸⁹ Bayer/Lieder, Examens-Repetitorium, Handels- und Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 165.

Anfängerhausarbeit BGB AT: „Formvollendeter Anteilserwerb“

Wiss. Mitarbeiter Dr. Johannes Claudio Felsch, Bielefeld*

Die Hausarbeit verbindet Fragen des Stellvertretungsrechts mit solchen nach der Formunwirksamkeit. Dabei ist neben klarer Systematisierung und Schwerpunktsetzung auch eine Übertragung des im ersten Semester erlernten Wissens auf unbekanntere Probleme erforderlich.

Sachverhalt

Rembert Reichstein (R) hat vor geraumer Zeit ein kleines Vermögen durch den An- und Verkauf von Kunstgegenständen gemacht. Da er beruflich kürzertreten möchte, beabsichtigt er nunmehr, sein Vermögen zu einem Großteil in die Kunstgelegenheiten GmbH (K) zu investieren. Da er selbst auf Reisen ist, bittet er am 1.12.2020 telefonisch seinen Freund Fridolin Fröhlich (F), sich für ihn (R) um die Angelegenheit zu kümmern. Im Gegenzug verspricht R dem F für den Fall eines wirksamen Anteils-erwerbs zugunsten von R eine Erfolgsprämie von 10 % der Kaufpreissumme. F ist einverstanden.

F ist voller Tatendrang und ruft sogleich den alleinigen Gesellschafter der K, Gideon Gierig (G), an und berichtet ihm von seinem Vorhaben, für R Anteile erwerben zu wollen. G selbst hat keine Lust, sich um die Angelegenheit zu kümmern und erklärt F lediglich, dass F sich bei seinem Assistenten Bruno Brunhild (B) melden solle. Weiter sagt G gegenüber F, er erteile hiermit B ein für alle Mal und unwiderruflich alle Befugnisse, um das Geschäft mit F abzuwickeln. Nach Beendigung des Telefonats geht G zu B und teilt diesem mit, er habe soeben gegenüber F gesagt, dass B das Geschäft mit F abschließen könne und reicht B einen Zettel mit folgendem Inhalt:

„Lieber B, auch wenn F davon nichts weiß, sollte unter uns klar sein, dass du auf keinen Fall mehr als Anteile im Umfange von 20 % des Stammkapitals veräußern darfst!“

F und B treffen sich eine Woche später, am 10.12.2020, beim Notar. F und B werden sich jeweils im Namen von R und G über die Veräußerung von Geschäftsanteilen im Umfange von 50 % des Stammkapitals zum Kaufpreis von einer Millionen Euro einig. F freut sich darüber besonders, da ihm aufgefallen war, dass B den von G unterschriebenen Zettel vor sich liegen hatte, wonach B nur Anteile im Umfange von 20 % des Stammkapitals veräußern dürfe. Der Notar nimmt auch sogleich die Beurkundung vor.

Als B am 3.1.2021 zu G geht, ist G zunächst skeptisch und erbittet ein wenig Bedenkzeit. Angesichts des aus seiner Sicht sehr guten Kaufpreises erweist er sich letztlich jedoch als zufrieden und ruft am 5.3.2021 persönlich R an und erklärt diesem gegenüber, mit dem Geschäft einverstanden zu sein. R reagiert unerwartet unzufrieden und schreit G nur an, dass er hingegen mit dem Geschäft überhaupt nicht einverstanden sei. R hat es sich auf seinen Reisen zu gut gehen lassen und ist nun völlig pleite, im Januar 2021 hätte er noch genügend Geld gehabt. Als sich schließlich auch noch F

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrens-, Insolvenz- und Gesellschaftsrecht (Prof. Dr. Florian Jacoby) der Universität Bielefeld sowie Rechtsreferendar am dortigen Landgericht.

Felsch: „Formvollendeter Anteilsrwerb“

telefonisch bei R meldet und die Zahlung der Erfolgsprämie einfordert, knallt R den Hörer einfach auf.

Als guter Freund will F den Streit zunächst vermeiden und tritt erst am 3.1.2024 wieder an R heran und verlangt von ihm die sofortige Zahlung von 100.000 €. R, der inzwischen völlig am Boden zerstört ist, schreit F nur an:

„Ich zahle nach so langer Zeit gar nichts mehr, an diese ganzen nur mündlichen Absprachen ist doch auch niemand gebunden!“

Fallfrage

Hat F am 3.1.2024 gegen R einen durchsetzbaren Anspruch auf Zahlung von 100.000 €.

Lösungsvorschlag

I. Anspruch entstanden	985
1. Einigung am 1.12.2020	985
2. Keine Nichtigkeit wegen Formmangels	986
3. Erfolgreicher Anteilsrwerb	986
a) Vertragserklärung des R durch F	986
b) Vertragserklärung des G durch B	987
aa) Formnichtigkeit der Vollmacht	987
bb) Missbrauch der Vertretungsmacht	987
(1) Dogmatische Einordnung	987
(2) Voraussetzungen	988
(3) Genehmigung	988
c) Wirksamkeit des Anteilsrwerbs im Übrigen	989
II. Kein Untergang des Anspruchs	989
III. Durchsetzbarkeit	989
IV. Ergebnis	989

Ein Zahlungsanspruch des F gegen R i.H.v. 100.000 € dürfte sich aus einem zwischen beiden am 1.12.2020 geschlossenen Vertrag ergeben.

I. Anspruch entstanden

1. Einigung am 1.12.2020

Am 1.12.2020 haben sich R und F auf einen Vertrag geeinigt, dass F sich dafür einsetzt, im Namen des R Anteile an der K zu erwerben. Im Erfolgsfalle soll F von R dafür ein Honorar im Umfange von 10 % des Kaufpreises erhalten. Bei diesem Vertrag könnte es sich sowohl um einen Maklervertrag nach § 652 BGB als auch um eine entgeltliche Geschäftsbesorgung nach § 675 Abs. 1 BGB handeln. Eine

Felsch: „Formvollendeter Anteilserwerb“

vertragstypologische Einordnung ist aber nicht erforderlich, wenn die Voraussetzungen für den hier in Rede stehenden Anspruch auf Zahlung der Erfolgsprämie dieselben sind.

Einen Maklervertrag nach § 652 BGB könnte man etwa mit der Erwägung annehmen, dass F sich aufgrund des Vertrags nicht zum Tätigwerden verpflichtet, sondern sich insoweit noch frei entscheiden kann.¹ Der Provisionsanspruch des F wäre dann abhängig von dem erfolgreichen Anteilserwerb.

Aber auch dann, wenn man F bereits für verpflichtet hält und deshalb eine entgeltliche Geschäftsbesorgung nach § 675 Abs. 1 BGB annimmt², wäre der Provisionsanspruch von dem erfolgreichen Anteilserwerb abhängig. Beide haben den noch ungewissen erfolgreichen Anteilserwerb als Voraussetzung dafür gesetzt, dass der Provisionsanspruch entsteht, und daher eine aufschiebende Bedingung nach § 158 Abs. 1 BGB vereinbart.

Jedenfalls liegt eine vertragliche Einigung vor. Auch ist die Höhe des Provisionsanspruchs jedenfalls im Zeitpunkt seiner Entstehung bestimmbar nach §§ 133, 157 BGB.

2. Keine Nichtigkeit wegen Formmangels

Es lässt sich erwägen, ob der zwischen F und R geschlossene Vertrag der notariellen Beurkundung nach § 15 Abs. 4 GmbHG bedarf und bei ihrem Fehlen nach § 125 S. 1 BGB nichtig ist. Nach allgemein vorgenommener Auslegung erfasst § 15 Abs. 4 GmbHG nicht nur die Verpflichtung zur Abtretung, sondern auch die Verpflichtung zum Erwerb von Geschäftsanteilen.³ Selbst wenn man jedoch davon ausgeht, F sei zum Tätigwerden verpflichtet, ist jedoch weiter zu erkennen, dass er sich nicht selbst zum Erwerb verpflichtet. Er soll vielmehr im Namen des R erwerben. Auch i.R.d. § 311b Abs. 1 BGB ist anerkannt, dass eine formbedürftige Erwerbspflicht nicht vorliegt, wenn ein Erwerb im Namen des Auftraggebers erfolgen soll.⁴ Die Formbedürftigkeit ist daher zu verneinen.

3. Erfolgreicher Anteilserwerb

Zur Entstehung des Provisionsanspruchs bedarf es nach den Ausführungen unter 1. des erfolgreichen Anteilserwerbs. Umsichtige Bearbeitungen dürften die Frage aufwerfen, ob insoweit das Verpflichtungsgeschäft oder das Verfügungsgeschäft gemeint ist. Da beide Akte – wie sich zeigen wird – ohnehin zusammenfallen, dürfte die Frage allerdings nur untergeordnete Bedeutung haben. Vertretbar dürfte zum einen die Annahme sein, wegen der am Kaufpreiszahlungsanspruch orientierten Provisionshöhe müssten beide Geschäfte erfolgreich abgeschlossen werden. Zum anderen könnte – so nachfolgend – man auch allein das Verfügungsgeschäft für maßgeblich halten, weil es letztlich auf den Erwerb ankommt.

a) Vertragserklärung des R durch F

R selbst hat keine Vertragserklärung abgegeben. Die Erklärung des F könnte jedoch nach § 164 Abs. 1 S. 1 BGB für und gegen R wirken. Vor dem Notar hat F eine eigene Willenserklärung im Namen des R abgegeben. Die Vollmacht wurde ihm nach § 167 Abs. 1 Alt. 1 BGB am 1.12.2020 als Innenvollmacht erteilt. Auch hier ist das Problem der Formbedürftigkeit unter Einleitung mit § 125 S. 1 BGB aufzuwerfen. § 15 Abs. 3 GmbHG erklärt jedoch nur die Abtretung im Sinne der Anteilsübertragung für

¹ Vgl. *Althammer*, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 652 Rn. 3.

² Vgl. BGH NJW 2011, 1726 (1726 Rn. 11).

³ *Verse*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, Kommentar, 6. Aufl. 2024, GmbHG § 15 Rn. 71.

⁴ *F. Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 662 Rn. 52.

Felsch: „Formvollendeter Anteilerwerb“

beurkundungspflichtig und nicht den Erwerb. Die Formbedürftigkeit der Vollmachtserteilung ist damit schon im Ansatz zu verneinen.

b) Vertragserklärung des G durch B

G könnte wiederum durch B vertreten worden sein. Vor dem Notar hat B eine eigene Willenserklärung im Namen des G abgegeben. G hat die Vollmacht nicht nach § 167 Abs. 1 Alt. 1 BGB gegenüber B erteilt, sondern gegenüber F. Nach § 167 Abs. 1 Alt. 2 BGB kann die Vollmacht auch gegenüber dem Dritten erteilt werden, demgegenüber die Vertretung stattfinden soll. Dritter ist grundsätzlich R. F ist insoweit jedoch nach § 164 Abs. 1, Abs. 3 BGB tauglicher Empfangsvertreter des R. Nach der Erklärung des R sollte F sich „um die Angelegenheit“ kümmern. Dem ist nach §§ 133, 157 BGB nicht nur die Vollmachtserteilung zu entnehmen, die Vertragserklärung im Namen des R abzugeben, sondern auch eine etwaige Außenvollmachtserteilung entgegenzunehmen, die den Vertragsschluss für R mit G gerade erst ermöglicht. G konnte daher wirksam die Vollmacht des B gegenüber dem F als Außenvollmacht erteilen.

aa) Formnichtigkeit der Vollmacht

Fraglich ist jedoch, ob diese Vollmachtserteilung nach § 125 S. 1 BGB nichtig ist. Nach § 167 Abs. 2 BGB ist die Vollmachtserteilung zwar grundsätzlich formfrei. Jedoch bedarf die Abtretung von Geschäftsanteilen nach § 15 Abs. 3 GmbHG der notariellen Beurkundung. Für § 15 Abs. 3 GmbHG entspricht es jedoch der herrschenden Meinung, dass die Vollmachtserteilung – im Unterschied zu § 311b BGB – selbst dann nicht formbedürftig ist, wenn sie unwiderruflich ist.⁵ § 15 Abs. 3 GmbHG dient nämlich im Unterschied zu § 311b BGB nur mittelbar dem Übereilungsschutz und der Warnung der Betroffenen. In erster Linie bezweckt § 15 Abs. 3 GmbHG indessen die Beweissicherung und die Erschwerung des spekulativen Handels.⁶ Dieser Zwecksetzung steht es entgegen, das Formgebot des § 15 Abs. 3 GmbHG auch auf die Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht zur Anteilsveräußerung zu erstrecken. Eine teleologische Reduktion von § 167 Abs. 2 BGB kommt daher nicht in Betracht. Es kommt daher nicht auf die Frage an, ob die Außenvollmacht überhaupt als unwiderruflich ausgestaltet werden konnte. Das ist nur dann denkbar, wenn man neben der einseitigen Vollmachtserteilung annimmt, dass G und F zusätzlich eine Vereinbarung über die Unwiderruflichkeit trafen.⁷ Denn § 168 S. 1, 2 BGB ist zu entnehmen, dass sich die Widerruflichkeit der Vollmacht allein aus dem ihr zugrundeliegenden Rechtsverhältnis bestimmt.⁸

bb) Missbrauch der Vertretungsmacht

Es könnte jedoch ein Missbrauch der Vertretungsmacht vorliegen, der unter den nachfolgend zu prüfenden Voraussetzungen nach herrschender Meinung als Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung nach § 242 BGB auf die Rechtsmacht im Außenverhältnis durchschlägt.⁹

(1) Dogmatische Einordnung

Obwohl damit die herrschende Meinung die dogmatische Anknüpfung für den Missbrauch der Ver-

⁵ Verse, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, Kommentar, 6. Aufl. 2024, GmbHG § 15 Rn. 56 m.w.N.

⁶ Schubert, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 167 Rn. 39.

⁷ Huber, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.11.2021, § 168 Rn. 48.

⁸ Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 1508.

⁹ Zur rechtsdogmatischen Herleitung als Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung nach § 242 BGB Schilken, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2019, § 167 Rn. 94 m.w.N.

Felsch: „Formvollendeter Anteilswerb“

vertretungsmacht in § 242 BGB sieht, wird hinsichtlich der Rechtsfolge überwiegend eine analoge Anwendung von §§ 177 ff. BGB goutiert. Vertretbar ist ebenso die Anwendung von § 242 BGB oder § 138 Abs. 1 BGB.¹⁰ Ausgehend von den Wertungen des Stellvertretungsrechts ist eine Anwendung von §§ 177 ff. BGB konsequent, weil sie dem Vertretenen auch die Möglichkeit der späteren Genehmigung eröffnet. Wer § 242 BGB oder § 138 Abs. 1 BGB anwenden will, kann erwägen, ob nicht gleichwohl der Vertretene das Geschäft gelten lassen kann, wenn er selbst als derjenige, der geschützt werden soll, auf diesen Schutz verzichtet.¹¹

(2) Voraussetzungen

Die Voraussetzungen des Missbrauchs der Vertretungsmacht sind im Einzelnen umstritten.¹² Da ein Fall des kollusiven Zusammenwirkens zulasten des Vertretenen nicht vorliegt, kommt nur ein Fall der Evidenz in Betracht. Der BGH fordert mindestens Kennenmüssen des Missbrauchs auf Seiten des Erklärungsempfängers, wenn der Vertreter von seiner Vertretungsmacht in ersichtlich verdächtiger Weise Gebrauch gemacht hat und sich dadurch dem Erklärungsempfänger der begründete Verdacht eines Treueverstoßes aufdrängen musste.¹³

G hat hier die Vollmacht des B als Außenvollmacht gegenüber F erteilt, die Beschränkung auf die Veräußerung von nicht mehr als 20 % der Anteile jedoch allein im Innenverhältnis gegenüber B erklärt. B hat diese Beschränkung im Innenverhältnis durch seine Rechtsmacht im Außenverhältnis überschritten, indem er 50 % der Anteile veräußerte. In dieser Überschreitung von über 100 % liegt ein objektiv evidenter Missbrauch. Dieser evidente Missbrauch müsste sich dem Vertragspartner R auch aufgedrängt haben. R selbst war bei der Vertragsverhandlung mit B nicht anwesend. F tritt jedoch gegenüber dem B als Stellvertreter des R nach § 164 Abs. 1 BGB auf. R muss sich daher nach § 166 Abs. 1 BGB das Kennenmüssen und die Kenntnis des F zurechnen lassen. F hat den vor B liegenden Zettel wahrnehmen können. Es ist daher davon auszugehen, dass F den Treueverstoß des B vorsätzlich oder jedenfalls fahrlässig hinnahm und ihn daher i.S.d. § 122 Abs. 2 BGB kennen musste.

(3) Genehmigung

Geht man wie hier von einer analogen Anwendung von § 177 Abs. 1 BGB aus, so hängt die Wirksamkeit des Vertrags von der Genehmigung des G als Vertretenen ab. G hat am 3.1.2021 von dem Geschäft erfahren und um etwas Bedenkzeit gebeten. Darin liegt noch nicht die Verweigerung der Genehmigung, die i.S.d. § 177 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BGB die Unwirksamkeit des Vertrags zeitigen würde. Die Genehmigung erklärt G sodann am 5.3.2021 nach § 184 Abs. 1 BGB gegenüber R. Auf den zeitlichen Abstand zwischen Kenntnismahme und Genehmigungserklärung kommt es nicht an. Die Genehmigung ist nicht fristgebunden, sie kann nur verwirkt werden.¹⁴ Eine Verwirkung kommt aber in diesem Fall nicht in Betracht, weil R sich die Kenntnis des F über den Missbrauch der Vertretungsmacht auf Seiten des G zurechnen lassen muss nach §§ 164 Abs. 1, Abs. 3, 166 BGB (analog) und daher R den G zur Genehmigung hätte auffordern können, § 177 Abs. 2 S. 1 BGB, um Rechtssicherheit zu gewinnen.

R ist auch richtiger Adressat der Genehmigungserklärung. Diese kann sowohl dem B als Vertreter als auch dem R gegenüber als Drittem erklärt werden, § 182 Abs. 1 BGB. R hat nicht dadurch, dass er F als Vertreter eingesetzt hat, seine Empfangszuständigkeit verloren. R hat sich mit der Genehmigung

¹⁰ Zum Streitstand *Schubert*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 239 ff.

¹¹ Dazu etwa *Lieder*, JuS 2014, 681 (685 f.).

¹² Näher *Schubert*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 230 ff.

¹³ BGH NJW 2008, 69 (75 Rn. 69).

¹⁴ OLG Düsseldorf BeckRS 2018, 34556.

Felsch: „Formvollendeter Anteilerwerb“

des G nicht einverstanden gezeigt. Indessen handelt es sich bei der Genehmigung um ein einseitiges Rechtsgeschäft, das bereits mit Zugang wirksam wird. Es bedarf der Zustimmung des R nicht. Wollte man die Erklärung des R als Widerrufserklärung auslegen nach § 178 S. 1 BGB, so ist zu erkennen, dass diese zu spät erfolgt, nämlich erst nach Zugang der Genehmigung. Überdies wäre wohl nach den obigen Erwägungen ein Widerruf ohnehin ausgeschlossen, weil R sich die Kenntnis des F über den Missbrauch der Vertretungsmacht zurechnen lassen muss und er daher den Mangel der Vertretungsmacht kannte. Eine Zurückweisung einseitiger Rechtsgeschäfte wie etwa bei § 174 BGB sieht das Gesetz nur im Ausnahmefall vor und nicht, wenn der Berechtigte im eigenen Namen die Genehmigung erklärt. Schließlich ist noch die Frage aufzuwerfen, ob die Genehmigung nach § 125 S. 1 BGB nichtig ist, weil sie einer bestimmten Form bedarf und diese nicht eingehalten ist. Die Genehmigung kann jedoch nach herrschender Meinung in Übereinstimmung mit § 182 Abs. 2 BGB auch zu einem formbedürftigen Geschäft formlos erteilt werden.¹⁵

c) Wirksamkeit des Anteilerwerbs im Übrigen

Auch im Übrigen ist der Anteilerwerb wirksam. Er ist nicht nach § 125 S. 1 BGB nichtig. Der Form des § 15 Abs. 3 GmbHG ist genügt worden.

Wer wie hier vorgenommen von einem Maklervertrag nach § 652 BGB ausgeht, kann in gebotener Kürze auf die weiteren Voraussetzungen – Kausalität, Kongruenz – des Maklerlohnanspruchs eingehen, die alle vorliegen. Es ist aber vor dem Hintergrund einer richtigen Schwerpunktsetzung auch nicht falsch, wenn darauf nicht eingegangen wird.

II. Kein Untergang des Anspruchs

Der Anspruch ist nicht untergegangen.

III. Durchsetzbarkeit

R könnte nach § 214 Abs. 1 BGB berechtigt sein, die Leistung wegen Eintritts der Verjährung zu verweigern. Die Verjährungsfrist beträgt nach § 195 BGB drei Jahre und beginnt nach § 199 Abs. 1 BGB mit dem Ende des Jahres, in dem der Anspruch entsteht und der Gläubiger die anspruchsbegründenden Tatsachen kennt oder grob fahrlässig nicht kennt. Fraglich ist, auf welchen Zeitpunkt der Anspruchsentstehung abzustellen ist. Hält man die Erklärung der Genehmigung für maßgeblich, so wäre auf den 5.3.2021 abzustellen und der Anspruch wäre erst mit Ablauf des Jahres 2024 verjährt. Stellt man hingegen wegen der Rückwirkung der Genehmigung nach § 184 Abs. 1 BGB auf das Geschäft selbst ab, so wäre der 10.12.2020 maßgeblich und die Verjährung bereits mit Ablauf des Jahres 2023 eingetreten. Die herrschende Meinung macht in diesen Fällen eine Ausnahme von der Rückwirkung der Genehmigung im Sinne einer teleologischen Reduktion.¹⁶ Ein anderes Ergebnis dürfte wertungsmäßig schwer vertretbar – aber nicht unvertretbar – sein, weil G ohnehin erst im Jahr 2021 von der Genehmigungsmöglichkeit erfahren hat.

IV. Ergebnis

F hat gegen R am 3.1.2024 einen Anspruch auf Zahlung von 100.000 €.

¹⁵ Bayreuther, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 182 Rn. 25 m.w.N.

¹⁶ BGH NZI 2023, 74 (78 Rn. 36); Regenfus, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.11.2023, § 184 Rn. 70 f. m.w.N.

Examensübungsklausur: Geteiltes Leid ist halbes Leid?

Wiss. Mitarbeiter Adrian Kaufmann, Kiel*

Die Klausur wurde im April 2024 im Examensübungsklausurenkurs der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel gestellt. Der Notendurchschnitt lag bei 6,26 Punkten bei einer Durchfallquote von 19,32 % und einer Prädikatsquote von 17,04 %. Behandelt werden einige klassische Probleme im Kreditsicherungsrecht, die teilweise in ungewohntem Gewand auftreten und die von weniger bekannten Problemen flankiert werden. Die Prüfung erfordert einen sicheren Umgang in den ersten drei Büchern des BGB und aufgrund einer prozessualen Zusatzfrage Grundkenntnisse im Zivilprozessrecht.

Sachverhalt

A hat sich früh selbstständig gemacht und konnte sich dank einer guten Auftragslage lange einen teuren Lebensstil leisten. Auch wenn seine Aufträge seit der Corona-Pandemie bedenklich zurückgegangen sind, kann sich A nicht von seinem gewohnten Lebensstil lösen. Als neues Prestigeobjekt plant er eine Segelyacht zu erwerben. Um den Kaufpreis stemmen zu können, benötigt er allerdings ein Darlehen. Die G-Bank ist bereit, A ein Darlehen i.H.v. 100.000 € bis 200.000 € zu gewähren, abhängig von den Sicherheiten, die A anbieten kann.

A bittet daher seinen wohlhabenden Bruder B, eine Bürgschaft zu übernehmen. B unterstützt A gerne. Da die Höhe des Darlehens noch nicht feststeht, bereitet B eine selbstschuldnerische Bürgschaftserklärung vor, die er unterschreibt und bei der er den Umfang der Bürgschaft frei lässt. A soll nach den Gesprächen mit der G-Bank einen Betrag von maximal 200.000 € eintragen und die Erklärung per Post an die G-Bank schicken.

Begeistert von diesem schnellen Erfolg versucht A auch noch seinen Freund P für eine Sicherheit zu begeistern. P ist jedoch skeptisch, da er A nie für besonders geschäftstüchtig gehalten hat und deshalb von einem hohen Haftungsrisiko ausgeht. Diesen Einwand entkräftet A, indem er P von seinen Geschäftserfolgen und der guten Auftragslage berichtet. Dass die Aufträge seit ein paar Jahren stark zurückgegangen sind, erwähnt er bewusst nicht. So kann er P überzeugen, zwei Oldtimer im Wert von jeweils 100.000 € an die G-Bank zu verpfänden.

Angesichts dieser Sicherheiten erklärt sich die G-Bank zu einer Darlehensgewährung i.H.v. 200.000 € bereit. Der schriftlich geschlossene Darlehensvertrag sieht vor, dass A das Darlehen sowie Zinsen in Raten von monatlich 2.500 € zurückzahlen muss. Informationen über ein Widerrufsrecht erhält er nicht. Zuhause ergänzt A in der Bürgschaftserklärung des B den Umfang von 200.000 € und schickt die Erklärung per Post an die G-Bank. Dort wird sie von einem vertretungsberechtigten Mitarbeiter der G-Bank zu den übrigen Unterlagen geheftet, die das Darlehen des A betreffen. A teilt B mit, die G-Bank gewähre ihm ein Darlehen über 200.000 €, weshalb er den entsprechenden Betrag ergänzt habe. B zeigt sich damit zufrieden. P verpfändet und übergibt die Oldtimer an einen Mitarbeiter der G-Bank. Daraufhin zahlt diese das Darlehen an A aus.

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht von Prof. Dr. Matthias Fervers, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

Kaufmann: Geteiltes Leid ist halbes Leid?

A erwirbt die Segelyacht und findet im Segeln seine neue Leidenschaft. Dadurch verschieben sich seine Prioritäten zulasten seiner selbstständigen Tätigkeit. Er hat akute Zahlungsnot und zahlt keine der Raten zurück. Nach acht Monaten befindet sich A mit 20.000 € in Verzug. Die G-Bank setzt A formgerecht eine zweiwöchige Frist zur Zahlung dieses Betrages und droht – ebenfalls formgerecht – an, den gesamten Restbetrag von 200.000 € andernfalls zurückzufordern. A kommt der Aufforderung nicht nach. Die G-Bank kündigt das Darlehen formgerecht und fordert von A Rückzahlung der 200.000 €. Da sie A für zahlungsunfähig hält, wendet sich die G-Bank an B.

Aufgabe 1

Hat die G-Bank gegen B einen Anspruch auf Zahlung der 200.000 €?

Fortsetzung 1

B gibt nach und zahlt 200.000 € an die G-Bank. B wendet sich nun seinerseits an P und droht P an, dessen Oldtimer öffentlich versteigern zu lassen, um die 200.000 € zurückzuerlangen. P ist entsetzt, hatte er doch auf die Geschäftstüchtigkeit und Zahlungsfähigkeit des A vertraut. Als B ihm erzählt, dass sich die Auftragslage des A bereits vor dem Darlehen stark verschlechtert hatte, ist P erbost. Er hält B entgegen, A habe ihn (P) über den Tisch gezogen. Hätte er von der schlechten Auftragslage oder der Geschäftsuntüchtigkeit des A gewusst, hätte er seine Oldtimer nie an die G-Bank verpfändet. Zudem muss P feststellen, dass die G-Bank die Oldtimer – wie sie es auch mit eigenen Fahrzeugen zu tun pflegt – nicht gänzlich witterungsgeschützt gelagert hat. Durch die Witterung ist an einem Oldtimer ein Rostschaden entstanden, der seinen Wert von 100.000 € auf 70.000 € senkt. P ist der Auffassung, B dürfe die Oldtimer nicht verwerten, bis die G-Bank ihm den Schaden an dem Oldtimer ersetzt habe.

Aufgabe 2

Hat B gegen P einen Anspruch auf Duldung der Verwertung beider Oldtimer i.H.v. bis zu 200.000 €?

Fortsetzung 2

B will auch A in Regress nehmen. Er erwirkt einen Titel und vollstreckt in die (nicht im Schiffsregister eingetragene) Yacht des A, die im Kieler Yachthafen ankert. Das Eigentum an der Yacht hatte A vorher zur Sicherung einer anderen Darlehensforderung an D übertragen. D will sich nun gegen die Vollstreckung in die Yacht wehren.

Aufgabe 3

Hat eine Klage des D mit dem Ziel, die Vollstreckung in die Yacht zu verhindern, Aussicht auf Erfolg?

Lösungsvorschlag

Aufgabe 1: G-Bank gegen B auf Zahlung von 200.000 € nach § 765 Abs. 1 BGB	993
I. Wirksamer Bürgschaftsvertrag.....	993
1. Vertragsschluss.....	993

a) Bürgschaftserklärung durch B	993
aa) Analoge Anwendbarkeit der §§ 164 ff. BGB.....	993
bb) Offenkundigkeit	994
cc) Ausfüllungsermächtigung.....	995
dd) Ermächtigung kraft Rechtsscheins analog § 172 Abs. 2 BGB.....	995
ee) Zwischenergebnis	996
b) Annahme durch die G-Bank	996
2. Keine Nichtigkeit wegen Formmangels	996
3. Keine Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit	997
II. Bestehen der Hauptforderung.....	997
III. Kein Widerruf.....	997
IV. Fälligkeit.....	998
V. Einrede der Vorausklage	998
VI. Einrede der Gestaltbarkeit analog § 770 Abs. 1 BGB.....	998
1. Widerrufsmöglichkeit.....	998
2. Planwidrige Regelungslücke.....	999
3. Teleologische Reduktion des § 770 Abs. 1 BGB	999
VII. Ergebnis.....	1000
Aufgabe 2: Anspruch auf Duldung der Verwertung beider Oldtimer i.H.v. bis zu 200.000 € aus §§ 1228 Abs. 2 S. 1, 1204, 774 Abs. 1 S. 1, 1250 Abs. 1 S. 1 BGB	1000
I. Entstehen des Pfandrechts bei der G-Bank.....	1000
1. Einräumung des Pfandrechts, § 1205 Abs. 1 BGB.....	1000
2. Anfechtung, § 142 Abs. 1 BGB.....	1000
a) Anfechtungsgrund	1000
aa) Arglistige Täuschung, § 123 Abs. 1 Var. 1 BGB.....	1000
bb) Eigenschaftsirrtum, § 119 Abs. 2 Var. 1 BGB.....	1001
b) Anfechtungserklärung, § 143 Abs. 1, Abs. 2 Var. 1 BGB	1001
c) Zwischenergebnis.....	1002
3. Anfängliche Übersicherung, § 138 Abs. 1 BGB	1002
II. Übergang des Pfandrechts auf B.....	1002
III. Umfang des Verwertungsrechts	1002
1. Planwidrige Regelungslücke	1003
2. Vergleichbarkeit der Interessenlagen mit §§ 1225 S. 2, 774 Abs. 2 BGB	1003
3. Anteiliger Ausgleich	1004
IV. Fälligkeit der Hauptforderung.....	1004

V. Einrede der Gestaltbarkeit § 1210 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 770 Abs. 1 BGB analog....	1004
VI. Einrede aus § 273 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 412, 404 BGB	1005
1. Anspruch des P gegen die G-Bank aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB.....	1005
2. Anspruch des P gegen die G-Bank aus § 823 Abs. 1 BGB	1005
3. Fälligkeit im Zeitpunkt des Forderungsübergangs und Konnexität	1005
4. Zwischenergebnis.....	1006
VII. Ergebnis.....	1006
Aufgabe 3: Erfolg einer Klage des D mit dem Ziel, die Vollstreckung in die Yacht zu verhindern	1006
I. Zulässigkeit	1006
1. Statthaftigkeit.....	1006
2. Zuständigkeit.....	1007
3. Rechtsschutzbedürfnis.....	1007
II. Begründetheit.....	1007
III. Ergebnis.....	1007

Aufgabe 1: G-Bank gegen B auf Zahlung von 200.000 € nach § 765 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch der G-Bank gegen B auf Zahlung von 200.000 € kann sich nur aus § 765 Abs. 1 BGB ergeben.

I. Wirksamer Bürgschaftsvertrag

Dazu müssten die G-Bank und B zunächst einen wirksamen Bürgschaftsvertrag geschlossen haben.

1. Vertragsschluss

a) Bürgschaftserklärung durch B

Die Bürgschaftserklärung des B stellt ein Angebot auf den Abschluss eines Bürgschaftsvertrages dar. Der Inhalt der Bürgschaftserklärung stammt jedoch nicht ausschließlich von B, vielmehr haben B und A den Inhalt zusammen geschaffen. B formulierte eine Blankettbürgschaft, die A absprachegemäß ausfüllen sollte. Diese Ergänzung des Blanketts durch A müsste B zurechenbar sein. Eine Zurechnung könnte über § 164 Abs. 1 S. 1 BGB erfolgen.

aa) Analoge Anwendbarkeit der §§ 164 ff. BGB

A hat keine eigene Willenserklärung abgegeben, sondern lediglich die Willenserklärung des B ergänzt. Die Ergänzung stellt jedoch lediglich einen Realakt dar.

Die §§ 164 ff. BGB können aber analog angewendet werden, wenn eine solche Ausfüllungsermächtigung planwidrig nicht geregelt ist und die Interessenlage bei der Ausfüllungsermächtigung mit der Interessenlage bei der Stellvertretung vergleichbar ist.

Kaufmann: Geteiltes Leid ist halbes Leid?

Die Ausfüllungsermächtigung lässt sich unter kein geregelttes Institut der Zurechnung fassen. Das Ergänzen einer Willenserklärung übersteigt die Rechte eines Boten.¹ Zudem stellt sie keine Ermächtigung i.S.d. § 185 Abs. 1 BGB dar. Denn anders als bei der Ermächtigung nach § 185 Abs. 1 BGB nimmt der Ermächtigte mit dem Ergänzen der Erklärung kein eigenes Rechtsgeschäft vor.² Von der Leistungsbestimmung durch Dritte nach §§ 315 Abs. 1, 2, 317 Abs. 1 BGB unterscheidet sich die Ausfüllungsermächtigung schließlich dadurch, dass die Leistung vom Ermächtigten nicht nach Vertragsschluss bestimmt wird, also das schuldrechtliche Bestimmtheiterfordernis nicht gelockert werden muss. Die Planwidrigkeit dieser Regelungslücke ergibt sich daraus, dass das Gesetz die Ausfüllungsermächtigung in Art. 10 Wechselgesetz voraussetzt.

Die Situation der Ausfüllungsermächtigung ist mit der gewillkürten Stellvertretung vergleichbar. Wie der Vertretene räumt auch der Aussteller dem Ermächtigten die Rechtsmacht ein, rechtsgeschäftliche Wirkungen zwischen ihm und einem Dritten zu begründen.³ Überschreitet der Ermächtigte seine Ermächtigung entspricht es dem Interesse des Ausstellers ebenso wie dem des Vertretenen, das Recht zu haben, das Geschäft an sich zu ziehen, indem er es genehmigt.⁴ Der Dritte vertraut auf die Ermächtigung. Handelt der vermeintlich Ermächtigte ohne Ermächtigung und genehmigt der Aussteller das Geschäft nicht, besteht ein Bedürfnis, den Dritten für die Enttäuschung seines Vertrauens zu entschädigen. Diese Situation ist vergleichbar mit den Interessen beim Handeln ohne Vertretungsmacht. Insgesamt zeigt sich, dass die Interessen bei der Ausfüllungsermächtigung und der gewillkürten Stellvertretung im Wesentlichen identisch sind.

Die §§ 164 ff. BGB sind demnach analog anwendbar.

Hinweis: Es wird selbstverständlich nicht erwartet, dass die Bearbeiter Art. 10 Wechselgesetz kennen. In erster Linie sollten die Bearbeiter die Parallele der Ausfüllungsermächtigung zur Stellvertretung erkennen. Gute Bearbeiter können sich hier und in der Folge durch methodisch saubere Arbeit abheben, insbesondere durch die Prüfung einer vergleichbaren Interessenlage bei den Analogien.

bb) Offenkundigkeit

Auch wenn die Stellvertretungsregelungen analog anwendbar sind, muss A grundsätzlich das Handeln im Namen des B offenkundig machen. A hat die Bürgschaftserklärung zuhause ausgefüllt und an die G-Bank geschickt, ohne darauf hinzuweisen, dass A die Erklärung ergänzt hat. Für die G-Bank wirkte die Erklärung deshalb, als habe B sie vollständig und selbst fertiggestellt. In dieser Hinsicht besteht eine Parallele zum Handeln unter fremden Namen. Wie bei der sog. Identitätstäuschung kommt es dem Geschäftspartner darauf an, den Vertrag mit dem Aussteller zu schließen, nicht mit dem Ermächtigten. Andererseits muss der Rechtsverkehr für den Fall geschützt werden, dass der Ermächtigte ohne Ermächtigung handelt und sein Handeln nicht vom Aussteller analog § 177 Abs. 1 BGB genehmigt wird. Eben diesen Interessen wird das Stellvertretungsrecht gerecht. Insofern besteht wertungsmäßig kein Unterschied zwischen der offenen und der verdeckten Ausfüllung des Blanketts.⁵

¹ Zur Abgrenzung von Stellvertretung und Botenschaft *Keim*, NJW 1996, 2774.

² *Schilken*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2019, Vor. § 164 Rn. 72a.

³ *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 56.

⁴ Vgl. *Schubert*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 21 zur Interessenlage bei der Stellvertretung.

⁵ *Keim*, NJW 1996, 2774; vgl. auch *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 64 f., der eine Analogie zu § 120 BGB mangels Vergleichbarkeit der Interessenlagen ablehnt.

Methodisch kann die Offenkundigkeit – wie bei der Identitätstäuschung – mit einer weiteren Analogie überwunden werden.⁶

cc) Ausfüllungsermächtigung

B hatte A mündlich eine Ausfüllungsermächtigung erteilt. Problematisch ist jedoch, ob die Ausfüllungsermächtigung mündlich erteilt werden konnte. § 766 S. 1 BGB fordert für die Bürgschaftserklärung die Schriftform. Die Ausfüllungsermächtigung könnte deshalb gem. § 125 S. 1 BGB nichtig sein. § 167 Abs. 2 BGB sieht vor, dass die Vollmacht nicht der Form bedarf, die für das Rechtsgeschäft vorgesehen ist, auf das sich die Vollmacht bezieht. Hierin zeigt sich die Trennung von Vollmacht und Vertretergeschäft. Dies kann aber dazu führen, dass der Formzweck der Formvorschrift nicht erfüllt wird. Insbesondere wenn der Form eine Warnfunktion zukommt, kann eine Warnung des Vertretenen erforderlich sein, da der Vertreter von dem Geschäft nicht wirtschaftlich betroffen ist (sog. principal-agent-Konflikt).⁷ In diesem Fall ist § 167 Abs. 2 BGB teleologisch zu reduzieren.

Eine Bürgschaft ist ein Risikogeschäft. Das damit einhergehende Risiko wird regelmäßig unterschätzt. § 766 S. 1 BGB soll den Bürgen davor schützen, sich voreilig zu verpflichten. Die Schriftform soll ihm das Risiko und die Tragweite seiner Verpflichtung vor Augen führen.⁸ Allein durch eine Unterschrift unter einer unvollständigen Bürgschaftserklärung oder gar einer Unterschrift auf einem leeren Blatt, wird der Bürge nicht hinreichend gewarnt. Das Risiko der Bürgschaft liegt in der Verpflichtung für eine bestimmte Schuld des Hauptschuldners einzustehen. Ohne Angaben zum Schuldner und der gesicherten Forderung kann dem Bürgen das Risiko der Bürgschaft nicht vor Augen geführt werden. Hinzu kommt, dass den Bürgen ein erhöhtes Risiko eines Missbrauchs der Ausfüllungsermächtigung trifft. Da das Risiko allein vom Bürgen getragen wird, reicht eine Warnung des Ermächtigten nicht aus. § 167 Abs. 2 BGB ist daher teleologisch zu reduzieren, weshalb die Ermächtigung nach § 766 S. 1 BGB der Schriftform bedarf.

Da B dem A die Ausfüllungsermächtigung nur mündlich erteilt hat, ist die Ermächtigung gem. § 125 S. 1 BGB nichtig. A handelte folglich ohne Ausfüllungsermächtigung, sodass sich hieraus keine Ermächtigung des A ergibt.

Hinweis: Der BGH hat früher bei der Bürgschaft an § 167 Abs. 2 BGB festgehalten.⁹ Es ist daher mit entsprechender Begründung vertretbar, § 167 Abs. 2 BGB nicht teleologisch zu reduzieren. Zudem wäre es mit entsprechender Begründung vertretbar anzunehmen, der Verstoß gegen § 766 S. 1 BGB führe zur Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrages. Der BGH hatte dies in seiner Leitentscheidung angenommen, aber nicht begründet.¹⁰ In diesem Fall müssten Bearbeiter die Folgeprobleme hilfsgutachtlich prüfen.

dd) Ermächtigung kraft Rechtsscheins analog § 172 Abs. 2 BGB

B könnte aber auch kraft Rechtsscheins analog § 172 Abs. 2 BGB zur Ausfüllung ermächtigt gewesen sein. Die Analogie zu § 172 Abs. 2 BGB kann hier allerdings nicht über die Vergleichbarkeit von Vollmacht und Ausfüllungsermächtigung hergeleitet werden. Denn die parallele Situation zur Vollmachten-

⁶ Siehe hierzu etwa BGH, Urt. v. 3.3.1966 – II ZR 18/64 = NJW 1966, 1069 f.; *Schubert*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 155.

⁷ *Schubert*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 167 Rn. 19.

⁸ BGH, Urt. v. 29.2.1996 – IX ZR 153/95 = NJW 1996, 1467 (1468).

⁹ Siehe etwa BGH, Urt. v. 14.11.1991 – IX ZR 20/91 = NJW 1992, 1448 (1449 f.).

¹⁰ BGH, Urt. v. 29.2.1996 – IX ZR 153/95 = NJW 1996, 1467 (1469).

urkunde wäre eine Urkunde, aus der sich die Ausfüllungsermächtigung ergibt. Hier erhält die G-Bank nur die unterschriebene Bürgschaftserklärung. Eine Parallele zu § 172 Abs. 2 BGB besteht aber darin, dass B mit der Blankettbürgschaft einen schriftlich fixierten Rechtsschein geschaffen hat. Auf die Richtigkeit einer von B unterschriebenen Bürgschaftserklärung durften Dritte vertrauen. Dies entspricht auch der Wertung von § 440 Abs. 2 ZPO, wonach vermutet wird, dass der Text über der Unterschrift dem Willen des Ausstellers entspricht. Diese Parallele spricht für eine vergleichbare Interessenlage. Die planwidrige Regelungslücke kann auf das Fehlen einer entsprechenden Regelung gestützt werden.

Neben dem Rechtsschein erfordert die Rechtsscheinhaftung die Zurechenbarkeit des Rechtsscheins und die Schutzwürdigkeit des Dritten. B hat A das Blankettformular ausgehändigt, sodass ihm der Rechtsschein analog § 172 Abs. 2 BGB zurechenbar ist. Die G-Bank kannte das Fehlen einer wirksamen Ausfüllungsermächtigung nicht und musste es auch nicht kennen, weshalb sie analog § 173 BGB schutzwürdig ist.

B war folglich analog § 172 Abs. 2 BGB zur Ausfüllung ermächtigt.

Hinweis: Es ist mit entsprechender Begründung auch vertretbar, die Analogie abzulehnen. Auch Bearbeiter, die diesen Weg gehen, kommen im Ergebnis zu einem wirksamen Vertragsschluss. B hat das Ausfüllen nach §§ 177 Abs. 1, 184 Abs. 1 BGB genehmigt. Das Schriftformerfordernis des § 766 S. 1 BGB gilt nach § 182 Abs. 2 BGB nicht für die Genehmigung. Anders als bei § 167 Abs. 2 BGB wird bei § 182 Abs. 2 BGB eine teleologische Reduktion zur Verwirklichung der Warnfunktion von der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung grundsätzlich abgelehnt.¹¹

ee) Zwischenergebnis

Die Vervollständigung der Bürgschaftserklärung durch A ist B analog § 164 Abs. 1 S. 1 BGB zuzurechnen. Mit Zugang des Briefes hat B der G-Bank daher ein Angebot auf Abschluss eines Bürgschaftsvertrages unterbreitet.

b) Annahme durch die G-Bank

Die Bürgschaftserklärung wurde von einem vertretungsberechtigten Mitarbeiter der G-Bank abgeholt. Darin liegt eine konkludente Annahme, die der G-Bank gem. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB zuzurechnen ist. Die Annahme ist B zwar nicht nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB zugegangen. § 151 S. 1 Var. 1 BGB sieht jedoch vor, dass der Zugang entbehrlich ist, wenn dies nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist. Eine solche Verkehrssitte besteht insbesondere bei Angeboten, die auf einen für den Empfänger lediglich rechtlich vorteilhaften Vertrag gerichtet sind.¹² Dies trifft auf die Bürgschaft des B zu, weshalb der Zugang der Annahme nach § 151 S. 1 Var. 1 BGB entbehrlich ist.

2. Keine Nichtigkeit wegen Formmangels

Die Bürgschaftserklärung bedarf gem. § 766 S. 1 BGB der Schriftform. Andernfalls ist der Bürgschaftsvertrag nach § 125 S. 1 BGB nichtig. B hat die Bürgschaftserklärung unterschrieben, der Text wurde aber nachträglich von A ergänzt. Der Text muss jedoch nicht zwingend vor der Unterschrift abgefasst werden. Aus der Perspektive des Rechtsverkehrs kommt der Unterschrift eine Abschluss- und Zuord-

¹¹ Vgl. hierzu *Regenfus*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2024, § 182 Rn. 155 ff. m.w.N.

¹² *Eckert*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 151 Rn. 8.

nungsfunktion auch dann noch zu, wenn sie vor der Abfassung des Textes geleistet wurde.¹³

Eine Formnichtigkeit ergibt sich auch nicht aus § 494 Abs. 1 BGB analog. Für die analoge Heranziehung der Informationspflichten des § 492 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 247 Art. 6, 10–13 EGBGB fehlt jedenfalls an einer vergleichbaren Interessenlage. Denn anders als der Darlehensnehmer muss der Bürge nicht vor einem vorschnellen Abschluss eines Darlehensvertrages abgehalten werden.¹⁴

Hinweis: Da es sich bei der analogen Anwendung der §§ 494 ff. BGB um ein „Standardproblem“ handelt, ist selbstverständlich auch eine ausführlichere Diskussion möglich.

3. Keine Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit

Der Bürgschaftsvertrag ist auch nicht wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Bürgschaften naher Angehöriger sind nicht per se sittenwidrig. Die Sittenwidrigkeit erfordert hier, dass der Gläubiger die emotionale Verbundenheit eines finanziell krass überforderten Bürgen zum Darlehensnehmer ausnutzt.¹⁵ A und B sind zwar als Brüder nahe Angehörige und es kann von einer emotionalen Verbundenheit zwischen den beiden ausgegangen werden. Es fehlen jedoch Anhaltspunkte für eine krasse finanzielle Überforderung des B. Vielmehr ist B äußerst wohlhabend, was gegen eine finanzielle Überforderung des B spricht.

II. Bestehen der Hauptforderung

Hauptforderung ist der Anspruch der G-Bank gegen A auf Rückzahlung des Darlehens aus § 488 Abs. 1 S. 2 Var. 2 BGB. A und die G-Bank haben sich auf den Abschluss eines Darlehensvertrages geeinigt. Der Darlehensvertrag ist als Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag i.S.d. § 491 Abs. 2 BGB zu qualifizieren. A hat das Darlehen privat aufgenommen (vgl. § 13 BGB) und die G-Bank kam bei der Gewährung des Darlehens ihrer gewerblichen Tätigkeit nach (vgl. § 14 BGB). Ausschlussgründe nach § 491 Abs. 2 S. 2 BGB liegen nicht vor.

Der Vertrag muss gem. § 492 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB schriftlich geschlossen werden und die in Art. 247 §§ 6 bis 13 EGBGB geregelten Angaben enthalten. Art. 247 § 6 Abs. 2 S. 1 EGBGB fordert, dass bei Bestehen eines Widerrufsrechts nach § 495 BGB Angaben zur Frist und anderen Umständen des Widerrufs in den Vertrag aufgenommen werden müssen. A und die G-Bank schlossen den Bürgschaftsvertrag zwar schriftlich, der Vertrag enthielt aber keine Informationen über den Widerruf, obwohl A nach § 495 BGB ein Widerrufsrecht zusteht. Als Rechtsfolge für diesen Verstoß gegen Art. 247 § 6 Abs. 2 S. 1 EGBGB sieht § 494 Abs. 1 BGB die Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrages vor. Der Mangel wurde allerdings nach § 494 Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB dadurch geheilt, dass A das Darlehen empfangen hat.

III. Kein Widerruf

B hat den Bürgschaftsvertrag auch nicht wirksam gegenüber der G-Bank widerrufen. Zum einen hat er den Widerruf nicht erklärt. Ihm steht aber auch kein Widerrufsrecht zu. Als Widerrufsrecht kommt ein Fernabsatzvertrag nach §§ 312c, 312g Abs. 1 BGB in Betracht. § 312 Abs. 1 BGB erfordert aber für die Anwendbarkeit der §§ 312 ff. BGB, dass sich der Verbraucher zur Zahlung eines Preises verpflicht-

¹³ Einsele, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 126 Rn. 12.

¹⁴ Madus, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.11.2023, § 765 Rn. 73.

¹⁵ Habersack, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 764 Rn. 16.

tet. Einen „Preis“ entrichtet der Bürge jedoch nicht.¹⁶ Auch aus § 495 Abs. 1 BGB (analog) steht B kein Widerrufsrecht zu. Da es sich bei der Bürgschaft nicht um eine entgeltliche Finanzierungshilfe i.S.d. § 506 Abs. 1 S. 1 BGB handelt,¹⁷ ist § 495 Abs. 1 BGB nicht über die dortige Verweisung anwendbar. Für eine analoge Anwendung fehlt es jedenfalls an einer vergleichbaren Interessenlage. § 495 Abs. 1 BGB geht auf die Verbraucherkreditrichtlinie zurück. Die mit der Richtlinie verfolgte Markttransparenz für Kreditbedingungen ist aber nur für den Kreditnehmer relevant und nicht für Sicherungsgeber.¹⁸ Zudem besteht anders als für den Darlehensnehmer für den Bürgen keine Gefahr vorschnell zum Abschluss eines Darlehensvertrages gelockt zu werden, ohne vorher das Angebot mit denen anderer Darlehensgeber zu vergleichen.¹⁹

IV. Fälligkeit

Das Darlehen müsste fällig sein. Der Darlehensvertrag sieht eine Rückzahlung von 2.500 € monatlich vor. Die 20.000 € der ersten acht Raten sind daher fällig. Der Restbetrag ist fällig, wenn die Kündigung des Darlehensvertrages durch die G-Bank den Darlehensvertrag wirksam war. A befand sich mit zwei aufeinanderfolgenden Raten und einem Gesamtbetrag von 20.000 € (also 10 % des Darlehens) in Verzug. Die G-Bank hat A erfolglos und nach § 492 Abs. 5 BGB formgerecht eine zweiwöchige Frist zur Zahlung des rückständigen Betrags gesetzt und darauf hingewiesen, dass sie bei Nichtzahlung innerhalb der Frist die gesamte Restschuld verlange. Dadurch war die G-Bank gem. § 498 Abs. 1 S. 1 BGB zur Kündigung des Darlehens berechtigt. Da die G-Bank die Kündigung auch nach § 492 Abs. 5 BGB formgerecht erklärt hat, war der gesamte Darlehensbetrag fällig.

V. Einrede der Vorausklage

B hat sich selbstschuldnerisch verbürgt. Dadurch steht ihm die Einrede der Vorausklage gem. § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB nicht zu.

VI. Einrede der Gestaltbarkeit analog § 770 Abs. 1 BGB

B könnte A aber die Einrede der Gestaltbarkeit analog § 770 Abs. 1 BGB entgegenhalten. § 770 Abs. 1 BGB beschränkt sich nach seinem Wortlaut auf die Einrede, dass der Hauptschuldner seine, auf den Vertrag mit dem Gläubiger gerichtete, Willenserklärung anfechten kann. § 770 Abs. 1 BGB könnte aber analog für Fälle angewendet werden, in denen der Hauptschuldner den Vertrag mit dem Gläubiger widerrufen kann. Dafür müsste A den Darlehensvertrag widerrufen können und die Voraussetzungen für eine Analogie zu § 770 Abs. 1 BGB müssten vorliegen.

1. Widerrufsmöglichkeit

A steht gem. § 495 Abs. 1 BGB ein Widerrufsrecht zu. Die Widerrufsfrist beträgt zwar nach § 355 Abs. 2

¹⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 22.9.2020 – XI ZR 219/19 = NJW 2020, 3649 zur Fassung vor 2022. Dass der heutige Wortlaut enger gefasst ist, wird als Bestätigung dieser Rechtsprechung gedeutet, vgl. *Busch*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2023, § 312 Rn. 29 f.

¹⁷ OLG Stuttgart, Urt. v. 22.7.1997 – 6 U 31/97 = NJW 1997, 3450.

¹⁸ *Madaus*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.11.2023, § 765 Rn. 73, vgl. auch EuGH, Urt. v. 23.3.2000 – C-208/98 (Berliner Kindl) = NJW 2000, 1323 (1324 Rn. 25).

¹⁹ Siehe hierzu *Fervers*, AcP 222 (2022) 604 (625 m.w.N. sowie 621–625 insgesamt zu der Frage der analogen Anwendung des § 495 Abs. 1 BGB zugunsten des Bürgen).

S. 1, 2 BGB grundsätzlich 14 Tage beginnend mit dem Vertragsschluss. § 356b Abs. 2 S. 1 BGB ergänzt § 355 Abs. 2 S. 2 BGB aber dahingehend, dass die Frist nicht beginnt, bevor die Pflichtangaben aus § 492 Abs. 2 BGB nachgeholt wurden. Der Darlehensvertrag enthielt nicht die nach § 492 Abs. 2 BGB, Art. 247 § 6 Abs. 2 S. 1 EGBGB notwendigen Angaben. Die Widerrufsfrist hat daher nach § 356b Abs. 2 S. 1 BGB noch nicht begonnen. Ein Ausschluss durch Ablauf einer Höchstfrist ist für Allgemein-Verbraucherdarlehensverträge nicht vorgesehen, vgl. § 355b Abs. 2 S. 4 BGB. A kann den Darlehensvertrag daher weiterhin widerrufen.

2. Planwidrige Regelungslücke

Unklar ist, ob für die Einrede der Gestaltbarkeit eine planwidrige Regelungslücke vorliegt. § 770 Abs. 1 BGB beschränkt sich ausdrücklich nur auf die Gestaltungsmöglichkeit durch eine Anfechtung. Dies legt den Schluss nahe, der Gesetzgeber habe bewusst von einer Erweiterung auf andere Gestaltungsrechte des Hauptschuldners abgesehen. Gestützt wird diese Folgerung durch die Gesetzgebungsmaterialien. Danach wurde zwar beantragt, eine entsprechende Einrede zu schaffen, wenn dem Hauptschuldner ein Rücktrittsrecht zusteht. Der Antrag wurde aber zurückgenommen, nachdem darauf hingewiesen wurde, dass weitere Einreden des Bürgen die Rechtsstellung des Gläubigers zu stark einschränken würden.²⁰ Der Gesetzgeber war sich der Regelungslücke daher bewusst.

Hinweis: Die Bearbeiter sollten sich insbesondere mit dem Wortlaut des § 770 Abs. 1 BGB auseinandersetzen. Die Begründung über die Gesetzesmaterialien kann nicht erwartet werden.

Es ist gut vertretbar, mit der h.M.²¹ eine planwidrige Regelungslücke anzunehmen. Dann wäre auf die Vergleichbarkeit der Interessenlagen einzugehen. Hierfür spricht insbesondere, dass die Erweiterung des Akzessorietätsgrundsatzes auch für andere Gestaltungsrechte passt. Der Bürge kann das Recht nicht selbst ausüben, sodass eine ungewisse Lage besteht, bis der Hauptschuldner das Gestaltungsrecht ausübt oder nicht mehr ausüben kann. Ein Schutzbedürfnis besteht jedenfalls dann, wenn der Bürge – wie hier – sich nicht auf andere Einreden des Hauptschuldners (insbesondere § 320 Abs. 1 BGB) berufen kann und er nicht effektiv auf den Hauptschuldner einwirken kann, damit dieser das Gestaltungsrecht ausübt. In diesem Fall ist die teleologische Reduktion zu diskutieren.

3. Teleologische Reduktion des § 770 Abs. 1 BGB

Fraglich ist zudem, wie es sich auswirkt, dass die Bürgschaft auch den Rückgewähranspruch aus §§ 355 Abs. 3 S. 1, Abs. 1 S. 1, 356b Abs. 1, Abs. 2 BGB umfassen würde.²² Dieser Anspruch entspricht wirtschaftlich dem Anspruch aus § 488 Abs. 1 S. 2 Var. 2 BGB, weshalb die Bürgschaftserklärung so ausgelegt werden kann, dass sich B auch für diesen Rückgewähranspruch verbürgen wollte. B haftet daher unabhängig davon, ob A den Darlehensvertrag widerruft. § 770 Abs. 1 BGB schützt den Bürgen aber gerade während der Schwebelage, da Ungewissheit darüber besteht, ob die Hauptschuld bestehen bleibt. Da sich erst die Ausübung des Gestaltungsrechts auf die Hauptforderung auswirkt, der Bürge es aber nicht selbst ausüben kann, wird der Bürge durch die Einrede geschützt, bis die Schwebelage beendet ist. Vorausgesetzt wird dabei aber, dass der Bürge in dieser Schwebelage

²⁰ *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, 1899, S. 1022.

²¹ Siehe nur BGH, Urt. v. 10.1.2006 – XI ZR 169/05 = NJW 2006, 845 (846 Rn. 13); *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 770 Rn. 6; *Rohe*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 770 Rn. 5.

²² Ob die Bürgschaft auch Rückgewähransprüche umfasst, ist eine Frage der Vertragsauslegung. Dabei werden tendenziell geringe Anforderungen gestellt, *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 765 Rn. 66.

Kaufmann: Geteiltes Leid ist halbes Leid?

schutzwürdig ist. An einem Schutzbedürfnis fehlt es aber, wenn der Bürge – wie hier – auch für den etwaigen Rückforderungsanspruch einsteht. § 770 Abs. 1 BGB ist daher teleologisch zu reduzieren, sodass die Einrede nur in der Höhe geltend gemacht werden kann, in der sich die Forderung durch die Ausübung des Gestaltungsrechts verringern würde. Nur in Bezug auf diese Höhe besteht ein Schutzbedürfnis bei der Schwebelage. Die Einschränkung der Einrede führt zu einem Gleichlauf mit der Handhabung der Einrede aus § 770 Abs. 2 BGB. Auch hier ist anerkannt, dass der Bürge die Leistung nur in der Höhe verweigern darf, in der sich die Forderungen decken, also die Hauptforderung im Falle der Aufrechnung nach § 389 BGB erlöschen würde.

Da der Rückgewähranspruch aus §§ 355 Abs. 3 S. 1, Abs. 1 S. 1, 356b Abs. 1, Abs. 2 BGB ebenfalls auf die Zahlung von 200.000 € gerichtet ist, ist die Einrede vollständig ausgeschlossen.

Hinweis: Die teleologische Reduktion des § 770 Abs. 1 BGB ist nicht leicht zu erkennen. Die Diskussion dieser Frage stellt deshalb eine besondere Leistung dar.

VII. Ergebnis

Demnach steht der G-Bank gegen B ein Anspruch auf Zahlung von 200.000 € aus § 765 Abs. 1 BGB zu.

Aufgabe 2: Anspruch auf Duldung der Verwertung beider Oldtimer i.H.v. bis zu 200.000 € aus §§ 1228 Abs. 2 S. 1, 1204, 774 Abs. 1 S. 1, 1250 Abs. 1 S. 1 BGB

B könnte gegen P gem. §§ 1228 Abs. 2 S. 1, 1204, 774 Abs. 1 S. 1, 1250 Abs. 1 S. 1 BGB einen Anspruch auf Duldung der Verwertung beider Oldtimer i.H.v. bis zu 200.000 € haben.

I. Entstehen des Pfandrechts bei der G-Bank

P hat B kein Pfandrecht eingeräumt. Er könnte aber der G-Bank ein Pfandrecht eingeräumt haben, das auf B übergegangen ist.

1. Einräumung des Pfandrechts, § 1205 Abs. 1 BGB

P hat sich mit der G-Bank über die Einräumung eines Pfandrechts an den Oldtimern geeinigt (sog. Pfandbestellungsvertrag). Er hat die Oldtimer übergeben und war als Eigentümer zur Einräumung des Pfandrechts berechtigt. Mit dem Pfandrecht sollte die Forderung der G-Bank gegen A auf Rückzahlung des Darlehens gesichert werden. Wie bereits geprüft, besteht diese Forderung. P hat der G-Bank folglich wirksam ein Pfandrecht an den Oldtimern eingeräumt.

2. Anfechtung, § 142 Abs. 1 BGB

P könnte den (dinglichen) Pfandbestellungsvertrag angefochten haben, sodass seine darauf gerichtete Willenserklärung gem. § 142 Abs. 1 BGB *ex tunc* nichtig ist.

a) Anfechtungsgrund

aa) Arglistige Täuschung, § 123 Abs. 1 Var. 1 BGB

Als Anfechtungsgrund kommt insbesondere § 123 Abs. 1 Var. 1 BGB in Betracht. A hat P von seinen

wirtschaftlichen Erfolgen und der guten Auftragslage erzählt, dabei aber bewusst nicht erwähnt, dass die Auftragslage eingebrochen ist. Diese Erklärung erweckt den Anschein, als ob die gute Auftragslage immer noch bestehen würde. Seine Erklärung ist daher irreführend, sodass A den P aktiv über die Auftragslage getäuscht hat. Auf eine Täuschung durch Unterlassen kommt es deshalb nicht an. Die Täuschung durch A war vorsätzlich und widerrechtlich und hat bei P einen entsprechenden Irrtum erregt. Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung könnte aber gem. § 123 Abs. 2 S. 1 BGB ausgeschlossen sein. Dafür müsste A Dritter i.S.d. § 123 Abs. 2 S. 1 BGB sein. Dritter ist jede Person, die nicht im Lager des Erklärungsempfängers steht.²³ Als A den P zur Gewährung von Sicherheiten überreden wollte, ist A aber im eigenen Interesse aufgetreten, da er die Sicherheiten benötigte, um das Darlehen zu erhalten. Er trat daher nicht als Interessenvertreter der G-Bank auf, weshalb er Dritter i.S.d. § 123 Abs. 2 S. 1 BGB ist.²⁴ Da die G-Bank die Täuschung durch A weder kannte noch kennen musste, ist die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 Abs. 2 S. 1 BGB ausgeschlossen.

bb) Eigenschaftsirrtum, § 119 Abs. 2 Var. 1 BGB

Ein Anfechtungsgrund könnte sich auch aus § 119 Abs. 2 Var. 1 BGB ergeben. P hatte A für geschäftstüchtig und daher für zahlungsfähig gehalten. Die Eigenschaft i.S.d. § 119 Abs. 2 Var. 1 BGB muss nach dem Wortlaut der Norm nicht zwingend eine Eigenschaft des Vertragspartners sein. Auch wenn sich P mit der G-Bank über die Einräumung des Pfandrechts geeinigt hat, scheitert die Anfechtung nicht bereits daran, dass sich P maximal über eine Eigenschaft des A geirrt hat. Geschäftstüchtigkeit und Zahlungsfähigkeit sind zudem Merkmale, die einer Person zumindest für eine gewisse Dauer anhaften oder sie kennzeichnen, weshalb sie Eigenschaften i.S.d. § 119 Abs. 2 Var. 1 BGB sind. Diese Eigenschaften des Hauptschuldners wurden von P bei der Einräumung des Pfandrechts der Einigung zumindest konkludent zugrunde gelegt. Ein Irrtum über sie berechtigt hier jedoch nicht zur Anfechtung, da der Irrtum vertraglich in der Risikosphäre des P liegt. Kreditsicherheiten werden gerade für den Zweck eingeräumt, sie zu verwerten, wenn der Hauptschuldner nicht zahlungsfähig ist. Dieser Zweck könnte nicht erreicht werden, wenn die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners den Sicherungsgeber zur Anfechtung berechtigen würde.²⁵

b) Anfechtungserklärung, § 143 Abs. 1, Abs. 2 Var. 1 BGB

Neben dem Anfechtungsgrund fehlt es auch an der Anfechtungserklärung. P hat zwar B gegenüber erklärt, er hätte die Oldtimer nie verpfändet, wenn er von der schlechten Auftragslage oder der Geschäftsuntüchtigkeit des A gewusst hätte. Diese Erklärung lässt sich nach §§ 133, 157 BGB als Anfechtungserklärung auslegen.

B müsste aber auch der richtige Anfechtungsgegner sein. Gem. § 143 Abs. 2 Var. 1 BGB ist bei einem Vertrag der andere Teil der richtige Anfechtungsgegner. Anderer Teil beim Pfandbestellungsvertrag war jedoch die G-Bank. Das Pfandrecht ist zwar aufgrund der Zahlung gem. §§ 774 Abs. 1 S. 1, 1250 Abs. 1 S. 1 BGB auf B zusammen mit der Darlehensforderung übergegangen. Dies ändert aber nichts daran, dass die G-Bank Empfänger der Willenserklärung des P war. B ist zwar wirtschaftlich von der

²³ Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 879; Armbrüster, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2023, § 123 Rn. 74.

²⁴ Zur vergleichbaren Situation bei der Täuschung durch den Hauptschuldner bei der Bürgschaft Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 41 Rn. 115; BGH, Urt. v. 9.4.1992 – IX ZR 145/91 = NJW-RR 1992, 1005 (1006).

²⁵ Armbrüster, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2023, § 119 Rn. 139; Singer, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2021, § 119 Rn. 89.

Kaufmann: Geteiltes Leid ist halbes Leid?

Anfechtung betroffen, weshalb erwogen wird, dem Schuldner ein Wahlrecht einzuräumen, ob er gegenüber dem Zedenten oder dem Zessionar aufrechnen will.²⁶ Dies würde aber dazu führen, dass der Schuldner durch den Forderungsübergang plötzlich besser stehen würde, was dem Grundsatz der zessionsrechtlichen Identität widerspricht.²⁷ Zudem könnte sinnvollerweise nur dem Zedenten ein Schadensersatzanspruch aus § 122 Abs. 1 BGB zustehen.²⁸

P konnte gegenüber B daher nicht wirksam anfechten.

Hinweis: Die Gegenauffassung ist mit entsprechender Begründung ebenfalls vertretbar. Bearbeiter mussten zudem nicht den Anfechtungsgrund und die Anfechtungserklärung prüfen. Ausreichend war, eine dieser beiden Voraussetzungen zu prüfen, zu diskutieren und abzulehnen.

c) Zwischenergebnis

Es liegt weder ein Anfechtungsgrund noch eine wirksame Anfechtungserklärung vor. Der Pfandbestellungsvertrag ist folglich nicht gem. § 142 Abs. 1 BGB nichtig.

3. Anfängliche Übersicherung, § 138 Abs. 1 BGB

Die Einräumung des Pfandrechts könnte wegen anfänglicher Übersicherung nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein. Ein dafür notwendiges auffälliges Missverhältnis kommt in Betracht, wenn der aus den Sicherheiten realisierbare Vermögenswert über 200 % der Forderungshöhe beträgt.²⁹ Die G-Bank war bereits durch die Bürgschaft mit einem Haftungsumfang von 200.000 € gesichert. Durch die Pfandrechte erhält die G-Bank Verwertungsrechte an den Oldtimern, die zusammen ebenfalls einen Wert von 200.000 € haben. Die Sicherungen betragen demnach 200 % der gesicherten Forderungshöhe.

Eine Übersicherung führt bei Pfandrechten jedoch nicht zur Sittenwidrigkeit. Die §§ 1222, 1230 BGB setzen eine Übersicherung gerade voraus. Der Verpfänder wird dadurch auch nicht unzumutbar benachteiligt, da er durch die dingliche Surrogation nach § 1247 S. 2 BGB und die Akzessorietät geschützt wird. Eine Übersicherung ist daher bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs zulässig und stellt keinen Verstoß gegen die guten Sitten dar.³⁰

II. Übergang des Pfandrechts auf B

B hat durch die Zahlung der 200.000 € die G-Bank befriedigt, sodass der Anspruch der G-Bank gegen A auf Rückzahlung des Darlehens aus § 488 Abs. 1 S. 2 Var. 2 BGB auf B gem. § 774 Abs. 1 S. 1 BGB übergegangen ist. Damit geht nach §§ 774 Abs. 1 S. 1, 1250 Abs. 1 S. 1 BGB auch das Pfandrecht auf B über.

III. Umfang des Verwertungsrechts

Aus den Pfandrechten wäre B grundsätzlich berechtigt, sich durch den Verkauf der gepfändeten

²⁶ Dörner, Dynamische Relativität, 1985, S. 248 f.; Neumann-Duesberg, NJW 1971, 271 (272); Scheyhing, in: Nörr/Scheyhing, Sukzessionen, 1. Aufl. 1983, S. 53.

²⁷ Lieder, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2024, § 404 Rn. 29.1.

²⁸ Nörr, in: Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Sukzession, 2. Aufl. 1999, S. 41.

²⁹ Fischinger, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2021, § 138 Rn. 378.

³⁰ BGH, Urt. v. 17.1.1995 – XI ZR 192/93 = NJW 1995, 1085 (1086).

Sachen in der Höhe der gesicherten Forderung zu befriedigen. B würde demnach grundsätzlich bis zu 200.000 € des Veräußerungserlöses zustehen.

Die strikte Gesetzesanwendung würde dazu führen, dass bei gleichstufigen Sicherungen ein Sicherungsgeber immer vollständigen Regress bei anderen Sicherungsgebern suchen könnte. Der zuletzt in Anspruch genommene Sicherungsgeber würde hingegen den Schaden tragen. Auf ihn geht nur ein ungesicherter Anspruch über, der sich gegen einen typischerweise wenig solventen Schuldner richtet. Privilegiert wird also der Sicherungsgeber, der zuerst zahlt, weshalb es zu einem „Wettlauf der Sicherungsgeber“ kommt.

Dieses Ergebnis könnte durch eine Analogie zu §§ 1225 S. 2, 774 Abs. 2 BGB korrigiert werden, sodass ein anteiliger Ausgleich nach dem Gedanken des Gesamtschuldnerausgleichs erfolgt.

1. Planwidrige Regelungslücke

Dafür müsste eine planwidrige Regelungslücke vorliegen. Das Gesetz regelt den Ausgleich zwischen Sicherungsgebern an verschiedenen Stellen: §§ 1225 S. 2, 774 Abs. 2 BGB ordnen für Bürgen und Verpfänder einen anteiligen Ausgleich an, wenn es sich um gleichartige Sicherheiten handelt. § 1173 Abs. 1 BGB hingegen schließt einen Regress bei einer Gesamthypothek aus. Zweifel an der Planwidrigkeit der Regelungslücke weckt auch die Differenzierung zwischen den Verweisungen. Denn während § 1225 S. 2 BGB auf den gesamten § 774 BGB verweist, gilt nach § 1143 Abs. 1 S. 2 BGB lediglich § 774 Abs. 1 BGB. Dies erweckt den Anschein, als habe sich der Gesetzgeber mit dem Ausgleich der Sicherungsgeber gründlich auseinandergesetzt.

Das Festhalten an dem Prioritätsprinzip führt jedoch zu zufälligen Ergebnissen. Denn der Gläubiger hat in der Hand, welcher Sicherungsgeber endgültig haftet.³¹ Er hat die Wahl, an welchen Sicherungsgeber er sich wendet und damit von der endgültigen Haftung freistellt. Auch wenn durch das Prioritätsprinzip als positiver Nebeneffekt die Sicherungsgeber zu einer zügigen Leistung angespornt werden,³² ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber sich nicht bewusst für eine willkürliche Haftung ausgesprochen hat. Damit liegt eine planwidrige Regelungslücke vor.

2. Vergleichbarkeit der Interessenlagen mit §§ 1225 S. 2, 774 Abs. 2 BGB

Eine vergleichbare Interessenlage zu §§ 1225 S. 2, 774 Abs. 2 BGB wird in der Literatur teilweise abgelehnt und stattdessen eine Analogie zu § 1173 Abs. 1 BGB befürwortet.³³ Dies würde einen Regress ausschließen. Dafür wird angeführt, die Sicherungsgeber könnten, wenn sie es für notwendig erachten, den Regress selbst regeln. Hätten sie keine Kenntnis voneinander, haben sie auch nicht erwartet, bei einem anderen Sicherungsgeber Regress nehmen zu können.³⁴ Dieses Modell löst aber nicht das Ausgangsproblem. Wenn kein Regress möglich ist, wird der Wettlauf der Sicherungsgeber nur verstärkt. Zudem handelt es sich bei § 1173 Abs. 1 BGB um eine Ausnahmegesetzvorschrift, die nicht analogiefähig ist.³⁵

Der anteilige Ausgleich analog §§ 1225 S. 2, 774 Abs. 2 BGB löst hingegen den Wettlauf der Sicherungsgeber auf und zufällige Ergebnisse werden vermieden. Zudem wird ein Gleichlauf zwischen

³¹ Kerbein, JA 1999, 377 (378).

³² Mertens/Schröder, Jura 1992, 305 (310).

³³ Becker, NJW 1971, 2151 (2154).

³⁴ Becker, NJW 1971, 2151 (2154).

³⁵ Kerbein, JA 1999, 377 (380); kritisch auch Mertens/Schröder, Jura 1992, 305 (307); siehe auch BGH, Urt. v. 29.6.1989 – IX ZR 175/88 = NJW 1989, 2530 (2531 f.).

dem Ausgleich bei gleichartigen und ungleichartigen Sicherungen hergestellt. Die Interessenlagen sind folglich vergleichbar.

Etwas anders gilt auch nicht, wenn – wie hier – einer der Sicherungsgeber ein Bürge ist. In der Literatur wird vielfach eine einseitige Privilegierung des Bürgen gefordert. Bei einem Ausgleich soll er vollständig Regress nehmen dürfen, selbst aber nicht von anderen Sicherungsgebern in Regress genommen werden können.³⁶ Da der Bürge persönlich hafte und regelmäßig aus altruistischen Motiven handele, sei er besonders schutzwürdig.³⁷ Zudem soll in § 776 BGB eine Privilegierung des Bürgen angelegt sein. § 776 BGB regelt aber nur das Verhältnis des Bürgen zum treuwidrig handelnden Gläubiger. Die Norm verhält sich nicht zum Verhältnis zwischen den Sicherungsgebern.³⁸ Die Schutzwürdigkeit des Bürgen rechtfertigt auch keine andere Entscheidung. Er ist das Risiko der Haftung bewusst eingegangen. Dass er persönlich haftet, wird durch Schutzvorschriften wie § 766 S. 1 BGB schon bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages berücksichtigt. Ohne gesetzliche Anordnung darf sein Risiko nicht auf andere Sicherungsgeber abgewälzt werden.³⁹

Hinweis: Eine so ausführliche Darstellung des Problems wurde von den Bearbeitern nicht erwartet. Eine kürzere Diskussion des Problems ist daher gut möglich.

Neben der hier vertretenen Auffassung ist es mit entsprechender Begründung auch vertretbar, einen Regress vollständig zuzulassen oder ganz auszuschließen. Zudem ist eine andere Darstellung des Streitstands möglich. Wichtig ist nur, dass die Bearbeiter normbezogen argumentieren.

3. Anteiliger Ausgleich

Demnach gehen die Pfandrechte zwar auf B über, er ist aber nur zu einer anteiligen Verwertung berechtigt. Der Anteil richtet sich analog §§ 1225 S. 2, 774 Abs. 2, 426 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich nach Köpfen. Da B und P Sicherheiten in gleicher Höhe eingeräumt haben, ergibt sich aus diesen auch nichts „anderes“ i.S.d. § 426 Abs. 1 S. 1 BGB. B ist daher nur zu einer Verwertung i.H.v. 100.000 € berechtigt. Dies ändert allerdings nichts daran, dass ein Pfandrecht an beiden Oldtimern besteht. B ist auch weiterhin berechtigt, beide Oldtimer zu verwerten, sofern dies erforderlich ist, vgl. § 1230 S. 1, 2 BGB.

IV. Fälligkeit der Hauptforderung

Die gesicherte Darlehensforderung ist fällig (siehe oben).

V. Einrede der Gestaltbarkeit § 1210 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 770 Abs. 1 BGB analog

Zwar kann A den Darlehensvertrag mit der G-Bank widerrufen. Mangels planwidriger Regelungslücke kann P dies B nicht als Einrede nach § 1210 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 770 Abs. 1 BGB analog entgegenhalten (siehe oben).

³⁶ Baur/Stürner, Sachenrecht, 19. Aufl. 2024, § 38 Rn. 103, § 55 Rn. 23; Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, 5. Aufl. 2006, Rn. 1324–1328; Tiedtke, WM 1990, 1270 (1273).

³⁷ Tiedtke, WM 1990, 1270 (1273).

³⁸ Vgl. Gursky, JZ 1997, 1154 (1165).

³⁹ BGH, Urt. v. 16.1.1991 – IV ZR 263/89 = NJW-RR 1991, 682 (683).

Hinweis: Wer in der ersten Aufgabe die Analogie zu § 770 Abs. 1 BGB angenommen hat, muss konsequenterweise P die Einrede hier zugestehen.

VI. Einrede aus § 273 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 412, 404 BGB

P könnte ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB zustehen. Gem. §§ 412, 404 BGB kann P dem B auch ein Zurückbehaltungsrecht entgegenhalten, das ihm gegen die G-Bank zustand. Hierfür müsste P ein Anspruch gegen die G-Bank zustehen, der Anspruch muss bereits vor dem Übergang der Forderung fällig gewesen sein und in Konnexität zum Anspruch auf Duldung der Verwertung der Pfänder stehen.

1. Anspruch des P gegen die G-Bank aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB

P könnte gegen die G-Bank ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zustehen. Zwischen P und der G-Bank bestand aufgrund des Pfandrechts ein gesetzliches Schuldverhältnis. Aus diesem traf die G-Bank insbesondere nach § 1215 BGB die Pflicht zur Verwahrung der Pfänder. Dazu gehört auch die Pflicht, die Pfandsache zu schützen. Die G-Bank hat die Oldtimer leichten Witterungsbedingungen ausgesetzt, was zu Rostschäden an einem der Oldtimer geführt hat. Durch die unsachgemäße Lagerung hat sie ihre Pflicht zum Schutz der Pfandsache fahrlässig verletzt. Möglich wäre aber, dass die G-Bank entsprechend § 690 BGB in ihrer Haftung privilegiert und ihre Sorgfalt auf die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten beschränkt ist. § 1215 BGB regelt selbst nur die Pflicht zur Verwahrung der Pfandsache. Für die weitere Ausgestaltung dieser Pflicht werden die §§ 688 ff. BGB entsprechend herangezogen.⁴⁰ § 690 BGB privilegiert den Verwahrer bei der unentgeltlichen Verwahrung. Auch wenn die G-Bank keine (weitere) Leistung für die Verwahrung erhält, besitzt sie die Pfandsache anders als der unentgeltliche Verwahrer im eigenen Interesse. Die Privilegierung beruht aber auf der Fremdnützigkeit der unentgeltlichen Verwahrung.⁴¹ Da dieser Zweck auf die Verwahrung der Pfandsache nicht zutrifft, wird der Pfandgläubiger nicht entsprechend § 690 BGB privilegiert. Durch die unsachgemäße Lagerung ist P ein Schaden i.H.v. 30.000 € entstanden. P steht demnach gegen die G-Bank ein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 30.000 € aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zu.

2. Anspruch des P gegen die G-Bank aus § 823 Abs. 1 BGB

Neben dem Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB steht P gegen die G-Bank auch ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB in gleicher Höhe zu. Die G-Bank hat die Oldtimer fahrlässigerweise falsch gelagert. Dadurch wurde das Eigentum des P an dem Oldtimer verletzt. Aus dieser Verletzung des Eigentums ist P ein Schaden i.H.v. 30.000 € entstanden.

3. Fälligkeit im Zeitpunkt des Forderungsübergangs und Konnexität

Die Ansprüche waren gem. § 271 Abs. 1 BGB sofort und damit bereits vor dem Übergang der Pfandrechte fällig. Die Ansprüche des P beruhen auf Verletzungen von Pflichten der G-Bank als Pfandgläubigerin. Damit stammen sie aus demselben rechtlichen Verhältnis i.S.d. § 273 Abs. 1 BGB.

⁴⁰ Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 1215 Rn. 2; Schmidt, in: Erman, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2023, § 1215 Rn. 5.

⁴¹ Henssler, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 690 Rn. 1.

4. Zwischenergebnis

P kann gegenüber B ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB entgegenhalten.

VII. Ergebnis

B steht gegen P gem. §§ 1228 Abs. 2 S. 1, 1204, 774 Abs. 1 S. 1, 1250 Abs. 1 S. 1 BGB ein Anspruch auf Verwertung der Oldtimer i.H.v. bis zu 100.000 € Zug um Zug gegen Zahlung von 30.000 € durch die G-Bank zu.

Aufgabe 3: Erfolg einer Klage des D mit dem Ziel, die Vollstreckung in die Yacht zu verhindern

Hinweis: Die dritte Aufgabe gibt den Bearbeitern noch eine Möglichkeit, sich abzuheben. Auch ohne Bearbeitung dieser Aufgabe können problemlos durchschnittliche Noten vergeben werden. Bei der Bearbeitung dieser Aufgabe liegt der Schwerpunkt auf der Frage, ob Sicherungseigentum ein die Veräußerung hinderndes Recht i.S.d. § 771 Abs. 1 ZPO ist. Alle übrigen Voraussetzungen konnten im verkürzten Gutachtenstil oder Feststellungsstil geprüft werden.

I. Zulässigkeit

1. Statthaftigkeit

Statthaft könnte eine Drittwiderspruchsklage nach § 771 Abs. 1 ZPO sein. Dafür müsste D ein die Veräußerung hinderndes Recht geltend machen. D macht geltend, ihm stehe Sicherungseigentum an der Yacht zu. Problematisch ist aber, ob Sicherungseigentum überhaupt ein die Veräußerung hinderndes Recht ist.

Eigentum ist als stärkstes dingliches Recht ein die Veräußerung hinderndes Recht i.S.d. § 771 Abs. 1 ZPO. Für das Sicherungseigentum könnte aber etwas anderes gelten. Hierfür spricht, dass Sicherungseigentum wirtschaftlich gesehen einem besitzlosen Pfandrecht gleichsteht. Dies drückt auch § 51 Nr. 1 InsO aus. Während Eigentum in der Insolvenz grundsätzlich zur Aussonderung berechtigt, gewährt § 51 Nr. 1 InsO dem Sicherungseigentümer nur ein Absonderungsrecht. Er kann die Verwertung durch den Insolvenzverwalter gerade nicht verhindern, sondern wird nach der Verwertung nach § 170 Abs. 1 S. 2 InsO vorrangig befriedigt. Überträgt man diese Wertung auf die Einzelzwangsvollstreckung, dürfte dem Sicherungseigentümer nur ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung zustehen. In diesem Fall wäre § 805 Abs. 1 ZPO statthaft, nicht aber § 771 Abs. 1 ZPO.⁴²

Für die Einordnung als ein die Veräußerung hinderndes Recht und gegen die Statthaftigkeit von § 805 Abs. 1 ZPO spricht, dass auch der Sicherungseigentümer Volleigentümer der Sache ist. Juristisch gesehen besteht kein Qualitätsunterschied zwischen Sicherungseigentum und Eigentum, das aus anderen Gründen übertragen wurde. Ein Eigentum zweiter Klasse kennt das BGB nicht.⁴³ Zudem würde der Sicherungseigentümer um die Möglichkeit gebracht werden, die Sache selbst zu verwerten. Sofern er nach der Sicherungsabrede zum freihändigen Verkauf der Sache berechtigt ist, wird ihm dieses Privileg bei dem Weg über § 805 Abs. 1 ZPO genommen. Er müsste dann die Verwertung

⁴² So K. Schmidt/Brinkmann, in: MüKo-ZPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 771 Rn. 30.

⁴³ Sponheimer, JA 2018, 18 (20).

Kaufmann: Geteiltes Leid ist halbes Leid?

im Rahmen der Zwangsvollstreckung dulden, die regelmäßig zu geringeren Erlösen führt.⁴⁴ Will der Vollstreckungsgläubiger die Sache verwerten, kann er den Anspruch des Vollstreckungsschuldners auf Rückübertragung der Sache pfänden.⁴⁵

Auch das Sicherungseigentum stellt demnach ein die Veräußerung hinderndes Recht dar.

Hinweis: Eine andere Auffassung ist gut vertretbar.

2. Zuständigkeit

Sachlich zuständig ist gem. §§ 71 Abs. 1, 23 Nr. 1 GVG i.V.m. § 6 S. 1 Var. 3 ZPO das Landgericht. Die (ausschließliche) örtliche Zuständigkeit richtet sich gem. §§ 771 Abs. 1, 802 ZPO nach dem Gerichtsbezirk, in dem die Vollstreckung erfolgt ist. Da die Vollstreckung in die Yacht in Kiel erfolgt ist, ist örtlich ausschließlich das Landgericht Kiel für die Klage zuständig.

3. Rechtsschutzbedürfnis

Auch ein Rechtsschutzbedürfnis besteht, da die Zwangsvollstreckung bereits begonnen hat und noch nicht beendet ist.

Hinweis: Auf weitere allgemeine Zulässigkeits- oder Sachurteilsvoraussetzungen muss nicht eingegangen werden.

II. Begründetheit

Die Klage ist begründet, wenn D ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht. A hat D die Yacht zur Sicherung einer Forderung übertragen. Damit ist die Klage auch begründet.

Hinweis: Die Frage, ob Sicherungseigentum ein die Veräußerung hinderndes Recht ist, kann auch in der Begründetheit verortet werden.

III. Ergebnis

Eine Klage des D ist zulässig und begründet. Sie hat daher Erfolg.

⁴⁴ Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2021, § 45 Rn. 37; Staufenberg/Meurer, JA 2005, 796 (798).

⁴⁵ Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2021, § 45 Rn. 38.

Fortgeschrittenenhausarbeit Europarecht: Die Rechtsstaatskrise als Demokratiekrise – Zum Vertrags- verletzungsverfahren gegen die Lex Tusk

Prof. Dr. Claudio Franzius, Dr. Sebastian Hapka, Yannick Vogt, Bremen*

Die Hausarbeit behandelt eine zentrale Frage des Unionsverfassungsrechts. Inwieweit kann und darf der EuGH auf die in Art. 2 EUV normierten Werte zugreifen, um einen Beitrag zur Bewältigung der Rechtsstaats- und Demokratiekrise zu leisten, die ihren Ursprung in rechtspopulistischen Regierungen der Mitgliedstaaten haben? Der Fall betrifft ein vor dem EuGH anhängiges Vertragsverletzungsverfahren gegen die Republik Polen für ein von der alten Regierung in das Parlament eingebrachtes Gesetz, mit dem die Opposition daran gehindert werden sollte, in den Parlamentswahlen die Mehrheit zu erlangen.

Sachverhalt

Die polnische Regierung brachte 2023 einen Gesetzesentwurf im polnischen Parlament (Sejm) ein, der die Einrichtung einer „Staatskommission“ vorsah, die mit der Untersuchung eines Einflusses der Russischen Föderation auf die innere Sicherheit der Republik Polen im Zeitraum zwischen den Jahren 2007 und 2022 betraut werden sollte. Das Gesetz wurde im Sejm nach ordnungsgemäßem Verfahren verabschiedet und trat am 31.5.2023 in Kraft. Eine entsprechende Kommission wurde anschließend eingerichtet.

Das Gesetzesvorhaben wurde von der polnischen Opposition und unabhängigen Beobachtern aus dem Ausland kritisiert. Sie warfen der – inzwischen abgewählten – polnischen Regierungsmehrheit aus dem Frühjahr 2023 vor, mit der neu gegründeten Kommission den – vergeblichen – Versuch unternommen zu haben, oppositionelle Politiker im Wahlkampf zu benachteiligen und sie im Extremfall sogar von der Wahl auszuschließen. Ihren Vorwurf stützt die ehemalige Opposition auf das Zusammenspiel verschiedener im Zusammenhang mit dem Gesetz stehender Umstände und Faktoren. Zwar sei das Vorhaben der alten Regierungsmehrheit offensichtlich nicht von „Erfolg“ gekrönt gewesen, immerhin sei sie inzwischen abgewählt. Dass die alte Regierungsmehrheit aber diese Intention verfolgt habe, ergebe sich schon aus einer Zusammenschau der wesentlichen Bestimmungen des Gesetzes, die Einrichtung, Aufgaben und Kompetenzen der Staatskommission betreffen. Zum anderen habe die Regierung das Gesetz nicht ohne Grund im Frühjahr des Wahljahres 2023 angestoßen. Immerhin standen im Oktober 2023 Neuwahlen zum Sejm an, die durch die Kommission beeinflusst werden sollten.

Aus der Sicht der Opposition und vieler unabhängiger Kritiker richteten sich Gesetz und Kommission vor allem gegen den damaligen Oppositionsführer und jetzigen Ministerpräsidenten Donald Tusk, weshalb auch von einer „Lex Tusk“ gesprochen wird. Tusk war bereits während der 6. und 7. Legislaturperiode des Sejm Ministerpräsident der Republik Polen. Schon vor der Parlamentswahl 2023 nährten Politiker der national-konservativen Partei Prawo i Sprawiedliwość (PiS) immer wieder

* Prof. Dr. Claudio Franzius ist Professor für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht und Umweltrecht an der Universität Bremen und leitet dort die Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht. Dr. Sebastian Hapka und Yannick Vogt sind Wiss. Mitarbeiter dort. Der Sachverhalt wurde als Semesterabschlussarbeit im „Europarecht“ (Sommersemester 2024) an der Universität Bremen zur Bearbeitung gestellt.

das Narrativ, Tusk habe sich in den ersten Amtszeiten „russlandfreundlich“ verhalten. Das müsse zwingend in die Bewertung des Gesetzes aus dem Mai 2023 einbezogen werden.

Die Europäische Kommission teilte diese Bedenken einer politischen Instrumentalisierung der neuen Einrichtung zum Nachteil der polnischen Opposition. Nachdem der Justizkommissar dem polnischen Europaminister mitteilte, es sei „unmöglich, so ein System zu haben und nicht gegen eine Verwaltungsentscheidung vor einem unabhängigen Richter klagen zu können“ und diesen um weitere Auskünfte gebeten hatte, eröffnete die Kommission am 8.6.2023 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Republik Polen. Die Kommission ist der Auffassung, das neue Gesetz verstoße gegen den Grundsatz der Demokratie (Art. 2 EUV), die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und des Rückwirkungsverbot von Strafen (Art. 49 GRC) sowie das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf (Art. 47 GRC).

Aus Sicht der Kommission greife das neue Gesetz in unzulässiger Weise in den demokratischen Prozess ein. Der Ausschuss könnte durch seine Aktivitäten die Wirksamkeit der politischen Rechte von Personen, die bei demokratischen Wahlen gewählt wurden, einschränken. Zudem könne der Ausschuss weitreichende Sanktionen verhängen, die es einem Beamten für einen Zeitraum von bis zu zehn Jahren untersagen, Funktionen im Zusammenhang mit der Verwendung öffentlicher Mittel wahrzunehmen. Dies ähnele der Kommission zufolge der Art der im Strafgesetzbuch vorgesehenen Maßnahmen, wobei die vom Ausschuss verhängten Sanktionen auch für Verhaltensweisen gelten, die zum Zeitpunkt des Verhaltens rechtmäßig waren. Damit verstoße das Gesetz gegen die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und des Rückwirkungsverbot. Gerügt wird ferner, dass die Entscheidungen des Ausschusses nur einer begrenzten Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte unterliegen, weil von diesen die Richtigkeit der von der Staatskommission vorgenommenen Tatsachenwürdigung und Beweisabwägung nicht überprüft werden könne.

Die polnische Regierung teilte im Sommer 2023 der Europäischen Kommission mit, das neue Gesetz unterliege keinen europarechtlichen Bedenken. Vielmehr überschreite die Kommission mit dem Vorgehen gegen Polen ihre Kompetenzen. Einer Klage vor dem EuGH sehe die Regierung mit Gelassenheit entgegen, schließlich sei es dem EuGH verwehrt, unmittelbar auf die Werte des Art. 2 EUV zuzugreifen. Ein solcher Wertekontitutionalismus sei von den Verträgen auch nicht mit Hilfe des Umwegs über eine Wertekonkretisierung durch Art. 10 Abs. 2 EUV gedeckt, unterliege das Integrationsprojekt doch keiner Wertehomogenisierung. Auch die anderen Rügen würden der Regierung zufolge nicht durchgreifen. Das Straf- und Sanktionsrecht unterfalle jenseits der Durchführung von Unionsrecht nicht der Kompetenz der Union und von einem Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot könne keine Rede sein. Wie weit die verwaltungsgerichtliche Kontrolle gehe, sei schließlich Sache der Mitgliedstaaten, könne aber nicht nach Maßgabe einer verfehlten Kombination von Art. 2 EUV und Art. 47 GRC unter die Vorgaben des EuGH gestellt werden.

Bei der Parlamentswahl in Polen am 15.10.2023 verlor die bislang amtierende Regierung ihre Mehrheit. Stattdessen errang die bisherige Opposition in beiden Parlamentskammern die Mehrheit und Donald Tusk konnte am 13.12.2023 eine neue liberal-demokratische Regierung unter seiner Führung bilden. Die neue Regierung beschloss, die Mitglieder des durch das umstrittene Gesetz eingerichteten Sonderausschusses abzurufen. Damit wurde die Tätigkeit des Ausschusses beendet, das Gesetz blieb aber in Kraft. Am 29.5.2024 stellte die Europäische Kommission das Rechtsstaatlichkeitsverfahren gegen Polen ein. Es bestehe keine eindeutige Gefahr mehr für eine schwerwiegende Verletzung der Rechtsstaatlichkeit i.S.d. Art. 7 EUV. Die Kommission ist jedoch der Auffassung, es bestehe kein Grund, das Vertragsverletzungsverfahren einzustellen. Sie begehrt ein Urteil des EuGH.

Wie wird der EuGH entscheiden? Gehen sie dabei ggf. hilfsgutachtlich auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen ein.

Bearbeitungshinweis

Auszüge aus dem Gesetz vom 14. April 2023 über die staatliche Kommission zur Untersuchung des russischen Einflusses auf die innere Sicherheit der Republik Polen in den Jahren 2007–2022 (übersetzt mit Hilfe von DeepL und ergänzt um einen fiktiven Art. 48).

Artikel 1

Das Gesetz legt Folgendes fest:

1. Aufgaben und Zuständigkeiten der Staatskommission zur Untersuchung des Einflusses Russlands auf die innere Sicherheit der Republik Polen in den Jahren 2007–2022,
2. ein besonderes Verfahren zur Untersuchung des russischen Einflusses auf die innere Sicherheit der Republik Polen in den Jahren 2007–2022;
3. Gegenmaßnahmen gegen Personen, die in den Jahren 2007–2022 Amtsträger oder Mitglieder obersten Führungsebene waren und unter russischem Einfluss zum Nachteil der Interessen der Republik Polen gehandelt haben;
4. wie die Kommission für die Jahre 2007–2022 Informations- und Präventionsmaßnahmen zum russischen Einfluss durchführen wird.

Artikel 4

Die Kommission führt Ermittlungen durch, um die Tätigkeiten von Personen zu klären, die im Zeitraum 2007–2022 Amtsträger oder Mitglieder der obersten Führungsebene waren und die unter russischem Einfluss zum Nachteil der Interessen der Republik Polen handelten: [...]

Artikel 5

- (1) Wird eine russische Einflussnahme auf die Tätigkeit der in Art. 4 Abs. 1 genannten Personen festgestellt, kann die Kommission Gegenmaßnahmen ergreifen.
- (2) Abhilfemaßnahmen werden angewandt, wenn dies erforderlich ist, um zu verhindern, dass eine Person, die im Zeitraum 2007–2022 Amtsträger oder Mitglied der obersten Führungsebene war, erneut unter russischem Einfluss zum Nachteil der Interessen der Republik Polen handelt.

Artikel 9

Die Kommission besteht aus 9 Mitgliedern im Rang eines Staatssekretärs, die vom Sejm der Republik Polen ernannt und entlassen werden. [...]

Artikel 17

- (1) Der Vorsitzende der Kommission kann den Staatsanwalt ersuchen, Räume oder andere Orte zu durchsuchen oder Sachen zu beschlagnahmen, um Beweise in der Sache zu sichern.
- (2) Die Staatsanwaltschaft kann zur Sicherung von Beweismitteln in der Sache die Durchsuchung von Räumen oder anderen Orten oder die Beschlagnahme von Sachen anordnen, wenn dies zur Sicherung des ordnungsgemäßen Ablaufs des Verfahrens erforderlich ist.

Artikel 20

- (1) Die Kommission führt eine Sicherheitsüberprüfung durch und leitet Untersuchungen ein.
- (2) Die Kommission führt von Amts wegen eine Sicherheitsüberprüfung durch, um festzustellen, ob die in Art. 4 genannten Handlungen wahrscheinlich sind. [...]

(3) Die Kommission erlässt als Ergebnis der Prüfung einen Beschluss zur Einleitung eines Verfahrens, wenn Anscheinsbeweise für eine russische Einflussnahme im Sinne von Art. 4 Abs. 1 vorliegen.

(4) Der Beschluss über die Einleitung des Verfahrens enthält zumindest eine Beschreibung der wahrscheinlichen russischen Einflussnahme, eine Angabe der Rechtsgrundlage und die Identität der Verfahrensbeteiligten, wie sie der Kommission zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens bekannt sind.

Artikel 36

Als Ergebnis des Verfahrens erlässt die Kommission einen Verwaltungsbeschluss, in dem sie:

1. besagt, dass die Handlung der in Art. 4 Abs. 1 eine Handlung unter russischem Einfluss zum Nachteil der Interessen der Republik Polen war und ordnet, wenn sie dies für erforderlich hält, die Anwendung mindestens einer der in Art. 37 Abs. 1 genannten Abhilfemaßnahmen an. [...]

Artikel 37

Die Kommission erlässt beim Erlass der Verwaltungsentscheidung gemäß Art. 36 mindestens eines der folgenden Maßnahmen:

1. Entzug einer Sicherheitsüberprüfung oder Verhängung eines Verbots der Erlangung einer Sicherheitsüberprüfung für einen Zeitraum von bis zu 10 Jahren ab dem Datum des Erlasses der Verwaltungsentscheidung;

2. Verbot der Ausübung von Funktionen im Zusammenhang mit der Verwaltung öffentlicher Mittel für einen Zeitraum von bis zu 10 Jahren; [...]

Artikel 41

(1) Die Kommission erstellt einen Bericht über ihre Tätigkeit, der Folgendes enthält:

1. Beschreibung der identifizierten Fälle von Aktivitäten im Sinne von Art. 4;

2. Informationen über ergangene Verwaltungsentscheidungen und die darin angewandten Abhilfemaßnahmen;

3. Schlussfolgerungen und Empfehlungen für Behörden, Organisationen und Einrichtungen im Bereich der Verhinderung und Bekämpfung des russischen Einflusses.

(2) Der Bericht wird jährlich erstellt.

(3) Auf Wunsch des Vorsitzenden der Kommission stellt die Kommission einen Teilbericht im Public Information Bulletin auf der Website der Kanzlei des Premierministers zur Verfügung.

(4) Nach seiner Annahme durch den Ausschuss wird der Bericht vom Vorsitzenden des Ausschusses dem Sejm vorgelegt.

Artikel 47

Die Kommission veröffentlicht den ersten Bericht gemäß Art. 41 bis zum 17. September 2023.

Artikel 48

Gegen Maßnahmen der Kommission nach diesem Gesetz ist der Rechtsweg vor den Verwaltungsgerichten ausgeschlossen.

Lösungsvorschlag

A. Zulässigkeit	1013
I. Sachliche Zuständigkeit	1013
II. Parteifähigkeit	1013
III. Ordnungsgemäße Durchführung des Vorverfahrens	1013
IV. Klagegegenstand	1014
V. Klageberechtigung	1014
VI. Rechtsschutzbedürfnis	1014
1. Ausgesetzter Gesetzesvollzug unter der neuen polnischen Regierung	1014
2. Maßgeblicher Zeitpunkt	1015
VII. Ergebnis zur Zulässigkeit	1015
B. Begründetheit	1015
I. Verstoß gegen Art. 2 EUV	1016
1. Rechtsnormativität der gemeinsamen Werte des Art. 2 EUV	1016
a) Werte als außerrechtliche Kategorie?	1016
b) Drohender Wertekonstitutionalismus	1017
c) Art. 2 EUV als rechtliche Grundlage horizontaler und vertikaler Kooperation ...	1018
d) Restriktive Wertekonkretisierung	1018
e) Ergebnis	1019
2. Justiziabilität des Art. 2 EUV	1019
a) Idee eines systemischen Vertragsverletzungsverfahrens	1019
b) Rechtspolitische Einwände: Art. 269 AEUV i.V.m. Art. 7 EUV	1019
c) Rechtsdogmatische Einwände	1020
d) Ergebnis	1020
3. Ergebnis	1020
II. Verstoß gegen Art. 10 EUV i.V.m. Art. 2 EUV	1021
1. Justiziabilität des Art. 10 EUV	1021
2. Rechtsgehalte des Art. 10 EUV	1022
a) Polen als Adressat des Art. 10 EUV	1022
b) Inhalte des Art. 10 EUV	1023
3. Verletzung von Art. 10 EUV i.V.m. Art. 2 EUV	1024
a) Restriktiver Prüfungsmaßstab	1024
b) Wirkungen der Lex Tusk in ihrer Gesamtheit	1024
c) Missbrauchspotenziale	1025

4. Ergebnis	1025
III. Verstoß gegen Art. 49 GRC und Art. 47 GRC	1025
1. Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte	1025
a) Voraussetzungen des Art. 51 GRC	1025
b) Anwendungsbereichserweiterung über Art. 2 EUV	1027
aa) Kein Fall der Vertrauensbetätigung im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts	1028
bb) Keine systemischen Mängel in Demokratiesystemen	1028
c) Ergebnis	1029
2. Ergebnis	1030
IV. Ergebnis zur Begründetheit	1030
C. Ergebnis	1030

Hinweis: Der Sachverhalt beruht auf einem tatsächlich anhängigen Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH, das noch nicht entschieden ist. Zugegeben sei, dass die Aufgabe nicht einfach ist, weil es zu den aufgeworfenen Fragen bislang nur wenig Literatur gibt. Das gilt aber nicht für die Bedeutung der „Werte“ im europäischen Verfassungsrecht, die in der Rechtsprechung des EuGH „angekommen“ sind und eine breite Diskussion ausgelöst haben. Zudem sind die Referate des Gesprächskreises „Europäisches Verfassungsrecht“ der Bochumer Staatsrechtslehrrtagung (2023) veröffentlicht (EuR 2024, 219 ff.) und auch in den einschlägigen Blogs (JuWissBlog und VerfBlog) finden sich Beiträge zur Lex Tusk, auf die zurückgegriffen werden kann, z.B. *Kaiser*, JuWissBlog Nr. 71/2023 v. 16.12.2023, abrufbar unter <https://www.juwiss.de/71-2023/> (4.9.2024). Die nachfolgenden Hinweise sind unverbindlich und lediglich als Vorschlag zu verstehen.

Der EuGH wird der Aufsichtsklage der Kommission stattgeben, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Sachliche Zuständigkeit

Der EuGH ist für das Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 256 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV i.V.m. Art. 51 EuGH-Satzung sachlich zuständig.

II. Parteifähigkeit

Die aktive Parteifähigkeit hat ausschließlich die Kommission, die passive Parteifähigkeit nur die Mitgliedstaaten (Art. 258 Abs. 1 AEUV), hier also die Republik Polen.

III. Ordnungsgemäße Durchführung des Vorverfahrens

Das Vorverfahren setzt ein Mahnschreiben der Kommission voraus, das die Ankündigung über die

Einleitung des formalen Vorverfahrens und die Mitteilung der Tatsachen, die nach Auffassung der Kommission einen Vertragsverstoß begründen sowie der verletzten Bestimmungen des Unionsrechts, aber auch die Aufforderung enthalten muss, sich im Rahmen einer von der Kommission gesetzten Frist zu den Vorwürfen zu äußern. Nach Ablauf der Frist gibt die Kommission eine mit Gründen versehene Stellungnahme ab, in der eine zweite Frist zur Abhilfe gesetzt wird. Schließlich setzt die ordnungsgemäße Durchführung des Vorverfahrens die Nichtbefolgung der Stellungnahme durch den betroffenen Mitgliedstaat innerhalb der gesetzten Frist voraus.¹ Es ist davon auszugehen, dass diese Verfahrensbedingungen eingehalten worden sind.

Hinweis: Angesichts der Ausführungen im Sachverhalt zu der vorprozessualen Erörterung der Vorgänge durch die Kommission und die polnische Regierung ist es auch gut vertretbar, auf die hierbei gewechselten Argumente im Rahmen des Vorverfahrens abzustellen. Bei der Korrektur wurde es honoriert, sofern die Studierenden hier ausführlichere Ausführungen machen und dabei mit dem Sachverhalt argumentieren. Ein übermäßiger Schwerpunkt sollte hier allerdings nicht gesetzt werden.

IV. Klagegegenstand

Klagegegenstand ist die Behauptung der Kommission, die Republik Polen habe durch die „Lex Tusk“ gegen Verpflichtungen aus den Verträgen verstoßen.

V. Klageberechtigung

Die Kommission ist von einer Vertragsverletzung durch die Republik Polen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht überzeugt. Damit ist die Klageberechtigung gegeben.

VI. Rechtsschutzbedürfnis

Fraglich ist, ob die Kommission darlegen kann, dass für das Vertragsverletzungsverfahren ein hinreichendes Rechtsschutzbedürfnis besteht.²

1. Ausgesetzter Gesetzesvollzug unter der neuen polnischen Regierung

Dem könnte der Umstand entgegenstehen, dass im Dezember 2023 der polnische Sejm neugewählt wurde und in der Folge ein Regierungswechsel stattgefunden hat. Die neue Regierung beschloss, die Mitglieder des durch das umstrittene Gesetz eingerichteten Sonderausschusses abzurufen. Damit wurde die Tätigkeit des Ausschusses beendet. Auch das Artikel-7-Verfahren gegen Polen wurde inzwischen eingestellt. Auf der anderen Seite ist der Sonderausschuss zwar nicht mehr tätig, das Gesetz besteht aber weiterhin. Schon dies spricht für das Vorliegen des Rechtsschutzbedürfnisses.

¹ Vgl. *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 81. Aufl. 2024, AEUV Art. 258 Rn. 28 ff.

² Inwieweit es überhaupt eines solches Rechtsschutzbedürfnis bedarf, ist bereits unklar, vgl. *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 81. Aufl. 2024, AEUV Art. 258 Rn. 50 ff.

2. Maßgeblicher Zeitpunkt

Der ausgesetzte Gesetzesvollzug würde dem Rechtsschutzbedürfnis aber ohnehin nicht entgegenstehen, wenn er zu einem Zeitpunkt eingetreten wäre, der für das Vorliegen der Zulässigkeitsvoraussetzungen nicht mehr maßgeblich gewesen wäre. Fraglich ist, auf welchen Zeitpunkt hierbei abzustellen ist.

Sollte dies wie bei der Verpflichtungsklage im Verwaltungsprozess der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung sein, so könnte am Rechtsschutzbedürfnis gezweifelt werden. Ist dagegen der Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung maßgeblich, so fragt sich, welche Entscheidung denn überhaupt angegriffen wird. Das zeigt, dass es für das Vertragsverletzungsverfahren nicht auf diese Unterscheidung ankommen kann. Maßgeblich ist vielmehr die Stellungnahme der Regierung des Mitgliedstaates, hier also aus dem Sommer 2023 vor den Parlamentswahlen. Zu diesem Zeitpunkt lag nicht nur das Gesetz vor, sondern es bestand augenscheinlich auch ein entsprechender Vollzugswille. Stellt man auf diesen Zeitpunkt ab, so kann am Rechtsschutzbedürfnis kein Zweifel bestehen.

Hinweis: Eine andere Auffassung ist vertretbar. Hier ist aber der Umstand zu erörtern, dass die „Gefahr“ gebannt zu sein scheint, jedenfalls das Artikel-7-Verfahren gegen Polen inzwischen eingestellt ist. Sofern die Zulässigkeit der Klage verneint wird, sollten die Studierenden die Prüfung hilfs-gutachtlich fortsetzen.

VII. Ergebnis zur Zulässigkeit

Die Vertragsverletzungsklage der Kommission gegen die Republik Polen ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Aufsichtsklage ist begründet, wenn die von der Kommission behaupteten Tatsachen zutreffen, das angegriffene Verhalten dem beklagten Mitgliedstaat zuzurechnen ist und sich hieraus ein Verstoß gegen eine Bestimmung des Unionsrechts ergibt.

Hinweis: Hier liegt der Schwerpunkt des Falls. Die Argumente aus dem Sachverhalt sind hinreichend deutlich mit Blick darauf, was zu erörtern ist. Prüfungsmaßstab sind allein die drei Rügen der Kommission. Das ist der maßgebliche Hintergrund für die Begründetheitsprüfung, wirft aber – im Sachverhalt vor allem von der polnischen Regierung thematisierte – Fragen auf, die nicht einfach zu beantworten sind. Hier spielt eine Rolle, dass der EuGH als Verfassungsgericht entscheidet und das Urteil in Zukunft auch einmal gegen intakte Demokratien gerichtet werden könnte, was den Widerstand nationaler Verfassungsgerichte provozieren würde, die wie das Bundesverfassungsgericht die nationale Demokratie vor dem europarechtlichen Zugriff zu schützen suchen. Zur Bedeutung des Bundesverfassungsgerichts mit seinen „Innovationen“ der Ultra-vires- oder Identitätskontrolle für andere Mitgliedstaaten, etwa Polen *Biernat*, GLJ 21 (2020), 1104; für Ungarn *Báko*, ZaöRV 78 (2018), 863 (877 ff.). Ablehnend zu einer insoweit vielfach vermissten Folgenverantwortung des Bundesverfassungsgerichts *Voßkuhle*, Europa, Demokratie, Verfassungsgerichte, 2021, S. 334.

I. Verstoß gegen Art. 2 EUV

Die Kommission rügt ausdrücklich einen Verstoß gegen den Grundsatz der Demokratie mit dem Hinweis auf Art. 2 EUV. Fraglich ist, ob sie mit dieser Rüge durchdringt. Das setzt voraus, dass Art. 2 EUV überhaupt ein rechtsnormativer Gehalt zukommt und dieser auch unmittelbar justiziabel ist.

Hinweis: Hier liegt der erste Schwerpunkt der Hausarbeit. Dass die gemeinsamen Werte überhaupt vom EuGH aufgegriffen werden können, ist die zwingende Voraussetzung einer Vertragsverletzung. Die Frage nach der Justiziabilität von Art. 2 EUV, d.h. der unmittelbaren Anwendbarkeit ist damit als Vorfrage einer materiellen Vertragsverletzung bereits an dieser Stelle zu prüfen. Im Ergebnis ist hier viel vertretbar. Die Studierenden sollen sich aber mit den wesentlichen Einwänden gegen eine rechtliche Verbindlichkeit des Art. 2 EUV auseinandersetzen und Argumente austauschen. Neben dem Begriff der Werte bzw. der außerrechtlichen „Natur“ von Werten ist vor allem eine mögliche Sperrwirkung des Artikel-7-Verfahrens, aber auch die im Sachverhalt angesprochene Konstitutionalisierungsfahr im Sinne eines häufig an die Wand gemalten „Wertekontitutionalismus“ relevant. Die Studierenden dürfen sich für oder gegen eine unmittelbare Anwendbarkeit entscheiden. Sofern sie diese mit der wohl noch h.M. ablehnen, ist anschließend zu prüfen, ob stattdessen auf eine „Scharniernorm“ abgestellt werden kann. Entscheidend ist allein die Argumentation der Bearbeitung: Trägt diese das gefundene Ergebnis und kann sie die Argumente der Gegenseite entkräften, ist dies in der Bewertung zu honorieren.

1. Rechtsnormativität der gemeinsamen Werte des Art. 2 EUV

Fraglich ist, ob Art. 2 EUV überhaupt rechtlich verbindlich ist. Dabei ist prinzipiell davon auszugehen, dass der Vorschrift als Teil des Primärrechts eine Rechtsnormativität zukommt. Bisweilen wird diese aber mit einem Verweis auf den diffusen Wertebegriff bestritten.

a) Werte als außerrechtliche Kategorie?

Gegen eine Rechtsnormativität könnte insoweit sprechen, dass Art. 2 EUV seit dem Vertrag von Lissabon von „Werten“ (en: values) spricht und nicht mehr von „Grundsätzen“. Hinter dem Schwenk auf die Werte könnte insoweit die Intention der vertragsgebenden Mitgliedstaaten gestanden haben, die Vorgaben des Art. 2 EUV nicht als Rechtspflicht der Mitgliedstaaten zu verstehen, die durch die Unionsgerichtsbarkeit durchsetzbar wäre.

Die Verträge greifen nunmehr mit den Werten einen Terminus auf, der abseits des Rechts in vielen Disziplinen verwendet wird und hier unterschiedliche Bedeutungen aufweist. Dabei wird ihnen eine Normativität zwar nicht abgesprochen. Ganz im Gegenteil halten die Werte ganz grundlegende Maßstäbe für gelingendes Handeln bereit. Sie sind höchstrelevant und letztverbindlich. Im Gegensatz zu den Rechtsprinzipien und den Rechtsgrundsätzen nehmen Werte aber noch mehr den Platz von metaphysischen Orientierungspunkten ein.³

Hinweis: An dieser Stelle können gute Bearbeitungen einen Vergleich zu der Werterechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ziehen. Die Auseinandersetzung im deutschen Schrifttum mit Art. 2 EUV greift nicht selten auch auf die Kritik an dieser Werterechtsprechung zurück. Macht der EuGH

³ Voßkuhle, Europa, Demokratie, Verfassungsgerichte, 2021, S. 108.

etwas, wovon das Bundesverfassungsgericht sich verabschiedet hat? Das kann man so sehen und trägt den Einwand eines Wertekontitutionalismus. Es gibt gute Gründe, dem aus mitgliedstaatlicher Sicht kritisch zu begegnen, aber es darf nicht übersehen werden, dass der EuGH bislang sehr vorsichtig operiert und den Primat der Politik respektiert. Es ist jedenfalls keineswegs so, dass es der EuGH ist, der autoritär den Mitgliedstaaten aufgibt, wie sie die Rechtsstaatlichkeit und Demokratie jenseits konkreter europarechtlicher Vorgaben zu verstehen haben. Vielmehr zeigt er ein feines Gespür dafür, dass es – auch – die Mitgliedstaaten sind, welche die Union tragen, deshalb aber einer Fragilität aussetzen, die eine Wächterinstanz herausfordern, welche die Verträge für die Einhaltung des Unionsrechts dem EuGH zugewiesen haben. Das Vorbild für die Union ist nicht *Carl Schmitt*, sondern *Hans Kelsen*, der sich sensibel zeigte, dem Verfassungsgericht zu viel Macht zuzusprechen. Zu dieser Gegenüberstellung Mayer, EuR 2024, 219 (222 ff.).

Daraus ließe sich schlussfolgern, dass die Werte keine rechtsverbindliche Direktive an die Mitgliedstaaten richten und die Auseinandersetzung über die Inhalte des Art. 2 EUV der Politik überlassen bleibt. Dafür finden sich auch Anhaltspunkte im Wortlaut und der Systematik der Verträge. Art. 2 EUV spricht etwa davon, dass die Werte den Mitgliedstaaten „in einer Gesellschaft“ gemeinsam sind. Werte werden in einer Gesellschaft in der Regel im Wege einer Werteverständigung ausgehandelt und eben nicht in rechtförmigen Verfahren durchgesetzt.

Es deutet allerdings nichts darauf hin, das mit dem Schwenk auf die Werte eine „Entrechtlichung“ des Art. 2 EUV einhergehen sollte. Die Vorschrift wurde durch die Anpassung um eine politische Dimension ergänzt, nicht aber ihres rechtlichen Gehalts beraubt. Weit überwiegend wird deshalb davon ausgegangen, dass der Vorschrift weiterhin ein Prinzipiencharakter zukommt und die Werte des Art. 2 EUV keine außerrechtliche Kategorie darstellen.⁴

b) Drohender Wertekontitutionalismus

Es bestehen allerdings nach wie vor gewichtige und berechtigte Vorbehalte gegenüber einer überbordenden rechtlichen Aufladung des Art. 2 EUV, die vor allem auf das Konstitutionalisierungspotenzial der Werteklausel abstellen.⁵ Unter Konstitutionalisierung ist das allmähliche Entstehen einer neuen Rechtsschicht zu verstehen. Dahinter verbirgt sich die Sorge davor, dass die Unionsgerichte ein immer engeres Verständnis von Art. 2 EUV entwickeln und schließlich die Mitgliedstaaten auf eine bestimmte einheitliche Verwirklichung der Prinzipien aus Art. 2 EUV verpflichten. Das wäre insbesondere mit dem Wortlaut des Art. 2 S. 2 EUV selbst nicht vereinbar, der von einer unterschiedlichen Verwirklichung des Wertekatalogs in den Mitgliedstaaten ausgeht. Mit dem Einwand eines Wertekontitutionalismus ist die Sorge verbunden, dass eine Werterechtsprechung zu tiefgreifenden Verschiebungen im Kompetenzgefüge der Europäischen Union zulasten der Mitgliedstaaten führen könnte. Schon der Wortlaut zu Art. 2 EUV verdeutlicht, dass die gemeinsamen Werte den Institutio-

⁴ Zum Verfassungskern *Bast/v. Bogdandy*, JZ 2024, 115. Die wissenschaftliche Debatte über das Europarecht wird durch Art. 2 EUV nicht unmaßgeblich beeinflusst, sehr weit *v. Bogdandy*, MPIL Research Paper Series No. 2024-02, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID4781744_code2541058.pdf?abstractid=4695467&mirid=1 (4.9.2024).

⁵ Zur Verschiebung des konstitutionalistischen Arguments von der funktionalen Marktintegration zu axiologischen Aussagen EuGH, Urt. v. 16.2.2022 – C-157/21 [ECLI:EU:C:2022:98] (Polen/Parlament und Rat); dazu *Lenaerts*, EuR 2024, 379; krit. *Nettesheim*, EuR 2024, 269. Zum Umgang mit Wertkonflikten als einer Sollbruchstelle der europäischen Ordnung *Franzius*, Europäisches Verfassungsrechtsdenken, 2010, S. 46.

nen der Union argumentativ den Weg bereiten, um auf die grundlegenden Verfassungsstrukturen der Mitgliedstaaten zuzugreifen.⁶

c) Art. 2 EUV als rechtliche Grundlage horizontaler und vertikaler Kooperation

Gleichwohl ist der europäische Rechtsraum darauf angewiesen, dass die gemeinsamen Werte des Art. 2 EUV in ihrem Kernbestand in den Mitgliedstaaten gewahrt bleiben. Weil die Rechts- und Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten über das Unionsrecht miteinander verbunden sind, schlagen rechtsstaatliche Defizite in einem Mitgliedstaat auf den Vollzug des Unionsrechts in einem anderen Mitgliedstaat und damit die Wahrung der Unionsgrundrechte im gesamten Rechtsraum durch. Insoweit ist anerkannt, dass etwa der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens, der der horizontalen Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten im Asylrecht oder im Strafrecht (z.B. der europäische Haftbefehl) zugrunde liegt, auf Art. 2 EUV beruht. Die Mitgliedstaaten können einander nur vertrauen, weil sie davon ausgehen dürfen, dass die gemeinsamen Werte, insbesondere der Wert der Rechtsstaatlichkeit in dem anderen Mitgliedstaat gewahrt wird.⁷

Nichts anderes gilt für die vertikale Zusammenarbeit der Institutionen der Union mit den Institutionen der Mitgliedstaaten. Das zeigt sich etwa an Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV. Demnach schaffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Rechtsbehelfe, damit ein wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist. Für den Wert der Demokratie gilt nichts anderes. So ist die Union bei der Wahl zum Europäischen Parlament darauf angewiesen, dass die anerkannten Wahlgrundsätze durch die Mitgliedstaaten gewahrt werden.

d) Restriktive Wertekonkretisierung

Aus alledem folgt, dass bei der Inhaltsbestimmung zu Art. 2 EUV Zurückhaltung geboten ist. Die Union ist kein Bundesstaat mit einem an die Spitze gestellten Verfassungsgericht, das vergleichbar mit dem Bundesverfassungsgericht in der Auslegung des Demokratieprinzips für die Mitgliedstaaten und ihre Souveränitätsansprüche konkrete Ausgestaltungsvorgaben machen könnte.⁸

Die rechtliche Operationalisierung der gemeinsamen Werte muss sich demnach auf das beschränken, was für die Funktionsfähigkeit der Union bzw. die Durchsetzung des Unionsrechts essenziell ist. Das Schrifttum mahnt insoweit den EuGH dazu an, bei seiner Werterechtsprechung eine Strategie der *roten Linien* zu verfolgen, wobei die Regelungskompetenz uneingeschränkt bei den Mitgliedstaaten verbleibt.⁹ Das bedeutet, dass nur ein Mindeststandard gesetzt werden kann, der aufgreifen muss, was allen Mitgliedstaaten „gemeinsam“ ist. Nun gehört zum „Wesen“ der Demokratie unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung, dass die Opposition in der Lage sein muss, die Mehrheit zu erringen.¹⁰ Das wird mit dem polnischen Gesetz aber in Frage gestellt und betrifft daher die Demokratie in ihrem Kern. Festzuhalten ist deshalb, dass Art. 2 EUV „berührt“ ist.

Mit den vorstehenden Vorüberlegungen korrespondieren konkrete methodische Vorgaben, die Rechtsanwender bei der rechtlichen Operationalisierung der gemeinsamen Werte zu berücksichti-

⁶ Zu Art. 2 EUV als Rahmenordnung *Spieker*, *EU Values Before the Court of Justice*, 2023, S. 69 ff.

⁷ EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014 [ECLI:EU:C:2014:2454] (EMRK-Beitritt), Rn. 168; EuGH, Urte. v. 27.2.2018 – C-64/16 [ECLI:EU:C:2018:117] (ASJP), Rn. 30; EuGH, Urte. v. 25.7.2018 – C-216/18 PPU [ECLI:EU:C:2018:517] (LM), Rn. 35.

⁸ Zur „staatsrechtlichen Unbehaustheit“ *Haltern*, in: Kischel/Kube, *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 1, 2023, § 3 Rn. 24.

⁹ Vgl. v. *Bogdandy u.a.*, *CMLR* 55 (2018), 983. Zum Problem auch *Hwang*, *EuR* 2024, 240 (245 ff.).

¹⁰ Vgl. *Möllers/Schneider*, *Demokratisierung in der Europäischen Union*, 2018, S. 124 ff.

gen haben.¹¹ Zum einen verdeutlicht schon der Wortlaut des Art. 2 S. 2 EUV, dass die konkreten Gehalte der gemeinsamen Werte im Wege eines wertenden Rechtsvergleichs zu gewinnen sind. Die Auslegung der Vorschrift muss sich demnach an der Werteverwirklichung in den nationalen Verfassungsordnungen orientieren und darf keinesfalls ein Werteverständnis zugrunde legen, das sich von diesen löst. Darüber hinaus ist bei der Auslegung inhaltliche Zurückhaltung geboten, sodass sich die konkreten Gehalte des Art. 2 EUV auf das für die Verwirklichung des Unionsrechts absolut Notwendige beschränken.

e) Ergebnis

Die Vorschrift des Art. 2 EUV ist mithin rechtlich verbindlich.

2. Justiziabilität des Art. 2 EUV

Weiter fraglich ist jedoch, ob die Werte des Art. 2 EUV über ihre rechtliche Verbindlichkeit hinaus auch unmittelbar justiziabel sind. Justiziabilität in diesem Sinne meint, dass die Vorschrift durch den EuGH unmittelbar angewendet werden kann.

a) Idee eines systemischen Vertragsverletzungsverfahrens

Für eine unmittelbare Anwendbarkeit der Werte des Art. 2 EUV durch den EuGH im Vertragsverletzungsverfahren spricht zunächst, dass im Ausgangspunkt prinzipiell bei jeder Vertragsnorm auch davon ausgegangen werden kann, dass sie im Vertragsverletzungsverfahren rügefähig ist. Schließlich besteht das Wesen von Rechtsnormen gerade darin, konkrete Maßstäbe für die rechtliche Bewertung tatsächlicher Lebenssachverhalte bereitzuhalten, weshalb sie in der Regel auch ohne Weiteres einer richterlichen Entscheidung zugänglich sind.¹²

Daneben könnte die Idee eines systemischen Vertragsverletzungsverfahrens für eine unmittelbare Anwendbarkeit ins Feld geführt werden.¹³ Nach diesem Vorschlag sei das Vertragsverletzungsverfahren in seinem Gegenstand nicht allein auf einzelne, konkrete Maßnahmen im betroffenen Mitgliedstaat beschränkt. Vielmehr seien alle Vorgänge im jeweiligen Mitgliedstaat in die Bewertung miteinzubeziehen. Eine durch den EuGH rügefähige Vertragsverletzung könne sich demnach auch aus einer Gesamtschau dieser einzelnen Vorgänge ergeben. So zeigt die Rechtsprechung des EuGH auch in weniger souveränitätssensiblen Bereichen des Unionsrechts, dass eine Gesamtbetrachtung im Sinne eines systemischen Vertragsverletzungsverfahrens zumindest prozessrechtlich möglich wäre.

b) Rechtspolitische Einwände: Art. 269 AEUV i.V.m. Art. 7 EUV

Gegen eine solche unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 2 EUV wird allerdings eingewandt, dass die Verträge im Falle einer eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der in Art. 2 EUV genannten Werte durch einen Mitgliedstaat grundsätzlich das Verfahren gem. Art. 7 EUV vorsehen. Das Verfahren ist politischer Natur und in materiell-rechtlicher Hinsicht einer Kontrolle durch den

¹¹ Siehe dazu auch Hapka, Systemische Mängel in Justizsystemen, im Erscheinen.

¹² Siehe zur isolierten Rüge eines Artikel-2-Verstoßes durch das ungarische Anti-LGBTQ-Gesetz die von der Kommission eingereichte Klage in der Rechtssache C-123/22 (Kommission/Ungarn), ABl. EG 2023 Nr. C 121/2. Zum Verzicht auf eine Scharniernorm, die vergleichbar mit Art. 19 EUV oder Art. 47 GRCh die Wertekonkretisierung anleitet Dresler, Verfassungsblog v. 21.2.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/der-brusseler-test-ballon/> (4.9.2024).

¹³ Vgl. Scheppele, in: Reinforcing the Rule of Law Oversight in the European Union, 2016, S. 105 ff.

EuGH entzogen, Art. 269 AEUV. Der Gerichtshof ist lediglich im Hinblick auf die Einhaltung der in dem genannten Artikel vorgesehenen Verfahrensbestimmungen zuständig. Hieraus ließe sich ableiten, dass Art. 269 AEUV einen unmittelbaren Rückgriff des EuGH auf die gemeinsamen Werte des Art. 2 EUV auch außerhalb des Artikel-7-Verfahrens sperre, weil die Verträge einen Vorbehalt des Politischen postulieren würden.

Gegen eine solche Sperrwirkung spricht jedoch, dass sich den Verträgen ein umfassender Rechtsschutzauftrag des Gerichtshofs entnehmen lässt, der sich grundsätzlich auf das gesamte primäre und sekundäre Unionsrecht bezieht (vgl. Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV). Daraus folgt, dass an die Annahme einer Sperrwirkung in Abweichung von diesem Grundsatz hohe Anforderungen zu stellen sind. Der Wortlaut von Art. 269 AEUV adressiert allein Rechtsakte nach Art. 7 EUV, um die es hier gar nicht geht. Anhaltspunkte, dass dem EuGH der Zugriff auf Art. 2 EUV generell und auch außerhalb des Artikel-7-Verfahrens verwehrt sein soll, sind der Vorschrift hingegen nicht zu entnehmen. Die Vorschrift des Art. 269 AEUV entzieht somit allein die politischen Entscheidungen im Artikel-7-Verfahren einer juristischen Bewertung, steht der grundsätzlichen Justiziabilität von Art. 2 EUV aber nicht entgegen. Somit sprechen im Ergebnis die besseren Argumente gegen eine Sperrwirkung von Art. 269 AEUV i.V.m. Art. 7 EUV.

c) Rechtsdogmatische Einwände

Jedoch könnte gegen eine unmittelbare Anwendbarkeit der gemeinsamen Werte sprechen, dass es sich bei Art. 2 EUV gerade nicht um eine „normale“ subsumtionsfähige Vertragsnorm handelt. Die Vorschrift weist vielmehr in rechtsdogmatischer Hinsicht einige Besonderheiten auf, die ihrer Justiziabilität im Wege stehen könnten: So ist Art. 2 EUV sehr abstrakt gehalten und bezieht sich auf hochkomplexe Strukturprinzipien, was den Rechtsanwender vor erhebliche Probleme bei der Subsumtion stellt. Konkrete Normgehalte lassen sich mit den herkömmlichen Auslegungsmethoden aus der Vorschrift kaum ableiten. Vielmehr stellt Art. 2 EUV eine sogenannte Prinzipiennorm dar, die nicht hinreichend konkret gefasst ist, um sie unmittelbar anzuwenden. Eine solche Deutung entspricht im Übrigen auch der oben genannten Vorgabe, wonach die gemeinsamen Werte des Art. 2 EUV aufgrund der Gefahr eines überbordenden Wertekonstitutionalismus nur zurückhaltend vor Gericht geltend gemacht werden können.

d) Ergebnis

Im Ergebnis ist eine unmittelbare Anwendbarkeit der gemeinsamen Werte des Art. 2 EUV eher abzulehnen. Es handelt sich um eine im Vertragsverletzungsverfahren für sich genommen nicht justiziable Rechtsnorm.

3. Ergebnis

Ein Verstoß gegen Art. 2 EUV liegt nicht vor.

Hinweis: Nochmal: Hier ist auch die Gegenansicht vertretbar. Jedenfalls können Studierende mit guten Argumenten auch zu dem Ergebnis kommen, dass Art. 2 EUV eine rügefähige Vorschrift im Vertragsverletzungsverfahren ist. Es kommt auf die Argumentation an. Die europäische Verfassungsaufsicht zeichnet sich dadurch aus, dass es in einer verfassungsppluralistischen Lesart des Gesamtgefüges nicht die *eine* Instanz gibt, die aufsichtsrechtlich in Erscheinung tritt. Es handelt sich vielmehr um einen „Einschätzungsverbund“ mit der Folge, dass der EuGH sich bei seiner Entscheidung

auf andere Einschätzungen stützt, wozu nicht zuletzt der begründete Vorschlag der Kommission nach Art. 7 Abs. 1 EUV gehört, es bestehe die Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der in Art. 2 EUV genannten Werte durch einen Mitgliedstaat. Das könnte vom EuGH auch aufgegriffen werden, wobei es angesichts des maßgeblichen Zeitpunkts der Stellungnahme nicht darauf ankommt, dass die Kommission das Artikel-7-Verfahren inzwischen eingestellt hat. Gegen ein solches „systemisches“ Vertragsverletzungsverfahren spricht jedoch, dass in diesem Verfahren punktuelle Verstöße festgestellt werden, die das summative „Abrutschen“ eines Mitgliedstaates in autoritäre Strukturen nicht erfassen. Auch in den Vorlageverfahren hatte es der EuGH in der Vergangenheit unterlassen, unmittelbar auf Art. 2 EUV zuzugreifen.

II. Verstoß gegen Art. 10 EUV i.V.m. Art. 2 EUV

Polen könnte durch das als „Lex Tusk“ bezeichnete Gesetz aber gegen Art. 10 EUV in Verbindung mit dem Wert der Demokratie aus Art. 2 EUV verstoßen haben.

Nach dem bereits Gesagten scheidet eine unmittelbare Anwendbarkeit der gemeinsamen Werte des Art. 2 EUV an der fehlenden Konkretetheit der Prinzipiennorm. In Betracht kommt aber eine Konkretisierung der gemeinsamen Werte durch die Heranziehung einer „Scharniernorm“. Als eine solche Scharniernorm kommt bezogen auf den hier in Rede stehenden Wert der Demokratie der im Sachverhalt angesprochene Art. 10 Abs. 2 EUV in Betracht.

Hinweis: Es bedarf also einer Wertekonkretisierung durch andere Vorschriften des Primärrechts. Bislang hat der EuGH diesen Konkretisierungsschritt nur in Bezug auf den Wert der Rechtsstaatlichkeit aus Art. 2 EUV vorgenommen. Anerkannt ist dies für Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV, der durch Art. 2 EUV angereichert wird, aber nur einen Teilausschnitt der Rechtsstaatlichkeit erfasst.¹⁴ Möglich ist aber auch eine gegenseitige Verschränkung mit den Unionsgrundrechten, was in der Rechtsprechung des EuGH für Art. 47 GRCh anerkannt ist.¹⁵ Dieser Wert werde durch Art. 19 EUV und Art. 47 GRCh konkretisiert. Der Gerichtshof hat in diversen Vertragsverletzungs- und Vorabentscheidungsverfahren eine Dogmatik zum Wert der Rechtsstaatlichkeit entwickelt, vgl. EuGH, Urt. v. 27.2.2018 – C-64/16 [ECLI:EU:C:2018:117] (ASJP); EuGH, Urt. v. 26.7.2018 – C-216/18 [ECLI:EU:C:2018:586] (LM); EuGH, Urt. v. 11.7.2019 – C-619/18 [ECLI:EU:C:2019:531] (Kommission/Polen); EuGH, Urt. v. 5.11.2019 – C-192/18 [ECLI:EU:C:2019:924] (Kommission/Polen); EuGH, Urt. v. 19.11.2019 – C-585/18 [ECLI:EU:C:2019:982] (A.K.); EuGH, Urt. v. 2.3.2021 – C-824/18 [ECLI:EU:C:2021:153] (A.B.). Zum Wert der Demokratie, der hier zu prüfen ist, gibt es eine solche Dogmatik hingegen noch nicht. Deshalb können die Studierenden insoweit im Ergebnis wieder alles vertreten. Sie sollten aber den Konkretisierungsschritt über Art. 10 EUV ansprechen, weil er im Sachverhalt so angelegt ist.

1. Justiziabilität des Art. 10 EUV

Nach einhelliger Ansicht sind die in Art. 10 EUV enthaltenen Vorgaben rechtsverbindlich, sodass an der Justiziabilität der Vorschrift keine Zweifel bestehen.

¹⁴ Vgl. *Spieker*, in: *Defending Checks and Balances in EU Member States*, 2021, S. 237 (247 ff.).

¹⁵ EuGH, Urt. v. 26.7.2018 – C-216/18 [ECLI:EU:C:2018:586] (LM).

2. Rechtsgehalte des Art. 10 EUV

Fraglich ist, ob der Bedeutungsgehalt von Art. 10 EUV im Sinne seines „Schutzbereiches“ hier berührt ist. Nach Art. 10 Abs. 1 EUV beruht die Arbeitsweise der Union auf der repräsentativen Demokratie. Zudem sind gem. Art. 10 Abs. 2 EUV die Bürgerinnen und Bürger auf Unionsebene unmittelbar im Europäischen Parlament vertreten. Die Mitgliedstaaten werden im Europäischen Rat von ihrem jeweiligen Staats- oder Regierungschef und im Rat von ihrer jeweiligen Regierung vertreten, die ihrerseits in demokratischer Weise gegenüber ihrem nationalen Parlament oder gegenüber ihren Bürgerinnen und Bürgern Rechenschaft ablegen müssen.

a) Polen als Adressat des Art. 10 EUV

Voraussetzung einer Verletzung des Art. 10 EUV ist, dass Polen überhaupt Adressat der Vorschrift des Art. 10 EUV ist. Dies ist bereits mit Blick auf den Wortlaut der Vorschrift problematisch. Dieser stellt primär auf die Demokratie auf europäischer Ebene und die Vertretung der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger im Europäischen Parlament, nicht aber auf die einzelnen Demokratiesysteme der Mitgliedstaaten ab.

Für eine Bindung der Mitgliedstaaten könnte hier sprechen, dass gem. Art. 10 Abs. 2 S. 1 EUV die Bürgerinnen und Bürger auf Unionsebene im Europäischen Parlament vertreten werden. Dessen Wahl erfolgt aber auf Grundlage der jeweiligen nationalen Wahlrechtsregime der Mitgliedstaaten. Damit zeigen die Verträge, dass der Union die Demokratie in ihren Mitgliedstaaten nicht gleichgültig sein kann, vielmehr die unionale und nationale Demokratie miteinander verwoben sind. Folglich ist die Union vertikal auf das nationale Wahlrecht und damit auf die Wahrung der Demokratie in den einzelnen Mitgliedstaaten angewiesen.

Für die Anwendung von Art. 10 EUV gegenüber den Mitgliedstaaten streitet ferner ein systematisches Argument. Als Scharniernorm konkretisiert Art. 10 EUV nach dem Gesagten die Prinzipienorm des Art. 2 EUV, sodass Art. 10 EUV stets im Lichte des Art. 2 EUV auszulegen ist. Art. 2 EUV adressiert jedoch ausdrücklich alle Mitgliedstaaten, wie aus dem Wortlaut von Art. 2 S. 2 EUV folgt. Daraus lässt sich ableiten, dass Art. 2 EUV den Art. 10 EUV in seinem Anwendungsbereich verstärkt und so bewirkt, dass Art. 10 EUV auch die Mitgliedstaaten verpflichtet. Mithin ist Polen auch Adressat von Art. 10 EUV, der „Schutzbereich“ der Vorschrift somit eröffnet.¹⁶

Hinweis: Was die Demokratie in der Europäischen Union betrifft, enthalten die Verträge sehr viel detailliertere Bestimmungen als beispielsweise das Grundgesetz. Art. 10 EUV normiert den vielfach als „duale Legitimationsgrundlage“ bezeichneten mehrgliedrigen Legitimationszusammenhang, der im Folgenden noch aufgegriffen wird. Damit zeigen die Verträge, dass der Union die Demokratie in ihren Mitgliedstaaten nicht gleichgültig sein kann, die unionale und nationale Demokratie vielmehr miteinander verwoben sind, vgl. zum vorliegenden Fall *Kaiser*, JuWissBlog 71/2023 v. 16.12.2023, abrufbar unter <https://www.juwiss.de/71-2023/> (4.9.2024). Nicht nur, dass die europäische Demokratie auf dem Intaktbleiben der mitgliedstaatlichen Demokratien aufbaut und von diesen einen Teil ihrer „Kraft“ bezieht. Der Abbau liberal-demokratischer „Werte“ betrifft auch die anderen Mitgliedstaaten, soweit diese nicht mehr auf die Einhaltung gemeinsamer Grundüberzeugungen in allen Mitgliedstaaten vertrauen können, mag diese Basis auch schwächer ausfallen als bei der Rechtsstaatlichkeit, die in ihren Ausprägungen durch den EuGH eine schärfere Grenze gegenseitigen

¹⁶ Zur Sicherung der föderalen Balance bei der Verteidigung der gemeinsamen Werte Assenbrunner, DÖV 2023, 609 (615 ff.).

Vertrauens bildet, etwa ein Überstellungshindernis für den Vollzug eines europäischen Haftbefehls begründen kann.

b) Inhalte des Art. 10 EUV

Zudem müsste Art. 10 EUV in inhaltlicher Hinsicht durch die Lex Tusk berührt sein. Hier ist erneut zu beachten, dass der EuGH bei der Prüfung nationaler Demokratiesysteme grundsätzlich einen zurückhaltenden Maßstab ansetzt. Die Regelungskompetenz verbleibt uneingeschränkt bei den Mitgliedstaaten, die hier viel Entscheidungsfreiheit genießen, während sich der EuGH bei der Operationalisierung des gemeinsamen Wertes der Demokratie nach dem bereits Gesagten auf das absolut Notwendige beschränkt.

Hinweis: So entschied der EuGH auf eine Klage der Kommission gegen ein ungarisches Gesetz, das Organisationen der Zivilgesellschaft, die aus dem Ausland unterstützt werden, sanktionsbewehrte Registrierungs- und Meldepflichten auferlegte, dass „das Recht auf Vereinigungsfreiheit eine der wesentlichen Grundlagen einer demokratischen und pluralistischen Gesellschaft ist, da es den Bürgern ermöglicht, kollektiv in Bereichen von gemeinsamem Interesse tätig zu werden und dadurch zum ordnungsgemäßen Funktionieren des öffentlichen Lebens“ beizutragen, vgl. EuGH, Urte. v. 18.6.2020 – C-78/18 [ECLI:EU:C:2020:476] (Kommission/Ungarn), Rn. 112. Das Urteil erklärte das Transparenzgesetz für unzulässig und „schützt damit Gruppen, die Akteure demokratischer Transformation“ sind, so von *Bogdandy*, Strukturwandel des öffentlichen Rechts, 2022, S. 417, der in der Ausweitung des Mandats gute theoretische und dogmatische Gründe sieht. Auf das Demokratieprinzip rekurrierte der EuGH jedoch nicht – krit. *Spieker*, EuZW 2020, 854 (856 f.) – und es gibt gute Gründe, sich auch im vorliegenden Fall in Zurückhaltung zu üben.

Art. 10 Abs. 1 EUV enthält zunächst die grundlegende Verfassungsentscheidung des Unionsrechts für demokratische Herrschaft. Verfahren, Handlungen und Entscheidungen, die dem demokratischen Prinzip widersprechen, sind demnach primärrechtswidrig. Dabei ist die Demokratie in der EU eine repräsentative Demokratie, wie Art. 10 Abs. 1 EUV ausdrücklich klarstellt. Herrschaft wird mithin nicht unmittelbar von der Gesamtheit der Unionsbürger, sondern von Repräsentanten ausgeübt, die nach den in EUV und AEUV vorgezeichneten Verfahren bestimmt werden.¹⁷ Demgegenüber berücksichtigt Art. 10 Abs. 2 EUV die Besonderheiten politischer Herrschaft im Mehrebenensystem mittels einer organbezogenen Konkretisierung des Grundsatzes der repräsentativen Demokratie. Es besteht nach der Vorschrift ein mehrgliedriger Legitimationszusammenhang, vielfach auch als duale Legitimationsgrundlage bezeichnet, indem neben dem unmittelbaren Strang der Vertretung der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger im Europäischen Parlament explizit auf die Zufuhr von Legitimation aus den Mitgliedstaaten über den Europäischen Rat und den Rat verwiesen wird. Dies gelingt aber nur, wenn in den Mitgliedstaaten zumindest ein Mindeststandard an Demokratie gewährleistet werden kann.¹⁸

Im vorliegenden Fall könnte dieser Mindeststandard jedoch nicht gegeben sein. Es gehört zum Wesen der Demokratie unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung, dass die Opposition in der Lage sein muss, die Mehrheit zu erringen. Das wird mit dem polnischen Gesetz aber möglicherweise

¹⁷ *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar*, 6. Aufl. 2022, EUV Art. 10 Rn. 1, 4.

¹⁸ Vgl. *Cotter*, *European Law Review* 47 (2022), 69.

in Frage gestellt, was die Demokratie in ihrem Kern betrifft.¹⁹ Somit ist Art. 10 EUV hier in inhaltlicher Hinsicht berührt.

3. Verletzung von Art. 10 EUV i.V.m. Art. 2 EUV

Fraglich ist also nach alledem, ob der EuGH einen Verstoß des als „Lex Tusk“ bezeichneten Gesetzes gegen Art. 10 EUV i.V.m. Art. 2 EUV feststellen kann.

a) Restriktiver Prüfungsmaßstab

Zunächst und unter Berücksichtigung des zurückhaltenden Prüfungsmaßstabs des EuGH ist festzustellen, dass es jedem Mitgliedstaat obliegt, frei über die konkrete Ausgestaltung der Demokratie durch nationale Regelungen zu verfügen. Dazu gehört, dass jeder Mitgliedstaat prinzipiell Vorkehrungen treffen darf, um sich gegen einen Übergriff aus anderen Staaten zu wehren. Die Einrichtung der „Staatskommission“ verfolgte zumindest vordergründig den Zweck, den Einfluss der Russischen Föderation auf die innere Sicherheit der Republik Polen im Zeitraum zwischen den Jahren 2007 und 2022 zu untersuchen (vgl. Art. 1). Die Einrichtung einer solchen Kommission steht Polen demnach grundsätzlich frei, ohne dabei gegen Art. 10 EUV zu verstoßen.

b) Wirkungen der Lex Tusk in ihrer Gesamtheit

Andererseits ist zu beachten, dass das Gesetz auf das Zusammenspiel vieler kleinerer Maßnahmen setzt, die in ihrem Gesamtkontext offensichtlich durchaus darauf angelegt sind, die demokratischen Wahlen in Polen zu beeinträchtigen.²⁰ Die damalige Opposition warf der polnischen Regierung insbesondere vor, dass das Gesetz auf ihren zu diesem Zeitpunkt größten Konkurrenten, den damaligen Oppositionsführer Donald Tusk, zugeschnitten war. Hierfür lassen sich in der Tat einige Anhaltspunkte finden:

So war Donald Tusk bereits während der 6. und 7. Legislaturperiode des Sejm und damit von 2007 bis 2014 Ministerpräsident der Republik Polen, sodass sich der Untersuchungszeitraum der Kommission nach Art. 1 und Tusks erste Amtszeiten – offenbar nicht zufällig – überschneiden. Im Zusammenhang mit dem von der PiS verbreiteten Narrativ, dass sich Tusk in seinen ersten Amtszeiten „russlandfreundlich“ verhalten habe, drängt sich so der Eindruck auf, das Gesetz habe einen Regierungswechsel im Rahmen der für Ende 2023 vorgesehenen Wahlen des Abgeordnetenhauses und des Senats verhindern sollen. Dieser Eindruck wird dadurch noch verstärkt, dass gem. Art. 47 der erste Bericht i.S.v. Art. 41 bis zum 17.9.2023 und damit noch vor der anstehenden Wahl veröffentlicht werden sollte. Auch dies scheint kein Zufall zu sein, sondern eher dem Zweck zu dienen, Donald Tusk noch vor der Wahl eine Nähe zu Russland zu unterstellen und ihn so öffentlich zu diskreditieren.

Hinweis: Gute Bearbeitungen zeichnen sich dadurch aus, dass sie die abgedruckten Vorschriften der „Lex Tusk“ aufgreifen und verarbeiten.

¹⁹ Vgl. Möllers/Schneider, *Demokratisierung in der Europäischen Union*, 2018, S. 124 ff.

²⁰ Treffend ist von einem „Frankenstate“ die Rede, vgl. Scheppelle, *Governance* 26 (2013), 559; zur Notwendigkeit der Zusammensetzung eines Gesamtkontextes siehe auch Hapka, *Systemische Mängel in Justizsystemen*, im Erscheinen.

c) Missbrauchspotenziale

Schließlich sprechen auch die Regelungen zur Besetzung der neuen Kommission für eine entsprechende Intention der PiS. Gem. Art. 9 besteht diese aus neun Mitgliedern im Rang eines Staatssekretärs, die vom Sejm der Republik Polen ernannt und erlassen werden. Mithin genügt eine einfache Regierungsmehrheit, wie sie zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes die von der PiS angeführte Regierungsfraktion innehatte, zur alleinigen Entscheidung über die Zusammensetzung der Kommission. Die Opposition hat hingegen keinerlei Möglichkeit, auf die Ernennung und Entlassung der Mitglieder Einfluss zu nehmen, was ein hohes Missbrauchspotenzial in sich birgt. Aus den Reihen der Kommission wählt zudem der Premierminister den Vorsitzenden der Kommission aus (Art. 11 Abs. 1), dem neben internen Leitungsaufgaben (Art. 11 Abs. 2) auch weitreichende Befugnisse nach außen zukommen, beispielsweise das Ersuchen der Staatsanwaltschaft um Durchsuchungen und Beschlagnahmen (Art. 17 Abs. 1). Auch dies legt den Verdacht einer politischen Instrumentalisierung der Kommission durch die PiS zulasten von Donald Tusk nahe. Im Ergebnis verletzt die sogenannte Lex Tusk damit Art. 10 EUV i.V.m. Art. 2 EUV.

Hinweis: Das Ergebnis ist zweitrangig. Entscheidend ist die Argumentation, die für oder gegen einen Verstoß ausfallen kann, wobei in Rechnung zu stellen ist, dass der EuGH darüber in einem zentralen und rechtlichen Verfahren befinden soll, das für die Lösung von föderativen „Wertekonflikten“ nicht geschaffen worden ist.

4. Ergebnis

Ein Verstoß gegen Art. 10 EUV i.V.m. Art. 2 EUV liegt nach alledem vor.

III. Verstoß gegen Art. 49 GRC und Art. 47 GRC

Das Gesetz über die staatliche Kommission zur Untersuchung des russischen Einflusses auf die innere Sicherheit könnte durch die Art. 1, Art. 5 und Art. 48 des Gesetzes gegen das Rückwirkungsverbot aus Art. 49 Abs. 1 GRC und das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf aus Art. 47 Abs. 1 GRC verstoßen. Das setzt voraus, dass Polen vorliegend an die Grundrechte aus der Charta gebunden ist und mit dem neuen Gesetz die Schutzgehalte von Art. 49 Abs. 1 und Art. 47 Abs. 1 GRC verletzt hat.

Hinweis: Wichtig ist an dieser Stelle, zu sehen, dass sich die Kommission explizit auf die grundrechtlichen Ausprägungen der Rechtsstaatlichkeit stützt, weshalb auch nur diese anzusprechen sind, wenngleich die objektiv-rechtliche Rechtsstaatlichkeit im Vertragsverletzungsverfahren im Vordergrund steht, hier aber grundrechtlich „aufgeladen“ wird.

1. Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte

Fraglich ist bereits, ob Polen bei der Einrichtung einer Kommission zur Untersuchung eines Einfluss Russlands auf die polnische Politik an die Unionsgrundrechte gebunden ist.

a) Voraussetzungen des Art. 51 GRC

Die Bindung an die Unionsgrundrechte wäre jedenfalls dann gegeben, wenn die Voraussetzungen des Art. 51 GRC vorliegen würden. Demnach gilt die Charta für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei

der Durchführung des Rechts der Union. Dabei wird der Begriff der Durchführung grundsätzlich weit ausgelegt. Es kommt darauf an, ob mit der fraglichen Regelung die Durchführung einer Bestimmung des Unionsrechts bezweckt wird, welchen Charakter diese Regelung hat, welche Ziele sie verfolgt und ob für den fraglichen Bereich spezifisches Unionsrecht einschlägig ist.

Die Rechtsprechung differenziert mittlerweile bei der Prüfung des Art. 51 GRC zwischen verschiedenen Konstellationen, wobei eine Grundrechtsbindung insbesondere bei der sog. Agency-Situation anerkannt ist. Sie entspricht prinzipiell der in Art. 51 GRC angesprochenen Situation und setzt insoweit voraus, dass das Unionsrecht (in welcher Form auch immer) vorhanden ist und der Mitgliedstaat dieses Unionsrecht in seine nationale Rechtsordnung als „verlängerter Arm der Union“ einspeist.

Inzwischen hat die unionrechtliche Rechtsprechung die Bindung der Mitgliedstaaten an die unionsgrundrechte auch in weiteren Konstellationen anerkannt. Die Voraussetzungen des Art. 51 GRC liegen demnach auch dann vor, wenn die Unionsgrundrechte einer Grundfreiheit Schranken setzt. Eine der anerkannten Bindungskonstellationen liegt hier jedoch nicht vor. Mit dem polnischen Gesetz wird kein Unionsrecht durchgeführt, vielmehr ein mitgliedstaatlicher Sachverhalt geregelt.

Hinweis: Die Abgrenzung der „Grundrechtssphären“ ist immer wieder Gegenstand konfliktreicher Auseinandersetzungen.²¹ In der Rechtsprechung des EuGH ist insbesondere anerkannt, dass eine Bindung an die Unionsgrundrechte auch in der „Konstellation“ anzunehmen ist, wo sich ein Mitgliedstaat auf eine Ausnahme von den Grundfreiheiten beruft, aber im Anwendungsbereich des Unionsrechts handelt. Zum einen können die Unionsgrundrechte im Rahmen der Rechtfertigung als „Schranken-Schranke“ für vorgetragene Rechtfertigungsgründe zu beachten sein.²² Zum anderen sind die Unionsgrundrechte aber auch als Rechtfertigungsgrund und damit als Schranke für Eingriffe in Grundfreiheiten herangezogen worden.²³ Auch dort, wo die Verträge den Mitgliedstaaten ausdrücklich Spielräume gewähren, ist ihre Bindung an die Unionsgrundrechte nicht versperrt. Das mag kritisiert werden können, ist aber ständige Rechtsprechung des EuGH, der nicht von getrennten, sondern von verbundenen Grundrechtsräumen ausgeht.²⁴ Eine der anerkannten Bindungskonstellationen liegt hier jedoch nicht vor und es erscheint angreifbar, die Werte des Art. 2 EUV zum Anlass zu nehmen, den Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte für eröffnet zu erklären. Denn es ist eine Sache, die Anwendbarkeit der zentralen Vorschrift des Art. 2 EUV nicht von einer Regelungskompetenz der Union abhängig zu machen, aber etwas anderes, über Art. 2 EUV zu einer Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte zu gelangen. Eben dies ist in der Rechtsprechung des EuGH jedoch angelegt, wobei sich die gegenseitige Verstärkung nicht nur in einer Operationalisierbarkeit des Art. 2 EUV, sondern auch in der Maßgeblichkeit der Unionsgrundrechte niederschlägt, die bislang eher im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV und weniger im Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV „aktiviert“ wurden.

²¹ Siehe nur EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-617/10 [ECLI:EU:C:2013:105] (Åkerberg Fransson), Rn. 21 und die Reaktion darauf in BVerfGE 133, 277 (316) – Antiterrordatei.

²² EuGH, Urt. v. 18.6.1991 – C-260/89 [ECLI:EU:C:1991:26] (ERT); krit. *Huber*, EuR 2008, 190; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl. 2022, GRC Art. 51 Rn. 13 ff.

²³ EuGH, Urt. v. 12.6.2003 – C-112/00 [ECLI:EU:C:2003:333] (Schmidberger); dazu *Kadelbach/Petersen*, EuGRZ 2003, 693.

²⁴ *Franzius*, EuGRZ 2015, 139. Zur Annäherung des Bundesverfassungsgerichts an die Verbundordnung BVerfGE 152, 216 (Recht auf Vergessen II).

b) Anwendungsbereichserweiterung über Art. 2 EUV

Hinweis: Die folgenden Ausführungen können nur von besseren Bearbeitungen erwartet werden. Von den Studierenden wird hier ein Weiterdenken gefordert. Im Ergebnis ist auch hier wieder alles vertretbar, solange die Argumentation überzeugt. Es gibt gute Gründe, eine Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte abzulehnen, aber ebenso gute Gründe, die Maßgeblichkeit der Unionsgrundrechte über Art. 2 EUV oder in einer neuen Bindungskonstellation zu bejahen.

Möglicherweise lässt sich eine Bindung Polens an die Unionsgrundrechte im vorliegenden Fall über eine wertekonforme Auslegung der Unionsgrundrechte begründen. Dahinter verbirgt sich das norm-systematische Argument, dass die Grundrechte der Charta und Art. 51 GRC unter Umständen wiederum im Lichte des Art. 2 EUV auszulegen sind.

In der Rechtsprechung des EuGH wurde dieser Weg im Gemeinsamen Europäischen Asylsystem und bei der horizontalen Zusammenarbeit in Strafsachen beschritten. Demnach darf ein Mitgliedstaat einen Asylsuchenden nicht in den eigentlich nach dem Dublin-Recht zuständigen Mitgliedstaat überstellen, wenn im Asylsystem dieses Mitgliedstaates systemische Mängel identifiziert wurden und auch die konkrete Gefahr besteht, dass der betroffene Asylsuchende im Fall seiner Überstellung Gefahr läuft, von diesen Mängeln betroffen zu sein. In diesem Fall bestehe entgegen der Grundregel des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten die echte Gefahr der Verletzung des vorbehaltlos gewährleisteten Art. 4 GRC. Diese Maßstäbe hat der EuGH inzwischen nicht nur auf Haftsysteme (Art. 4 GRC) übertragen, sondern den grundrechtsdogmatischen Begriff der systemischen Mängel auch für die Justizsysteme (Art. 47 Abs. 2 GRC) anerkannt.

Dabei begründet der EuGH die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte mit einer wertekonformen Auslegung der Unionsgrundrechte. Prinzipiell führen die Mitgliedstaaten nämlich bei der Einrichtung ihrer nationalen Asyl-, Haft- und Justizsysteme kein Unionsrecht durch, sondern regeln dabei einen innerstaatlichen Sachverhalt. Trotzdem bindet der EuGH die Mitgliedstaaten über seine Rechtsprechung zu den systemischen Mängeln bei der Einrichtung und Organisation dieser Systeme an die Vorgaben des Art. 4 GRC bzw. Art. 47 Abs. 2 GRC.

Der EuGH greift zur Begründung der Grundrechtsbindung in diesen Fällen auf ein normsystematisches Argument zurück, wonach die wertekonkreterisierenden Grundrechte im Lichte des Art. 2 EUV auszulegen sind. Die Werte des Art. 2 EUV und die Unionsgrundrechte verstärken sich dabei gegenseitig, wobei Art. 2 EUV – der nicht der Beschränkung des Art. 51 GRC unterliegt und die Mitgliedstaaten umfassend bindet – den Anwendungsbereich der Grundrechte erweitert. Inhaltlich zieht sich das Unionsrecht jedoch darauf zurück, die Mitgliedstaaten nur auf ein Mindestmaß der Grundrechtsverwirklichung zu verpflichten.²⁵

Fraglich ist jedoch, ob die oben beschriebene Argumentation auf den vorliegenden Fall übertragen werden kann. Zwar hat der EuGH eine solche Anwendungsbereichserweiterung für die Grundrechte aus Art. 47 Abs. 2 GRC anerkannt. Der vorliegende Fall unterscheidet sich aber in wesentlichen Punkten von den vom EuGH entschiedenen Konstellationen, sodass eine Übertragbarkeit zweifelhaft erscheint.

²⁵ *Spieker*, in: *Defending Checks and Balances in EU Member States*, S. 237 (250 f.); siehe hierzu auch *Hapka*, *Systemische Mängel in Justizsystemen*, im Erscheinen.

aa) Kein Fall der Vertrauensbetätigung im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts

Es geht hier zunächst einmal nicht um eine konkrete Grundrechtsgefährdung aufgrund der horizontalen Kooperation der Mitgliedstaaten im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Der Vorgang in Polen stellt in Verbindung mit dem Unionsrecht und den Kooperationspflichten der übrigen Mitgliedstaaten keine konkrete Gefahr für das Unionsgrundrecht einer betroffenen Person dar. Erst diese Gefahr hat den EuGH aber dazu bewegt, seine Rechtsprechung zu der Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte zu ergänzen bzw. zu erweitern.

bb) Keine systemischen Mängel in Demokratiesystemen

Zudem löst das polnische Gesetz „in der Sache“ auch keine systemischen Mängel im polnischen Demokratiesystemen aus. Ob der Begriff in diesem Kontext überhaupt auf Demokratiesysteme übertragen werden kann, erscheint bereits fraglich. Zudem gilt es zu berücksichtigen, dass der Begriff bislang noch keine Verwendung im Vertragsverletzungsverfahren gefunden hat. Im Gegenteil beschränkt der EuGH den Anwendungsbereich des Begriffs bislang auf die „dezentrale Verfassungsaufsicht“ und setzt dabei auf eine Subsumtion der nationalen Gerichte.²⁶ Diese sollen dabei auf Informationen und Wertungen einer Vielzahl von Akteuren zurückgreifen und damit einen „Einschätzungsverbund“²⁷ etablieren. Auch dies spricht gegen eine Übertragung des Begriffs in das zentrale Vertragsverletzungsverfahren.

Hinweis: Das muss kein Hindernis sein, zu einer Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte zu gelangen. So „heikel“ der Zugriff des EuGH auf Art. 2 EUV für die Sicherungen der Demokratie in den Mitgliedstaaten auch sein mag – die Unionsgrundrechte als Scharniernormen der Werte mit Blick auf die Rechtsstaatlichkeit zu verstehen, ist in der Rechtsprechung des EuGH vorgezeichnet und bei aller Kritik an einem solchen „Wertekonstitutionalismus“²⁸ weniger grundsätzlichen Einwänden ausgesetzt. Ob das auch für Art. 49 GRC gilt, ist bislang noch nicht geklärt, liegt aber nahe. Nimmt man zudem in den Blick, dass der EuGH in der Vergangenheit durchaus vorsichtig agiert hat und den maßgeblichen „Aufhänger“ in den Grundrechten gesehen hat, deren Gehalt mit dem Zugriff auf Art. 2 EUV objektiv-rechtlich angereichert wurde, dann liegt darin keine „Revolution“ à la van Gend & Loos²⁹ oder Costa/E.N.E.L.³⁰, sondern entspricht einem Vorgehen, das auch der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht fremd ist und methodisch jedenfalls keiner prinzipiellen Kritik ausgesetzt ist. Es wird nicht abstrakt gesagt, was Rechtsstaatlichkeit in den Mitgliedstaaten auszumachen hat, sondern ein konkretes Problem grundrechtlich eingefangen, hier allerdings – und darin besteht das Neue – im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens ohne unmittelbare Beteiligung des Grundrechtsträgers, wodurch der „Fall“ subjektiv-rechtlich „entkleidet“ wird. Das mag Irritationen auslösen, entspricht jedoch dem Grundrechtsverständnis des EuGH, der in den Unionsgrundrechten nicht bloß subjektive Rechte verankert sieht, sondern beginnt, in den Grundrechten eine objektive „Werteordnung“ zu sehen, die auch das Bundesverfassungsgericht für die Grundrechte des Grund-

²⁶ Vgl. Hapka, Systemische Mängel in Justizsystemen, im Erscheinen. Zur Einordnung Franzius, Europäische Verfassungsaufsicht, in: Bast/v. Bogdandy, Unionsverfassungsrecht, im Erscheinen, abrufbar unter https://www.uni-bremen.de/fileadmin/user_upload/fachbereiche/fb6/feu/FEU/Arbeitspapiere_FEU/FEU_AP17_Franzius_Art._7_EUV.pdf (4.9.2024).

²⁷ Zum Begriff v. Bogdandy, Strukturwandel des öffentlichen Rechts, 2022, S. 374 ff.

²⁸ Statt vieler Schorkopf, JZ 2020, 477 (480 ff.).

²⁹ EuGH, Urt. v. 5.2.1963 – C-26/62 [ECLI:EU:C:1963:1].

³⁰ EuGH, Urt. v. 15.7.1964 – C-6/64 [ECLI:EU:C:1964:66].

gesetzes propagiert hat, wengleich es inzwischen „semantisch abgerüstet“ hat, was durch eine dogmatische „Übersetzung“ möglich wurde, die anderswo bislang nicht in gleicher Weise erfolgt ist.³¹ Hält man nach alledem an der Figur systemischer Mängel als Verbundbegriff fest, so dürfte eine Bindung der Republik Polen beim Erlass des umstrittenen Gesetzes an die Unionsgrundrechte abzulehnen sein. Es kann dann kein Verstoß gegen Art. 47, 49 GRC vorliegen. Löst man sich von dieser „Beschränkung“ und gelangt über Art. 2 EUV zu einer Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte, ließe sich ein Verstoß gegen Art. 49 GRC feststellen, was dann jedoch die Frage aufwirft, welchen Grenzen die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte überhaupt noch unterworfen sein soll. Art. 51 Abs. 1 GRC in der Lesart mitgliedstaatlicher Höchstgerichte steht dem entgegen.

c) Ergebnis

Aus diesen Gründen ist die Argumentation des EuGH aus seiner Rechtsprechung zu den systemischen Mängeln nach hier vertretener Auffassung nicht auf das vorliegende Vertragsverletzungsverfahren zu übertragen. Polen war demnach bei der Einrichtung der Kommission nicht an die Unionsgrundrechte gebunden.

Hinweis: In Bezug auf Art. 47 GRC besteht bei allen Vorbehalten, die abstrakt formulierten Werte im Vertragsverletzungsverfahren heranzuziehen, doch kein Zweifel daran, das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf unabhängig von seiner wertekonkretisierenden Funktion für den Ausschluss einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle heranzuziehen, was dann wiederum in aller Schärfe die Frage der Anwendbarkeit der Grundrechtecharta aufwirft.³² Inwieweit die Reduzierung der gerichtlichen Kontrolldichte vor dem Hintergrund der Anforderungen des Art. 47 GRC möglich ist, lässt sich nicht einfach beantworten, bezieht sich Art. 47 GRC in der jüngeren Rechtsprechung des EuGH doch vor allem auf den Zugang zum Gericht, nicht aber auf den Umfang und die Tiefe der gerichtlichen Kontrolle. Tatsachenfragen der gerichtlichen Kontrolle aber vollständig zu entziehen, dürfte den Anforderungen des Art. 47 GRC jenseits aller „Wertefragen“ nicht gerecht werden, weshalb es entscheidend darauf ankommt, wann die Charta-Rechte maßgeblich sind. Stellt man dabei auf die Rechtsprechung des EuGH ab, so ist eine gewisse, wengleich durch die Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 7 GRC nahegelegte Großzügigkeit in einer Distanz zum Wortlaut des Art. 51 Abs. 1 GRC festzustellen, die in unterschiedlichen Bindungskonstellationen zum Ausdruck kommt, aber für die vorliegende Fallgestaltung noch nicht zu einer eigenen Bindungskonstellation für die Mitgliedstaaten geführt hat. Nimmt man Art. 19 EUV hinzu, dann dürfte vieles dafürsprechen, einen Ausschluss der Tatsachenüberprüfung durch mitgliedstaatliche Gerichte nicht mehr als mit Art. 47 GRC vereinbar anzusehen und einen Verstoß unabhängig von Art. 2 EUV festzustellen. Gerichten der Mitgliedstaaten zu untersagen, exekutive Entscheidungen auf ihre Tatsachen einer gerichtlichen Kontrolle zu unterziehen, ist mit den Unionsgrundrechten der betroffenen Personen des öffentlichen Lebens nicht zu vereinbaren. Insoweit kann ein durch den EuGH festzustellender Verstoß gegen das Unionsrecht bejaht werden, mag es dafür auch noch keine gesicherte Rechtsprechung des Gerichtshofs geben. Ebenso gut vertretbar ist es, eine Bindung an die Unionsgrundrechte in diesem Fall abzulehnen.

³¹ Zur Kritik an der Werte-Rechtsprechung des EuGH *Voßkuhle*, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 3, 2022, § 59 Rn. 40 ff.

³² Dazu *Jakab/Kirchmair*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 24 (2022), 239.

2. Ergebnis

Es liegt somit kein Verstoß gegen Art. 47 Abs. 1 GRC oder Art. 49 Abs. 1 GRC vor.

IV. Ergebnis zur Begründetheit

Ungeachtet der Frage einer Grundrechtsverletzung liegt jedenfalls ein Verstoß gegen Art. 10 Abs. 2 EUV i.V.m. Art. 2 EUV vor. Die Vertragsverletzungsklage der Kommission gegen die Republik Polen ist begründet.

C. Ergebnis

Die Vertragsverletzungsklage der Kommission gegen die Republik Polen ist zulässig und begründet.

Hinweis: Gibt der EuGH der Klage der Kommission statt, so ergeht ein Feststellungsurteil (Art. 260 Abs. 1 AEUV). Der verurteilte Mitgliedstaat ist verpflichtet, den unionsrechtswidrigen Zustand unverzüglich für die Zukunft zu beseitigen bzw. die gebotene Handlung vorzunehmen. Allerdings kann der EuGH im Urteilstenor nicht die Verpflichtung des Mitgliedstaates zum Abstellen des Vertragsverstoßes aussprechen oder die angegriffene Maßnahme „kassieren“. Insoweit unterscheidet sich das Urteil von einem Verpflichtungs- oder Anfechtungsurteil im Verwaltungsprozess. Mehr als einen Grund, das umstrittene Gesetz ersatzlos außer Kraft zu setzen, liefert das Urteil nicht. Auch darin äußert sich der Respekt vor dem politischen Prozess, der im Unionsrecht, das von den Mitgliedstaaten mitgetragen wird, institutionell stärker verankert ist als in Deutschland, wo das Bundesverfassungsgericht auf eine Verfassungsbeschwerde des Einzelnen ein Gesetz für nichtig erklären und damit tatsächlich „kassieren“ kann.

Anfängerklausur zum Baurecht – Wohnen im Außenbereich

Wiss. Mitarbeiter Piet Blanc, Bochum*

Sachverhalt

Die Eheleute E haben vor einigen Jahren einen alten Bauernhof im Münsterland in der kleinen kreisangehörigen Gemeinde S erworben. Der Hof ist umgeben von landwirtschaftlich genutzten Flächen, auf denen nun ausschließlich Wind- bzw. Solaranlagen betrieben werden. Das nächste bewohnte Gebäude befindet sich auf einem 2 km weit entfernten ehemaligen Bauernhof. Der Siedlungsbereich der Gemeinde S bildet ansonsten einen typischen Innenbereich.

Die zuständige Bauaufsichtsbehörde hat auf Antrag der E vor dem Einzug in den Bauernhof die Umnutzung eines früher als Stall genutzten Gebäudes hin zur Wohnnutzung genehmigt. Einen landwirtschaftlichen Betrieb führen die E nicht. Die Erschließung des Grundstücks ist gesichert. Mitte des Jahres 2023 wird das Gebäude der E infolge von Brandstiftung eines in der Gegend tätigen Serienbrandstifters vollständig zerstört. Zu Beginn des Jahres 2024 entschließen sich die E, ein neues Gebäude zu errichten. Bei der Planung orientieren sie sich zwar am ehemaligen Stall. Aus Angst vor einem erneuten Brand soll für das Gebäude jedoch Stein und nicht mehr Holz als Baumaterial verwendet werden. Die E stellen hierzu einen Bauantrag beim zuständigen Landratsamt.

Die W-GmbH, die einen Windpark in der Nähe des Gebäudes der E betreibt, ist mit der Neuerrichtung des Gebäudes nicht einverstanden. Sie rügt, im Außenbereich sei die Errichtung eines solchen Gebäudes grundsätzlich unzulässig, schon die Umnutzung des Stalls hätte nicht genehmigt werden dürfen, insbesondere sei durch die erneut geplante Wohnnutzung im Außenbereich die Entstehung einer Splittersiedlung zu befürchten. Der Außenbereich sei privilegierten Nutzungen vorbehalten, beispielsweise ihrem Windpark. Zudem widerspräche der Flächennutzungsplan dem Vorhaben der E, der für das Gebiet landwirtschaftliche Nutzung vorsieht. Ein Wiederaufbau im Außenbereich sei allenfalls im Fall von Naturkatastrophen zulässig und nicht bei menschlich verursachtem Verhalten wie einer Brandstiftung. Allenfalls sei der Wiederaufbau des Gebäudes als Stall zulässig, jedoch nicht eine andersartige Errichtung wie hier aus Stein.

Die E entgegnen, die Vorschriften über den Außenbereich dienten allein den Interessen der Allgemeinheit, sodass die W-GmbH hier keine Rechtsverletzung geltend machen könne. Der Widerspruch zum Flächennutzungsplan sei zudem unbeachtlich, da dieser ohnehin nicht mehr berücksichtigt würde und – was zutrifft – eine landwirtschaftliche Nutzung aufgrund der Solarparks auf den betroffenen Flächen nicht mehr möglich sei. Letztlich seien an die Genehmigung geringere Anforderungen zu stellen, da sie ihr Gebäude nur wiederaufbauen und nicht ein gänzlich neues Gebäude errichten wollen. Die Tatsache, dass der Brand durch menschliches Handeln verursacht wurde, sei nicht relevant, da eine Brandstiftung für die E – wie auch eine Naturkatastrophe – nicht vorhersehbar gewesen sei. Die Frage, aus welchem Material sie bauen, sei schließlich für die Genehmigung irrelevant, insbesondere führe die Wahl eines anderen Baumaterials nicht zu neuen oder anderen bodenrechtlichen Spannungen.

Das zuständige Landratsamt erteilt daraufhin den E die beantragte Baugenehmigung.

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für öffentliches Recht, Verfassungstheorie und interdisziplinäre Rechtsforschung der Ruhr-Universität Bochum (Prof. Dr. Julian Krüper).

Fallfragen

Frage 1: Ist die 2024 an die E erteilte Baugenehmigung rechtmäßig?

Frage 2: Wäre die W-GmbH klagebefugt zu einer Klage gegen die Baugenehmigung der E zur Wiedererrichtung des Gebäudes?

Bearbeitungsvermerk

Gehen Sie davon aus, dass der Windpark der W-GmbH die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB erfüllt. Auf Belange des BImSchG ist nicht einzugehen.

Lösungsvorschlag

Frage 1	1033
I. Ermächtigungsgrundlage	1033
II. Formelle Rechtmäßigkeit	1033
III. Materielle Rechtmäßigkeit	1033
1. Tatbestandsvoraussetzungen.....	1033
a) Bauliche Anlage gem. § 2 Abs. 1 S. 1 BauO NRW.....	1033
b) Genehmigungsbedürftigkeit	1033
c) Genehmigungsfähigkeit	1034
aa) Bauplanungsrecht.....	1034
(1) Prüfungsumfang im Bauplanungsrecht.....	1034
(2) Anwendbarkeit des Bauplanungsrechts, § 29 BauGB	1034
(3) Zulässigkeit nach § 30 Abs. 1, 3 BauGB	1034
(4) Zulässigkeit im Außenbereich, § 35 BauGB	1035
(a) Außenbereich	1035
(b) Privilegiertes Vorhaben.....	1035
(c) Beeinträchtigung öffentlicher Belange mangels Privilegierung	1035
(aa) Festsetzungen im Flächennutzungsplan	1035
(bb) Entstehung einer Splittersiedlung	1036
(cc) Begünstigung des Vorhabens gem. § 35 Abs. 4 BauGB.....	1037
(i) Zulässige Errichtung	1037
(ii) Durch Brand zerstört.....	1037
(iii) Alsbaldige Neuerrichtung	1038
(iiii) Gleichartig	1038
(v) Zwischenergebnis	1038
(d) Sicherung der Erschließung.....	1038

bb) Zwischenergebnis	1038
2. Rechtsfolge	1039
Frage 2: Klagebefugnis	1039

Frage 1

Die an E erteilte Baugenehmigung ist rechtmäßig, wenn sie auf einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage beruht und die Genehmigung formell und materiell rechtmäßig ist.

I. Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage für den Erlass einer Baugenehmigung ist § 74 Abs. 1 S. 1 BauO NRW.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Baugenehmigung müsste formell rechtmäßig sein. Der Bauantrag ist gem. § 70 Abs. 1 BauO NRW bei der unteren Bauaufsichtsbehörde zu stellen. Das gem. § 57 Abs. 1 Nr. 3 lit. b BauO NRW für die kreisangehörige Gemeinde S zuständige Landratsamt hat in der Funktion als untere Bauaufsichtsbehörde den Bauantrag genehmigt. Die Baugenehmigung ist damit formell rechtmäßig.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Baugenehmigung müsste auch materiell rechtmäßig sein.

1. Tatbestandsvoraussetzungen

Der Tatbestand des § 74 Abs. 1 BauO NRW müsste erfüllt sein.

a) Bauliche Anlage gem. § 2 Abs. 1 S. 1 BauO NRW

Zunächst müsste das Vorhaben der E als bauliche Anlage gem. § 2 Abs. 1 S. 1 BauO NRW zu qualifizieren sein. Bauliche Anlagen sind mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen, § 2 Abs. 1 S. 1 BauO NRW. Das von E beantragte Gebäude soll auf ihrem Grundstück errichtet werden und aus Stein gebaut sein. Damit wäre es mit dem Erdboden verbunden und aus Bauprodukten hergestellt. Es wäre somit eine bauliche Anlage nach § 2 Abs. 1 S. 1 BauO NRW.

Hinweis: Die Prüfung des Merkmals der baulichen Anlage kann auch in die Prüfung der Genehmigungsbedürftigkeit integriert werden.

b) Genehmigungsbedürftigkeit

Das Vorhaben der E müsste genehmigungsbedürftig sein.

Nach § 60 Abs. 1 BauO NRW bedürfen die Errichtung, Änderung und Nutzungsänderung baulicher Anlagen im Grundsatz der Genehmigung. Ausnahmen von der Genehmigungspflicht nach §§ 61–63, 78, 79 BauO NRW sind nicht ersichtlich. Die Errichtung des Gebäudes der Anlage war also nach § 60 Abs. 1 BauO NRW genehmigungspflichtig.

Hinweis: Die Feststellung der Genehmigungsbedürftigkeit genügt. Man könnte in einer ausführlichen Bearbeitung kurz § 62 Abs. 1 Nr. 1 lit. a BauO NRW anprüfen, was jedoch kurz mit Verweis auf die fehlende Privilegierung des Vorhabens der E nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB abzulehnen ist.

c) Genehmigungsfähigkeit

Das Vorhaben der E müsste zudem genehmigungsfähig sein.

Dies setzt voraus, dass dem Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen. Vorliegend kommt ein Verstoß gegen Vorschriften des Bauplanungsrechts in Betracht.

aa) Bauplanungsrecht

Das Vorhaben der E müsste bauplanungsrechtlich gem. §§ 29 ff. BauGB zulässig sein.

(1) Prüfungsumfang im Bauplanungsrecht

Das Vorhaben der E stellt keinen Sonderbau dar, sodass die Zulassung des Vorhabens im vereinfachten Genehmigungsverfahren gem. § 64 Abs. 1 Nr. 1 lit. a BauO NRW erfolgt. Im Rahmen des vereinfachten Genehmigungsverfahrens ist die Übereinstimmung des Vorhabens mit den §§ 29–38 BauGB zu prüfen.

(2) Anwendbarkeit des Bauplanungsrechts, § 29 BauGB

Zunächst müssten die §§ 29 ff. BauGB anwendbar sein. Dazu müsste das durch die E geplante Gebäude eine bauliche Anlage i.S.d. § 29 Abs. 1 BauGB sein. Eine bauliche Anlage i.S.d. § 29 Abs. 1 BauGB liegt vor, wenn die Anlage dauerhaft mit dem Erdboden verbunden ist, aus Bauprodukten hergestellt ist und bodenrechtliche Relevanz aufweist. Bodenrechtliche Relevanz ist gegeben, wenn das Vorhaben die in § 1 Abs. 5 und 6 genannten Belange in einer Weise berührt oder jedenfalls berühren kann, „die geeignet ist, das Bedürfnis nach einer ihre Zulässigkeit regelnden verbindlichen Bauleitplanung hervorzurufen.“¹ Das Vorhaben der E bezieht sich auf die Errichtung eines Bauwerks, das aus Bauprodukten hergestellt und dauerhaft mit dem Erdboden verbunden ist. Diese Anlage müsste auch bodenrechtlich relevant sein. Durch das Vorhaben könnte, wie von der W-GmbH angeführt, die Beeinträchtigung des Flächennutzungsplans und somit die Beeinträchtigung einer von der Gemeinde beschlossenen Planung nach § 1 Abs. 6 Nr. 1 BauGB in Betracht kommen. Darüber hinaus sind auch Beeinträchtigungen des Windparks und damit der Belange der Nutzung erneuerbarer Energien, § 1 Abs. 6 Nr. 7 lit. f BauGB, nicht prinzipiell ausgeschlossen. Eine bauliche Anlage i.S.d. § 29 Abs. 1 BauGB liegt somit vor und die §§ 29 ff. BauGB sind anwendbar.

Hinweis: Vielfach wird hier in Bearbeitungen fälschlich auf § 2 Abs. 1 S. 1 BauO NRW abgestellt.²

(3) Zulässigkeit nach § 30 Abs. 1, 3 BauGB

Das Grundstück der E liegt nicht im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, sodass sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens nicht nach § 30 Abs. 1 BauGB bzw. § 30 Abs. 3 BauGB richtet.

¹ Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, Kommentar, 15. Aufl. 2022, § 29 Rn. 14 mit Verweis auf BVerwG, Urt. v. 7.5.2001 – 6 C 18/00 = NVwZ 2001, 1046; BVerwG, Urt. v. 31.8.1973 – IV C 33/71 = BVerwGE 44, 59 (62); ausführliche Erläuterung bei Herbolsheimer/Krüper, Baurecht, 2024, Kap. 3 Rn. 43 ff.

² Siehe hierzu ausführlich Herbolsheimer/Krüper, Baurecht, 2024, Kap. 3 Rn. 12 ff., 43 ff.

(4) Zulässigkeit im Außenbereich, § 35 BauGB

Mangels Bebauungsplans richtet sich die Zulässigkeit des Vorhabens nicht nach § 30 BauGB, sondern nach den §§ 34, 35 BauGB. Es kommt vorliegend die Zulässigkeit nach § 35 BauGB in Betracht.

(a) Außenbereich

Zunächst müsste dazu das Bauvorhaben der E im Außenbereich gelegen sein.

Der Außenbereich ist negativ über das Nicht-Vorliegen eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils (Innenbereich) definiert, § 34 Abs. 1 S. 1 BauGB.³ Ein im Zusammenhang bebauter Ortsteil liegt vor, wenn die Bebauung im Gemeindegebiet den Eindruck einer Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit vermittelt, ein gewisses Gewicht hat und Ausdruck einer organischen Siedlungsstruktur ist.⁴ Zu berücksichtigen sind nur Bauwerke, die grundsätzlich zum Aufenthalt von Menschen bestimmt sind.⁵

In der näheren Umgebung zum Grundstück der E liegt keine weitere Bebauung. Durch den 2 km entfernten Bauernhof wird nicht der Eindruck der Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit mit dem Haus der E erweckt. Die Windkraft- und Solaranlagen in der Umgebung zum Grundstück der E sind nicht zum Aufenthalt von Menschen bestimmt und daher nicht zu berücksichtigen. Es fehlt bereits an einem Bebauungszusammenhang. Das Grundstück der E liegt damit nicht in einem im Zusammenhang bebauten Ortsteil und somit im Außenbereich.

Hinweis: § 34 BauGB kann auch isoliert geprüft werden.

(b) Privilegiertes Vorhaben

Das Vorhaben der E könnte gem. § 35 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 BauGB privilegiert zulässig sein.

Dies setzt voraus, dass das Vorhaben der E einem landwirtschaftlichen Betrieb dient und nur einen untergeordneten Teil der Fläche einnimmt, die ausreichende Erschließung gesichert ist und öffentliche Belange nicht entgegenstehen. Die landwirtschaftliche Tätigkeit wird durch die E nicht fortgeführt. Das Vorhaben der E ist folglich nicht nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 BauGB privilegiert.

(c) Beeinträchtigung öffentlicher Belange mangels Privilegierung

Mangels Privilegierung richtet sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens der E als sonstiges Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB. Danach dürften durch das Vorhaben der E keine öffentlichen Belange, § 35 Abs. 3 BauGB, berührt werden und die Erschließung müsste gesichert sein.

(aa) Festsetzungen im Flächennutzungsplan

Das Vorhaben der E könnte den Darstellungen des Flächennutzungsplans widersprechen, § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BauGB. Im Flächennutzungsplan ist für das betroffene Gebiet eine Fläche für landwirtschaftliche Nutzung dargestellt. Die geplante Nutzung der E ist durch eine auf Dauer angelegte Häuslichkeit, eine Eigengestaltung der Haushaltsführung und des häuslichen Wirkungskreises sowie der Freiwilligkeit des Aufenthalts gekennzeichnet und somit als Wohnen zu qualifizieren.⁶ Mithin widerspricht

³ Herbolzheimer/Krüper, Baurecht, 2024, Kap. 3 Rn. 223.

⁴ BVerwG VerwRSpr 1969, 314 (316 f.); umfassend BVerwG ZfBR 2007, 480 ff.

⁵ BVerwG ZfBR 2007, 480 (481).

⁶ Stock, in: König/Roeser/Stock, Baunutzungsverordnung, Kommentar, 5. Aufl. 2022, § 3 Rn. 16.

das Vorhaben der E den Darstellungen des Flächennutzungsplans, womit öffentliche Belange gem. § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BauGB beeinträchtigt sind.

Der Flächennutzungsplan könnte jedoch infolge von Funktionslosigkeit unwirksam geworden sein.⁷

„In der Rechtsprechung ist [...] geklärt, dass die tatsächliche Entwicklung dazu führen kann, dass sich das Gewicht der Aussagen eines Flächennutzungsplans bis hin zum Verlust der Aussagekraft abschwächen kann, wodurch der Flächennutzungsplan die ihm vom Gesetz zugewiesene Bedeutung als Konkretisierung öffentlicher Belange und einer geordneten städtebaulichen Entwicklung verlieren kann [...]. Der Flächennutzungsplan kann aber nur dort nicht mehr maßgeblich sein, wo seine Darstellungen den besonderen örtlichen Verhältnissen nicht mehr gerecht werden, diese also etwa durch zwischenzeitliche Entwicklung überholt sind.“⁸

Im betroffenen Gebiet kann vorliegend keine landwirtschaftliche Nutzung mehr durchgeführt werden, sondern die Flächen werden zur Gewinnung von Windenergie genutzt. Einzelne Wind- und Solarenergieanlagen widersprechen zwar grundsätzlich nicht der Darstellung von Flächen für Landwirtschaft in einem Flächennutzungsplan, da der Darstellung von Flächen für Landwirtschaft regelmäßig eine Auffangfunktion zukommt und die privilegierten Vorhaben gerade in den Außenbereich verwiesen sind.⁹ Hier schließen sie jedoch die weitere landwirtschaftliche Nutzung gänzlich aus. Die tatsächliche Entwicklung im betroffenen Gebiet entspricht damit nicht mehr den Darstellungen im Flächennutzungsplan. Diese wurden von den tatsächlichen Entwicklungen im Plangebiet überholt, womit der Flächennutzungsplan den örtlichen Entwicklungen nicht mehr gerecht wird. Der Flächennutzungsplan ist somit infolge von Funktionslosigkeit unwirksam.

(bb) Entstehung einer Splittersiedlung

Zudem könnte die Entstehung einer Splittersiedlung zu befürchten sein, § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 Var. 1 BauGB.

Das Entstehen einer Splittersiedlung liegt vor, wenn mit der Zulassung eines Bauvorhabens ein Vorgang der Zersiedelung eingeleitet wird.¹⁰ Dies ist mit Errichtung des ersten Wohngebäudes denkbar, denn bereits dieses kann Vorbildwirkung für andere Bauvorhaben haben.¹¹ Ausgeschlossen ist der Einwand der Splittersiedlung, wenn die Form der Streusiedlung im Außenbereich die typische Siedlungsform ist, denn dann kann die Beibehaltung der Siedlungsform nicht als Zersiedlung gewertet werden.¹²

Das Bauvorhaben der E liegt allein gelegen im Außenbereich. Die Wohnbebauung in der Gemeinde S weist eine typische organische Siedlungsform auf, sodass der Einwand der Splittersiedlung nicht von vornherein durch den Einwand, die Gemeinde weise die Struktur einer Streusiedlung auf, ausgeschlossen ist. Die von E geplante Nutzungsform ist als Wohnnutzung zu qualifizieren, sodass im Grundsatz die Entstehung einer Splittersiedlung zu befürchten ist.

⁷ Lesenswert dazu VG Würzburg, Urt. v. 5.2.2015 – W 5 K 14.576; zur Funktionslosigkeit von Bauleitplänen *Herbolsheimer/Krüper*, Baurecht, 2024, Kap. 3 Rn. 86.

⁸ VG Würzburg, Urt. v. 5.2.2015 – W 5 K 14.576.

⁹ Vgl. *Mitschang/Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, Baugesetzbuch, Kommentar, 15. Aufl. 2022, § 35 Rn. 74.

¹⁰ *Mitschang/Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, Baugesetzbuch, Kommentar, 15. Aufl. 2022, § 35 Rn. 94; Erläuterungen bei *Herbolsheimer/Krüper*, Baurecht, 2024, Kap. 3 Rn. 255.

¹¹ *Mitschang/Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, Baugesetzbuch, Kommentar, 15. Aufl. 2022, § 35 Rn. 93 f.

¹² *Mitschang/Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, Baugesetzbuch, Kommentar, 15. Aufl. 2022, § 35 Rn. 94.

(cc) Begünstigung des Vorhabens gem. § 35 Abs. 4 BauGB

Die Beeinträchtigung des öffentlichen Belangs der Entstehung einer Splittersiedlung könnte nach § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 BauGB unbeachtlich sein.¹³

Hinweis: Falls die Funktionslosigkeit des Flächennutzungsplans abgelehnt oder übersehen wird, ist hier auch dieser als öffentlicher Belang zu berücksichtigen.

Gem. § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 BauGB kann Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB nicht entgegengehalten werden, dass ihre Zulassung die Entstehung einer Splittersiedlung befürchten lässt, soweit sie im Übrigen außenbereichsverträglich sind. Nr. 3 setzt hierzu voraus, dass es sich um die alsbaldige Neuerrichtung eines zulässigerweise errichteten, durch Brand, Naturereignisse oder andere außergewöhnliche Ereignisse zerstörten, gleichartigen Gebäudes an gleicher Stelle handelt.

(i) Zulässige Errichtung

Das abgebrannte Gebäude der E müsste zulässig errichtet worden sein.

Ein Gebäude ist zulässigerweise errichtet worden, wenn es bauaufsichtlich genehmigt war, selbst wenn es bei rückschauender Betrachtung dem damaligen Recht nicht entsprach.¹⁴ Es kommt hierbei auf die Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung nicht an.¹⁵

Das Gebäude der E wurde zulässigerweise errichtet. Auf das Vorbringen der W, die Baugenehmigung sei nicht rechtmäßig, kommt es folglich nicht an. Das Gebäude war damit zulässig errichtet worden.

(ii) Durch Brand zerstört

Das Gebäude müsste durch Brand zerstört worden sein.

Zerstörung setzt voraus, dass die bestimmungsgemäße Benutzung verhindert wird. Dies ist durch den vollständigen Abbrand des Gebäudes der E der Fall.

Fraglich ist, ob ein durch Brandlegung zerstörtes Gebäude auch durch Brand im Sinne der Vorschrift zerstört worden ist. Für das Tatbestandsmerkmal „außergewöhnlich“ der dritten Variante und auch die anderen Varianten des § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 BauGB kommt es allein darauf an, dass das Ereignis für den Eigentümer nicht vorhersehbar war, insbesondere nicht durch diesen selbst verursacht wurde. Damit kann auch menschliches Verhalten den Tatbestand des § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 BauGB erfüllen, solange es nicht vom Eigentümer veranlasst wurde bzw. für diesen vorhersehbar war.¹⁶ Auch ein durch Brandstiftung/Brandlegung zerstörtes Gebäude kann somit den Tatbestand des § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 BauGB erfüllen.¹⁷

Das Gebäude der E wurde mithin durch Brand zerstört.

¹³ Umfassend zur Begünstigung siehe *Herbolsheimer/Krüper*, Baurecht, 2024, Kap. 3 Rn. 257.

¹⁴ *Mitschang/Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, Baugesetzbuch, Kommentar, 15. Aufl. 2022, § 35 Rn. 149.

¹⁵ *Söfker*, in: *Ernst/Zinkhahn/Bielenberg/Krautzberger*, Baugesetzbuch, Kommentar, 153. Lfg., Stand: 1.1.2024, § 35 Rn. 143.

¹⁶ *Söfker*, in: *Ernst/Zinkhahn/Bielenberg/Krautzberger*, Baugesetzbuch, Kommentar, 153. Lfg., Stand: 1.1.2024, § 35 Rn. 152.

¹⁷ *Mitschang/Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, Baugesetzbuch, Kommentar, 15. Aufl. 2022, § 35 Rn. 150.

(iii) Alsbaldige Neuerrichtung

Das Gebäude der E müsste alsbald neu errichtet werden.

Das Tatbestandsmerkmal der alsbaldigen Neuerrichtung ist so zu verstehen, dass die Neuerrichtung des Gebäudes innerhalb eines Zeitraums erfolgen muss, in dem sich die Verkehrsauffassung noch nicht auf den durch die Zerstörung bewirkten Wandel der Grundstückssituation eingestellt hat.¹⁸ Nach der Rechtsprechung des BVerwG ist jedenfalls innerhalb eines Jahres mit dem Wiederaufbau des Gebäudes zu rechnen.¹⁹ Für den Beurteilungszeitpunkt der alsbaldigen Bauabsicht ist auf den Zeitpunkt der Stellung des Bauantrags abzustellen.²⁰

Die E haben den Antrag zur Neuerrichtung des Gebäudes nach sechs Monaten und damit innerhalb eines Jahres gestellt, sodass eine alsbaldige Neuerrichtung erfolgt.

(iiii) Gleichartig

Das von E beantragte Vorhaben müsste gleichartig zum zerstörten Gebäude der E sein.

Gleichartigkeit liegt vor, wenn das geplante Vorhaben dem alten Gebäude in jeder bodenrechtlich beachtlichen Beziehung, insb. seinem Bauvolumen, seiner Nutzung und seiner Funktion entspricht.²¹ Geringfügige Erweiterungen oder geringfügige Abweichungen vom ursprünglichen Standort sind gem. § 35 Abs. 4 S. 3 BauGB unschädlich. Das Baumaterial ist für die Bewertung der Gleichartigkeit nicht relevant: § 35 Abs. 4 BauGB dient als Norm des Bauplanungsrechts auch dem Ausgleich bodenrechtlicher Spannungen. Diese können beispielsweise durch eine Vergrößerung des Gebäudes erzeugt werden, nicht jedoch durch einen Wechsel des Baumaterials.

Das Gebäude der E soll in den gleichen Maßen, an der gleichen Stelle und weiterhin zum Zwecke der Wohnnutzung, sodass es auch weiterhin der gleichen Funktion dient, errichtet werden. Die Tatsache, dass die E das Gebäude nun aus Stein statt aus Holz errichten möchten, erzeugt keine neuen bodenrechtlichen Spannungen, sodass das geplante und das zerstörte Gebäude trotz der unterschiedlichen Baumaterialien gleichartig sind.

(v) Zwischenergebnis

Der Tatbestand des § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 BauGB ist folglich erfüllt, sodass die Beeinträchtigung des öffentlichen Belangs der Entstehung einer Splittersiedlung gem. § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 BauGB unbeachtlich ist.

(d) Sicherung der Erschließung

Mangels anderweitiger Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass die Erschließung des Vorhabens der E auch nach dem Brand weiterhin gesichert ist.

bb) Zwischenergebnis

Das Vorhaben der E ist nach § 35 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 BauGB bauplanungsrechtlich zulässig. Dem Vorhaben stehen damit keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegen, sodass

¹⁸ Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, Kommentar, 15. Aufl. 2022, § 35 Rn. 151.

¹⁹ BVerwG NVwZ 1996, 379 ff.; Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, Kommentar, 15. Aufl. 2022, § 35 Rn. 151.

²⁰ Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, Kommentar, 15. Aufl. 2022, § 35 Rn. 151.

²¹ Söfker, in: Ernst/Zinkhahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, Kommentar, 153. Lfg., Stand: 1.1.2024, § 35 Rn. 154.

der Tatbestand des § 74 Abs. 1 BauO erfüllt ist.

2. Rechtsfolge

§ 74 Abs. 1 S. 1 BauO NRW ordnet eine gebundene Entscheidung an, sodass die Behörde verpflichtet war, die Baugenehmigung zu erteilen.

Die Baugenehmigung ist mithin rechtmäßig erteilt worden.

Frage 2: Klagebefugnis

Die W-GmbH könnte im Rahmen einer von ihr zu erhebenden Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt sein. Hierzu muss sie darlegen, dass sie durch die Baugenehmigung in ihren Rechten verletzt ist, § 42 Abs. 2 VwGO. Die W-GmbH ist nicht Adressatin eines belastenden Verwaltungsaktes, sodass sie die Möglichkeit der Verletzung in drittschützenden baurechtlichen Vorschriften darlegen muss. Eine Norm ist drittschützend, wenn sie nicht lediglich die Interessen der Allgemeinheit schützt, sondern zumindest auch Individualinteressen zu dienen bestimmt ist (sog. Schutznormtheorie).²² Dies ist durch Auslegung zu ermitteln. Im Baurecht wird des Weiteren zwischen generell und partiell drittschützenden Normen unterschieden.²³ Bei generell drittschützenden Normen ist bereits durch das Gesetz selbst der Ausgleich zwischen den Interessen des Bauherrn und Drittinteressen getroffen. Partiiell drittschützende Normen fordern eine Gewichtung der betroffenen Interessen im Einzelfall, sodass die Norm nur bei einem Überwiegen der Drittinteressen Drittschutz bietet. Die W-GmbH muss zudem auch persönlich in den Schutzbereich der Norm fallen.

Die W-GmbH rügt vorliegend, ihre Privilegierung werde durch die Errichtung eines Wohnhauses in der Nähe ihrer Windkraftanlagen leerlaufen. Die Windkraftanlagen der W-GmbH fallen unter „Nutzung der Windenergie“ i.S.d § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB und sind damit im Außenbereich privilegiert. Die Privilegierung müsste nun auch Drittschutz vermitteln. Im Grundsatz dient § 35 BauGB dem Schutz an dem allgemeinen Interesse der Freihaltung des Außenbereichs von Bebauung.²⁴ Zudem stellt § 35 Abs. 1 BauGB jedoch für den Außenbereich einen gesetzlichen Ersatzplan dar, der bestimmte Vorhaben in den Außenbereich verweist und damit auch vor Beeinträchtigung durch benachbarte Vorhaben schützen will.²⁵ § 35 Abs. 1 BauGB gewährt somit auch dem einzelnen privilegierten Vorhaben Schutz vor Beeinträchtigung durch sonstige Vorhaben und schützt damit insoweit auch Individualinteressen. § 35 Abs. 1 BauGB kommt folglich insoweit Drittschutz zu, als die Privilegierung beeinträchtigt wird. Der von der W-GmbH betriebene Windpark ist gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB ein privilegiertes Vorhaben, sodass die W-GmbH auch vom Schutzbereich der Norm erfasst ist.

Hinweis: Der Drittschutz könnte zudem über § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BauGB in Verbindung mit dem Gebot der Rücksichtnahme begründet werden.²⁶ Dies ist weniger naheliegend, da sich die W-GmbH nicht auf beeinträchtigende Umwelteinwirkungen durch das Gebäude der E beruft, sondern eine Beeinträchtigung ihrer Anlagen durch etwaige Abwehransprüche der E zur Begründung ihrer Klagebefugnis anführt.

²² Stollmann/Beaucamp, Öffentliches Baurecht, 13. Aufl. 2022, § 20 Rn. 11.

²³ Ausführliche Darstellung bei Herbolsheimer/Krüper, Baurecht, 2024, Kap. 3 Rn. 346 ff.

²⁴ Herbolsheimer/Krüper, Baurecht, 2024, Kap. 3 Rn. 376.

²⁵ Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2022, § 4 Rn. 323.

²⁶ Herbolsheimer/Krüper, Baurecht, 2024, Kap. 3 Rn. 376.

Original-Examensklausur: Liebesbeweis mit rasanten Folgen – mit Exkurs zu § 315d StGB

Prof. Dr. Anne Schneider, LL.M., Wiss. Mitarbeiter Florian Nazli, Düsseldorf*

Die Klausur wurde im Frühjahr 2020 in der Ersten Juristischen Staatsprüfung in Baden-Württemberg gestellt. Sie weist einen mittleren Schwierigkeitsgrad auf, ist aber sehr umfangreich.

Sachverhalt

B möchte sich an seinem Ex-Freund C rächen, der ihn vor sieben Monaten verlassen hat. Er weiß, dass C unmittelbar nach der Trennung aus der gemeinsamen Wohnung in eine ihm gehörende Penthouse-Wohnung mit großen Panoramafenstern gezogen ist, in der er allein lebt. B wendet sich deshalb an seinen neuen Freund A, der für seinen Liebsten alles tun würde. Er schlägt A vor, dieser solle sich am Abend zur Wohnung des C begeben, das Fenster einschlagen und drinnen den Monitor des Computers des C zerstören. Außerdem solle A auch etwas von dem Bargeld mitnehmen, das C immer in seinem Schreibtisch verwahre. B geht dabei davon aus, dass A ihm die Bitte nicht abschlagen werde. Nach kurzer Überlegung erwidert A: „Ich würde dir wirklich gerne einen Gefallen tun, aber ich bin nicht Spiderman. Ich habe keine Ahnung, wie ich zu den Fenstern einer Penthouse-Wohnung kommen soll.“ Obwohl B es für möglich hält, A davon zu überzeugen, mit Hilfe der Feuerleiter die Wohnung zu erreichen, verzichtet er auf weitere Überredungsversuche.

A macht sich Sorgen, dass B an seiner Liebe zweifeln könnte, wenn er dessen Wunsch nicht ausführt. Er beschließt deshalb ohne weitere Absprache mit B, den Plan nicht in der Wohnung des C, sondern in dessen Büro umzusetzen. C ist Angestellter des Maklerunternehmens M-GmbH und hat sein Büro im Erdgeschoss eines, wie A weiß, der M-GmbH gehörenden Bürogebäudes. Am späten Abend begibt sich A dorthin. Mit der Faust schlägt er die Scheibe des Büros ein und klettert hindurch. In dem Büro schlägt er auf den Monitor des Computers. Er geht dabei davon aus, der Computer gehöre dem C. In Wahrheit gehört der Computer der M-GmbH und ist C für die Arbeit zur Verfügung gestellt worden. Durch die Schläge wird der Monitor vollständig zerstört. Dann durchsucht A die Schreibtischschubladen. Hierin findet er das im Eigentum des C stehende Tablet, das er an sich nimmt, um es für sich selbst zu nutzen. Zu Hause stellt A allerdings fest, dass das Tablet passwortgeschützt ist und er es deswegen nicht verwenden kann.

C vermutet, dass B in irgendeiner Form für die Aktion verantwortlich ist. Er stellt B zur Rede und die beiden beschließen, ihre Differenzen durch ein Autorennen zu klären. Bei einem Sieg des C werde B dem C den Wert des Tablets i.H.v. 400 Euro ersetzen, bei einer Niederlage des C werde dieser sich öffentlich bei B entschuldigen. Das Rennen soll am folgenden Tag um 23 Uhr abends auf einer innerstädtischen Straße stattfinden, die zu einem Einkaufszentrum am Stadtrand führt. Die in beide Richtungen zweispurige Strecke ist gerade und gut einsehbar und deshalb in der Raser-Szene sehr beliebt, allerdings befindet sich in der Mitte eine Ampelkreuzung, die auch nachts geschaltet ist. C und B einigen sich darauf, auch bei Rot nicht anzuhalten und dadurch ggf. anderen Verkehrsteil-

* Prof. Dr. Anne Schneider LL.M. ist Inhaberin des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht an der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität in Düsseldorf. Florian Nazli ist Wiss. Mitarbeit am Lehrstuhl von Prof. Schneider.

nehmern die Vorfahrt zu nehmen. Beide gehen zutreffend davon aus, dass diese Art von Rennen illegal ist. B erzählt A von dem Plan und fragt ihn, ob er als Beifahrer mitkommen möchte. A ist von der Idee eines illegalen Rennens überhaupt nicht begeistert, will aber nicht, dass B seinen Ex-Freund C alleine trifft. Nachdem er vergeblich versucht hat, B von dem Plan abzubringen, erklärt er zähneknirschend, dass er dann mit B mitfahren werde.

Zum vereinbarten Zeitpunkt stellen sich B und C mit ihren Fahrzeugen am Beginn der vereinbarten Strecke auf, die menschenleer ist. Beide fahren Vorjahresmodelle schneller Sportwagen. A sitzt wie vereinbart als Beifahrer neben B. Nach dem Startsignal beschleunigen B und C und fahren mit Höchstgeschwindigkeit (200 km/h) auf die Ampel zu, die auf „Rot“ steht. Wie abgesprochen versucht keiner von beiden, zu bremsen, obwohl dies beide Fahrzeuge noch rechtzeitig zum Anhalten gebracht hätte. Bei Einfahrt in die Kreuzung sind die Fahrzeuge auf gleicher Höhe. C fährt rechts, B links. Von rechts nähert sich das Fahrzeug des D, ein fabrikneuer Audi. D ist auf dem Weg nach Hause. Für ihn steht die Ampel auf „Grün“. Das Auto des C kollidiert mit voller Wucht mit dem des D. Auf Grund der hohen Geschwindigkeit des C war die Kollision für C bei Einfahrt in die Kreuzung nicht mehr zu vermeiden. Hätte D kurz vor der Einfahrt mit einem Rennen gerechnet und gebremst oder wäre C mit vorgeschriebener Geschwindigkeit gefahren, hätte D die Kollision gerade noch verhindern können. Beide Fahrzeuge werden bei dem Zusammenstoß völlig zerstört. D ist sofort tot. Wie durch ein Wunder erleidet C keine Verletzungen. Er erkennt die Situation, klettert aus dem Wrack und flieht. Weil Teile der Fahrzeuge über die Fahrbahn fliegen, nimmt B eine Vollbremsung vor. Hierbei knallt A mit dem Kopf gegen den Sitz und erleidet eine leichte Gehirnerschütterung. B bleibt unverletzt.

Während des gesamten Rennvorgangs hielten A und B es für möglich, dass andere Fahrzeugführer durch das Rennen und die Vorfahrtnahme zum abrupten Bremsen gezwungen werden und dadurch kleinere Verletzungen wie z.B. Prellungen oder ein Schleudertrauma davontragen könnten. Beide waren aber überzeugt davon, dass die Teilnehmer des Rennens selbst keine Vollbremsung benötigen würden und eine Kollision ihrer Fahrzeuge mit anderen in jedem Fall vermieden werden könnte. Entsprechend gingen sie nicht von tödlichen Verletzungen aus. C dagegen hatte aus der Presse mitbekommen, dass solche Rennen, gerade auch unter Missachtung des Rotlichtzeichens, zu tödlichen Unfällen führen können, und hielt dies auch hier für möglich. Dieses Risiko akzeptierte er allerdings, weil er der Ansicht war, dass es Teilnehmer eines Rennens, die Unfälle verursachten, nicht besser verdient hätten und Unbeteiligte, die nachts die „Rennstrecke“ nutzten, selbst an ihrem Schicksal schuld seien. Ihm kam es vor allem darauf an, durch das Rennen den Streit mit B beizulegen, um in Zukunft keinen weiteren Attacken des B ausgesetzt zu sein.

Aufgabe

Wie haben sich A, B und C nach dem StGB strafbar gemacht?

Bearbeitungshinweis

1. Eine Strafbarkeit nach §§ 202a, 223–229 StGB ist nicht zu prüfen.
2. Eine Strafbarkeit nach § 315d StGB ist nicht zu prüfen. ** Es ist davon auszugehen, dass B und C sich jedenfalls nach § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht haben.
3. Etwaig erforderliche Strafanträge sind gestellt.
4. Auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Fragen ist, ggf. hilfsgutachtlich, einzugehen.

** Zum Zeitpunkt der Aufgabenstellung war § 315d StGB noch nicht Examenspflichtstoff in Baden-Württemberg. Die nach jetzt geltendem Recht relevante Prüfung des § 315d StGB wird in einem Exkurs dargestellt.

Lösungsvorschlag

1. Tatkomplex: Bürogebäude	1047
A. Strafbarkeit des A	1047
I. § 242 Abs. 1 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2 StGB zulasten des C durch Mitnahme des Tablets	1047
1. Tatbestand.....	1047
a) Objektiver Tatbestand.....	1047
aa) Fremde bewegliche Sache.....	1047
bb) Wegnahme	1047
b) Subjektiver Tatbestand	1047
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	1048
3. Strafzumessung.....	1048
a) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB	1048
b) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB	1048
4. Ergebnis	1048
II. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB zulasten des C durch Mitnahme des Tablets	1048
III. § 303 Abs. 1 StGB zulasten der M-GmbH durch Einschlagen der Scheibe	1049
1. Tatbestand.....	1049
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	1049
3. Strafantrag.....	1049
4. Ergebnis	1049
IV. § 303 Abs. 1 StGB zulasten der M-GmbH durch die Schläge auf den Monitor.....	1049
1. Tatbestand.....	1049
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	1050
3. Strafantrag.....	1050
4. Ergebnis	1050
V. § 123 Abs. 1 Var. 1 StGB zulasten der M-GmbH durch das Hineinklettern	1050
VI. Konkurrenzen	1050
B. Strafbarkeit des B	1051
I. §§ 242 Abs. 1, 26 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB durch den Vorschlag gegenüber A.....	1051
1. Tatbestand.....	1051
a) Objektiver Tatbestand.....	1051
b) Subjektiver Tatbestand	1052
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	1052

3. Strafzumessung.....	1053
4. Ergebnis	1053
II. §§ 303 Abs. 1, 26 StGB an dem Gebäude der M-GmbH durch Vorschlag gegenüber A.....	1053
1. Tatbestand.....	1053
a) Objektiver Tatbestand.....	1053
b) Subjektiver Tatbestand	1053
2. Ergebnis	1053
III. §§ 303 Abs. 1, 27 StGB an dem Gebäude der M-GmbH durch Vorschlag gegenüber A.....	1054
IV. §§ 123 Abs. 1, 26 StGB zulasten der M-GmbH durch Vorschlag gegenüber A	1054
V. §§ 303 Abs. 1, 26 StGB an dem Monitor der M-GmbH durch Vorschlag gegenüber A.	1054
1. Tatbestand.....	1054
a) Objektiver Tatbestand.....	1054
b) Subjektiver Tatbestand	1054
2. Ergebnis	1055
VI. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 4, 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB durch den Vorschlag gegenüber A, bei C einzubrechen	1056
1. Strafbarkeit der versuchten Anstiftung	1056
2. Keine Subsidiarität des Versuchs	1056
3. Tatbestand.....	1056
a) Tatentschluss	1056
b) Unmittelbares Ansetzen zum Bestimmen	1057
4. Rechtswidrigkeit und Schuld	1057
5. Kein Rücktritt gem. § 31 Abs. 1 Nr. 1 StGB	1057
6. Ergebnis	1057
VII. Konkurrenzen	1058
2. Tatkomplex: Das Rennen	1058
A. Strafbarkeit des C	1058
I. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a, lit. d StGB durch durch Passieren der Kreuzung mit Höchstgeschwindigkeit unter Missachtung der roten Ampel	1058
1. Tatbestand.....	1058
a) Objektiver Tatbestand.....	1058
aa) Handlungsteil.....	1058
bb) Gefahr für D	1059

cc) Gefahr für A und B	1059
b) Subjektiver Tatbestand	1061
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	1061
3. Ergebnis	1061
II. §§ 315b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3, 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. b StGB durch Passieren der Kreuzung mit Höchstgeschwindigkeit unter Missachtung der roten Ampel	1061
1. Tatbestand.....	1061
2. Ergebnis	1062
III. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 Gr. 1 Var. 3 (Habgier), Var. 4 (niedriger Beweggrund), Gr. 2 Var. 1 (Heimtücke), Var. 3 (gemeingefährliche Mittel), Gr. 3 Var. 1 (Ermöglichungsabsicht) StGB durch Beschleunigen und Zufahren auf die rote Ampel	1062
1. Tatbestand.....	1062
a) Objektiver Tatbestand.....	1062
aa) Erfolg, Kausalität, Objektive Zurechnung	1062
bb) Heimtücke, § 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1 StGB.....	1063
cc) Gemeingefährliche Mittel, § 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 3 StGB	1064
b) Subjektiver Tatbestand	1064
aa) Vorsatz bezüglich des Totschlag	1064
bb) Habgier, § 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 3 StGB.....	1064
cc) Ermöglichungsabsicht, § 211 Abs. 2 Gr. 3 Var. 1 StGB.....	1065
dd) Niedriger Beweggrund, § 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 4 StGB	1066
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	1066
3. Ergebnis	1067
IV. § 303 Abs. 1 StGB durch die Fahrt	1067
V. § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB durch die Flucht	1067
1. Tatbestand.....	1067
a) Objektiver Tatbestand.....	1067
aa) Beteiligter an einem Unfall im öffentlichen Straßenverkehr	1067
bb) Entfernen vom Unfallort	1067
cc) Verletzung der Feststellungsduldungs- und Vorstellungspflicht	1068
b) Subjektiver Tatbestand	1068
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	1068
3. Ergebnis	1068
VI. Konkurrenzen	1068
B. Strafbarkeit des B	1068

I. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2, 25 Abs. 2 StGB durch Vereinbarung, über die rote Ampel zu fahren, und die Fahrt	1068
II. § 222 StGB durch die Fahrt	1069
1. Tatbestand.....	1069
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	1070
3. Ergebnis	1070
III. §§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a, 25 Abs. 2 StGB durch Vereinbarung, über rote Ampel zu fahren, und Fahrt.....	1071
IV. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a, d StGB durch Vereinbarung, über rote Ampel zu fahren, und Fahrt	1071
1. Tatbestand.....	1071
a) Objektiver Tatbestand.....	1071
aa) Handlungsteil.....	1071
bb) Gefährdungsteil	1071
b) Zwischenergebnis.....	1073
2. Ergebnis	1073
V. §§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a, 27 StGB durch Vereinbarung, über rote Ampel zu fahren, und Fahrt	1073
1. Tatbestand.....	1073
a) Objektiver Tatbestand.....	1073
b) Subjektiver Tatbestand	1073
2. Ergebnis	1074
VI. Konkurrenzen	1074
C. Strafbarkeit des A	1074
I. §§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a, 27 StGB zu Gunsten des C durch Erklärung, mitzufahren, und Mitfahrt.....	1074
II. §§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a, 27 StGB zu Gunsten des B durch Erklärung, mitzufahren, und Mitfahrt.....	1074
III. § 222 StGB durch Erklärung, mitzufahren, und Mitfahrt.....	1074
Gesamtergebnis und Konkurrenzen	1075
Exkurs	1075
A. Strafbarkeit des C	1075
I. § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB durch die Fahrt	1075
1. Tatbestand.....	1075
a) Objektiver Tatbestand.....	1075
b) Subjektiver Tatbestand	1076

2. Rechtswidrigkeit und Schuld	1076
3. Ergebnis	1076
II. § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, Abs. 5 StGB durch die Fahrt	1076
1. Tatbestand.....	1077
a) Objektiver Tatbestand.....	1077
b) Subjektiver Tatbestand	1077
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	1077
3. Ergebnis	1077
III. Konkurrenzen	1077
B. Strafbarkeit des B	1078
I. §§ 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 25 Abs. 2 StGB durch Vereinbarung, über rote Ampel zu fahren, und Fahrt.....	1078
1. Tatbestand.....	1078
2. Ergebnis	1079
II. § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB bezüglich D durch die Fahrt	1079
1. Tatbestand.....	1079
a) Objektiver Tatbestand.....	1079
aa) Konkrete Gefahr für D	1079
bb) Konkrete Gefahr für A.....	1080
b) Subjektiver Tatbestand	1080
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	1080
3. Ergebnis	1080
III. § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, Abs. 4 StGB bezüglich A durch die Fahrt	1081
1. Tatbestand.....	1081
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	1081
3. Ergebnis	1081
IV. § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, Abs. 5 StGB durch die Fahrt	1081
1. Tatbestand.....	1081
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	1082
3. Ergebnis	1082
V. Konkurrenzen	1082
C. Strafbarkeit des A	1082

1. Tatkomplex: Bürogebäude

A. Strafbarkeit des A

I. § 242 Abs. 1 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2 StGB zulasten des C durch Mitnahme des Tablets

A könnte sich wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. § 242 Abs. 1 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er das Tablet mitnahm.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Fremde bewegliche Sache

Das Tablet ist ein körperlicher Gegenstand, der nicht fest mit dem Boden verbunden ist. C ist Eigentümer des Tablets. Somit ist es für A eine fremde bewegliche Sache.¹

bb) Wegnahme

A müsste das Tablet weggenommen haben. Wegnahme ist der Bruch fremden und Begründung neuen, nicht notwendig eigenen Gewahrsams.² Der Gewahrsam ist das von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Herrschaftsverhältnis über eine Sache.³

Die Beurteilung der Gewahrsamsverhältnisse richtet sich nach den Anschauungen des täglichen Lebens.⁴ Das Tablet des C befand sich in einer Schreibtischschublade in seinem Büro und er konnte jederzeit darauf einwirken. Folglich hatte C neben dem Gewahrsamswillen auch die tatsächliche Sachherrschaft über das Tablet. Indem A das Tablet mit nach Hause nahm, hat er den Gewahrsam des C ohne dessen Willen aufgehoben. Gleichzeitig hat A eigenen Gewahrsam gewonnen. Folglich hat A das Tablet weggenommen.

b) Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale. Weiterhin müsste er in der Absicht rechtswidriger Zueignung gehandelt haben. Zueignungsabsicht liegt vor, wenn der Täter die Sache selbst (Sachsubstanz) oder den in ihr verkörperten funktionsspezifischen Wert (Sachwert) seinem oder einem anderen Vermögen wenigstens vorübergehend einverleiben will (Aneignungskomponente) und den Berechtigten dauerhaft aus seiner wirtschaftlichen Position verdrängen will (Enteignungskomponente).⁵ A hatte die Absicht, das Tablet zuhause selbst zu nutzen. Er wollte sich wie ein Eigentümer verhalten. Weiterhin wollte A das Tablet C dauerhaft entziehen. Demnach handelte er

¹ Zur Vertiefung der Begriffe „Sache“, „beweglich“ und „fremd“ siehe bspw. Jäger, Examens-Repetitorium, Strafrecht, Besonderer Teil, 11. Aufl. 2024, Rn. 266–277.

² Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 22.

³ Jäger, Examens-Repetitorium, Strafrecht, Besonderer Teil, 11. Aufl. 2024, Rn. 286.

⁴ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 27.

⁵ Jäger, Examens-Repetitorium, Strafrecht, Besonderer Teil, 11. Aufl. 2024, Rn. 323.

mit Zueignungsabsicht. A hatte außerdem keinen fälligen durchsetzbaren Anspruch auf Übereignung⁶ des Tablets gegen C. Folglich war die angestrebte Zueignung rechtswidrig. Dessen war sich A auch bewusst. Somit handelte A mit Absicht rechtswidriger Zueignung.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Strafzumessung

A könnte zwei Regelbeispiele des § 243 StGB verwirklicht haben.

a) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB

A könnte in das Bürogebäude der M-GmbH eingebrochen sein. Einbrechen ist das gewaltsame Öffnen von Umschließungen, die den Zutritt verhindern.⁷ A hat mit der Faust ein Fenster eingeschlagen, um so in das Büro klettern zu können. Er hat damit eine Umschließung gewaltsam geöffnet, die den Zutritt verhindert hätte. A kannte auch alle relevanten Umstände. Folglich ist A ins Gebäude eingebrochen.

b) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB

Des Weiteren könnte A das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB verwirklicht haben, wenn das Tablet durch eine Schutzvorrichtung gegen Wegnahme besonders gesichert war. Das Passwort-erfordernis könnte eine solche Schutzvorrichtung darstellen. Die Schutzvorrichtung muss dazu geeignet und bestimmt sein, die Wegnahme erheblich zu erschweren.⁸ Das Passwort-erfordernis schützt nur vor einem Zugriff auf die gespeicherten Daten. Es erschwert die Wegnahme als solche aber in keiner Weise. Mithin ist keine Schutzvorrichtung vorhanden und eine Verwirklichung dieses Regelbeispiels durch A scheidet damit aus.

4. Ergebnis

A hat sich wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. § 242 Abs. 1 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht, indem er das Tablet mitnahm.

II. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB zulasten des C durch Mitnahme des Tablets

A könnte sich wegen Wohnungseinbruchdiebstahls gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht, indem er das Tablet mitnahm. Voraussetzung für § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist, dass in eine Wohnung eingebrochen wird. Eine Wohnung ist ein abgeschlossener und überdachter Gebäudeteil, der einem oder mehreren Menschen zumindest vorübergehend als Unterkunft dient.⁹ Das Bürogebäude ist nicht zur Unterkunft von Menschen bestimmt und stellt daher keine Wohnung dar. A hat

⁶ Jäger, Examens-Repetitorium, Strafrecht, Besonderer Teil, 11. Aufl. 2024, Rn. 358.

⁷ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 3 Rn. 13.

⁸ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 243 Rn. 15.

⁹ Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 244 Rn. 52.

sich nicht wegen Wohnungseinbruchdiebstahls gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht.

Anmerkung: Es handelt sich erst recht nicht um eine dauerhaft genutzte Privatwohnung i.S.d. § 244 Abs. 4 StGB.

III. § 303 Abs. 1 StGB zulasten der M-GmbH durch Einschlagen der Scheibe

A könnte sich wegen Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er die Scheibe einschlug.

1. Tatbestand

Indem A die Fensterscheibe einschlug, verletzte er die Substanz des Bürogebäudes der M-GmbH erheblich. Dies tat A vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Strafantrag

Der gem. § 303c StGB erforderliche Strafantrag ist laut Bearbeitungsvermerk gestellt.

4. Ergebnis

A hat sich wegen Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, indem er die Scheibe einschlug.

IV. § 303 Abs. 1 StGB zulasten der M-GmbH durch die Schläge auf den Monitor

A könnte sich wegen Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er mehrmals auf den Monitor schlug.

1. Tatbestand

Der im Eigentum der M-GmbH stehende Monitor wurde durch die Schläge des A vollständig zerstört. A hat daher eine fremde Sache zerstört. Der objektive Tatbestand ist damit erfüllt.

Allerdings ging A davon aus, dass der Monitor dem C gehöre, während er tatsächlich im Eigentum der M-GmbH stand. A unterliegt somit einem Irrtum über die Identität des Eigentümers des Monitors. Ein solcher Irrtum schließt gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB den Vorsatz aus, wenn er dazu führt, dass der Täter einen Umstand des gesetzlichen Tatbestands nicht kennt.¹⁰ A weiß jedoch, dass er eine fremde Sache zerstört, was in § 303 Abs. 1 StGB vorausgesetzt wird. Der Irrtum betrifft daher nicht die Tatbestandsmerkmale, sondern nur eine Eigenschaft des Monitors. Es handelt sich deshalb um einen

¹⁰ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 16 Rn. 5.

unbeachtlichen error in objecto.¹¹

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Strafantrag

Der gem. § 303c StGB erforderliche Strafantrag liegt vor.

4. Ergebnis

A hat sich wegen Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, indem er mehrmals auf den Monitor schlug.

V. § 123 Abs. 1 Var. 1 StGB zulasten der M-GmbH durch das Hineinklettern

A könnte sich wegen Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er durch das Fenster in das Gebäude kletterte. A hat ohne die Einwilligung der M-GmbH das Bürogebäude betreten. Somit ist er widerrechtlich eingedrungen. Dies geschah auch vorsätzlich. Der gem. § 123 Abs. 2 StGB erforderliche Strafantrag ist gestellt. A hat sich wegen Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht.

VI. Konkurrenzen

Der Diebstahl in einem besonders schweren Fall, § 242 Abs. 1 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB, und die Sachbeschädigung am Monitor, § 303 Abs. 1 StGB, stehen in Tateinheit, § 52 StGB.

Das Gleiche könnte für die gleichzeitig mit dem unmittelbaren Ansetzen zum Diebstahl erfolgte Sachbeschädigung am Gebäude gelten, § 303 Abs. 1 StGB. Andererseits könnte die einbruchstypische Sachbeschädigung von § 242 Abs. 1 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB konsumiert worden sein.¹² Gegen eine Konsumtion spricht zum einen, dass § 243 StGB nur Regelbeispiele enthält und eine Sachbeschädigung keine typische Begleittat des § 242 StGB ist. Zum anderen gibt es auch eine Vielzahl von Einbrüchen, bei denen es ist nicht zu einer Substanzverletzung kommt, beispielsweise das Öffnen von Türen mithilfe einfacher EC-Karten.¹³ Außerdem setzen die anderen Varianten des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB, wie z.B. das Einsteigen, keine Sachbeschädigung voraus, so dass insoweit keine Konsumtion, sondern Tateinheit anzunehmen wäre.¹⁴ Hinzu kommt, dass die Opfer der Sachbeschädigung und des Diebstahls nicht identisch sind, weil bei erster die M-GmbH, bei letzterer C geschädigt wird. Aus Klarstellungsgründen sollten daher beide Rechtsverletzungen im Schuldspruch auftauchen.¹⁵

Der Hausfriedensbruch gem. § 123 Abs. 1 StGB steht in Gesetzeseinheit (Konsumtion) mit § 242 Abs. 1 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB.¹⁶ Eine andere Ansicht (Tateinheit) ist mit Blick auf den

¹¹ Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 2024, § 15 Rn. 22.

¹² Kindhäuser, in: *NK-StGB*, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 243 Rn. 62.

¹³ BGH NStZ 2018, 708 (709 Rn. 26 f.).

¹⁴ BGH NStZ 2018, 708 (710 Rn. 29).

¹⁵ Siehe zum Ganzen BGH NStZ 2018, 708.

¹⁶ BGHSt 22, 127 (129); Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 71. Aufl. 2024, § 243 Rn. 30.

Regelbeispielcharakter des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB vertretbar.¹⁷

B. Strafbarkeit des B

Anmerkung: Ein Diebstahl in Mittäterschaft kommt nicht in Betracht, weil insoweit kein gemeinsamer Tatplan vorliegt. A hatte den Vorschlag des B zunächst abgelehnt und sich erst später für die Variante des Einbruchs in das Bürogebäude entschieden.

I. §§ 242 Abs. 1, 26 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB durch den Vorschlag gegenüber A

B könnte sich wegen Anstiftung zum Diebstahl gem. §§ 242 Abs. 1, 26 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er A vorschlug, in die Penthouse-Wohnung des C einzubrechen und Bargeld aus dem Schreibtisch mitzunehmen.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Die vorsätzliche rechtswidrige Haupttat ist der von A begangene Diebstahl. Fraglich ist, ob B ihn dazu bestimmt hat, § 26 StGB. Bestimmen bedeutet das zumindest mitursächliche Hervorrufen des Tatentschlusses beim Täter.¹⁸ Dabei werden unterschiedliche Anforderungen an das Bestimmen gestellt.

Nach einer Ansicht (Verursachungstheorie) genügt die Verursachung des Tatentschlusses durch jedes Mittel.¹⁹ B hat seinem Freund A vorgeschlagen, bei C einzubrechen. Dadurch hat B den A auf den Gedanken gebracht, in das Bürogebäude einzubrechen. Also hat B nach dieser Ansicht den Tatentschluss bei A hervorgerufen.

Eine andere Ansicht (Kommunikationstheorie) fordert eine Willensbeeinflussung durch einen offenen geistigen Kontakt.²⁰ B machte den Vorschlag während eines Gesprächs mit A. Ein offener geistiger Kontakt lag damit vor. Folglich hat B auch nach dieser Ansicht den Tatentschluss hervorgerufen.

Eine einschränkende Ansicht fordert das Vorliegen eines „Unrechtspaktes“. Der Anstifter muss dem Angestifteten ein Versprechen abnehmen, die Tat auszuführen, und dieser muss sich unterordnen.²¹ In dem Gespräch lehnte A den Vorschlag des B ab. A gab weder ein Versprechen ab noch ordnete er sich B unter. Ein Unrechtspakt liegt damit nicht vor. Nach dieser Ansicht hat B den Tatentschluss nicht hervorgerufen.

Die Ansicht, die einen Unrechtspakt fordert, kommt zu einem anderen Ergebnis, so dass der Streit diesbezüglich entschieden werden muss. Für diese restriktive Ansicht spricht, dass der Anstifter wie der Täter bestraft werden soll.²² Allerdings spricht bereits der Wortlaut des § 26 StGB gegen das Erfordernis eines Unrechtspakts, weil dieser ein „Bestimmen“ und kein „Verpflichten“ des Haupttäters verlangt.²³ Außerdem werden dadurch zu hohe Anforderungen an die Anstiftung gestellt, was

¹⁷ Wittig, in: BeckOK-StGB, Stand: 1.8.2024, § 243 Rn. 34.

¹⁸ Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 45 Rn. 24.

¹⁹ BGHSt 45, 373 (374).

²⁰ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 881.

²¹ Puppe, GA 1984, 101 (112).

²² Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 26 Rn. 15.

²³ Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 73.

die Strafbarkeit der Anstiftung erheblich einschränkt.²⁴ Des Weiteren werden die Grenzen zur Mitäterschaft und zur mittelbaren Täterschaft verwischt.²⁵ Deshalb ist diese Ansicht abzulehnen. Nach den hier vertretenen Ansichten hat B den A zum Diebstahl bestimmt.

b) Subjektiver Tatbestand

B müsste Vorsatz bezüglich der Haupttat sowie des Bestimmens gehabt haben. Bezogen auf die Haupttat heißt das, dass B die Tat zumindest in ihren Grundzügen, also in ihrem Unrechtsgehalt und ihrer wesentlichen Angriffsrichtung, erfassen muss.²⁶ So muss die Tat bei der Anstiftung nicht in allen Details konkretisiert sein²⁷ und eine Änderung des Tatorts oder ein Austauschen des Tatobjekts können noch vom Vorsatz erfasst sein.²⁸ Nach der Vorstellung des B sollte A in die Penthouse-Wohnung des C einbrechen und dort Bargeld aus dem Schreibtisch entwenden. Tatsächlich brach A in das Bürogebäude der M-GmbH ein und nahm das Tablet des C mit. Fraglich ist, ob diese Abweichung des Vorsatzes des B relevant ist.

Für eine relevante Abweichung spricht, dass sowohl das Tatobjekt als auch der Tatort des von A begangenen Diebstahls von der Vorstellung des B abweichen. B hatte aber sehr konkrete Angaben zur Tat gemacht, die A nicht umgesetzt hat. Gegen eine relevante Abweichung spricht, dass die Angriffsrichtung der Tat (Eigentum) und die durch die Tat verletzte Person (C) von B richtig erfasst wurden, er also den Unrechtsgehalt und ihre wesentliche Angriffsrichtung kennt. Außerdem spricht dagegen, dass eine Konkretisierung in allen Details bei der Anstiftung nicht verlangt werden kann, weil zum Zeitpunkt der Anstiftung die Haupttat noch in der Zukunft liegt und der Anstifter die Tatherrschaft dem Haupttäter überlässt.²⁹ Zudem betrifft die Abweichung Punkte, die für das Anliegen des B, Rache an C zu üben, nicht entscheidend waren. Deshalb liegen keine relevanten Abweichungen vor und die Tat des A ist noch vom Vorsatz des B umfasst.

Anmerkung: Eine andere Ansicht ist ebenso gut vertretbar. Dann müsste Beihilfe zum Diebstahl in einem besonders schweren Fall geprüft werden. Hierbei ist zu beachten, dass die Anforderungen an die Konkretisierung der Haupttat bei der Beihilfe geringer sind.³⁰ Eine Beihilfe wäre daher wohl zu bejahen.

B hatte Vorsatz bezüglich des Bestimmens. Der subjektive Tatbestand ist damit erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

²⁴ Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 89; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 53. Aufl. 2023, Rn. 881.

²⁵ Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 89; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 53. Aufl. 2023, Rn. 881; Frister, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 10. Aufl. 2023, § 28 Rn. 23.

²⁶ BGHSt 34, 63 (66); Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 71. Aufl. 2024, § 26 Rn. 8; Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 2024, § 45 Rn. 50.

²⁷ BGHSt 34, 63 (66).

²⁸ Frister, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 10. Aufl. 2023, § 28 Rn. 26.

²⁹ Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 2024, § 45 Rn. 49.

³⁰ BGHSt 42, 135 (138); Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 2024, § 45 Rn. 115.

3. Strafzumessung

Für das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB gelten die allgemeinen Akzessorietätsregeln.³¹ A hat das Regelbeispiel verwirklicht (siehe oben). B wusste auch, dass A in ein Gebäude einbrechen würde. Dass A tatsächlich in das Bürogebäude der M-GmbH und nicht in die Penthouse-Wohnung des C eingebrochen ist, ist ein unbeachtlicher error in obiecto.

4. Ergebnis

B hat sich wegen Anstiftung zum Diebstahl gem. §§ 242 Abs. 1, 26 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

II. §§ 303 Abs. 1, 26 StGB an dem Gebäude der M-GmbH durch Vorschlag gegenüber A

B könnte sich wegen Anstiftung zur Sachbeschädigung gem. §§ 303 Abs. 1, 26 StGB bezüglich des Fensters strafbar gemacht haben, indem er A vorschlug, in die Penthouse-Wohnung des C einzubrechen und Bargeld aus dem Schreibtisch mitzunehmen.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Die Sachbeschädigung durch A ist eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat. Zu dieser hat B ihn auch bestimmt.

b) Subjektiver Tatbestand

Erneut müsste B Vorsatz bezüglich der Haupttat und des Bestimmens gehabt haben. B ging davon aus, dass A das Fenster der Wohnung des C einschlagen werde. Tatsächlich hat B ein Fenster des Bürogebäudes der M-GmbH eingeschlagen. Auch hier muss entschieden werden, ob es sich um eine relevante Abweichung handelt.

Anders als bei der Anstiftung zum Diebstahl betrifft die Abweichung hier die durch die Tat verletzte Person. Das bewusste Verletzen einer anderen Person stellt in der Regel einen Exzess von der Tat dar.³² B kam es vor allem darauf an, sich an C zu rächen und dessen Rechtsgüter zu schädigen. Nach lebensnaher Interpretation wollte er keine Verletzung der ihm unbekanntes M-GmbH. Gleichzeitig wusste A, dass das Gebäude der M-GmbH gehört. Er unterlag keinem error in obiecto, sondern es handelt sich um einen Exzess des A. Deshalb liegt eine relevante Abweichung vor. Daher hat B keinen Vorsatz bezüglich der Haupttat.

2. Ergebnis

B hat sich nicht wegen Anstiftung zur Sachbeschädigung gem. §§ 303 Abs. 1, 26 StGB bezüglich des Fensters strafbar gemacht.

³¹ Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 243 Rn. 50.

³² Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 28 Rn. 26; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 111.

III. §§ 303 Abs. 1, 27 StGB an dem Gebäude der M-GmbH durch Vorschlag gegenüber A

Auch eine Strafbarkeit des B wegen Beihilfe zur Sachbeschädigung gem. §§ 303 Abs. 1, 27 StGB dürfte daran scheitern, dass B die Verletzung der Rechtsgüter einer anderen Person vor Augen hatte und A sich darüber hinwegsetzte.

IV. §§ 123 Abs. 1, 26 StGB zulasten der M-GmbH durch Vorschlag gegenüber A

Das gleiche gilt für eine Strafbarkeit des B wegen Anstiftung zum Hausfriedensbruch gem. §§ 123 Abs. 1, 26 StGB, da B auch hier von einer Verletzung des Hausrechts des C ausging und tatsächlich das Hausrecht der M-GmbH verletzt wurde.

V. §§ 303 Abs. 1, 26 StGB an dem Monitor der M-GmbH durch Vorschlag gegenüber A

B könnte sich wegen Anstiftung zur Sachbeschädigung gem. §§ 303 Abs. 1, 26 StGB bezüglich des Monitors strafbar gemacht haben, indem er A vorschlug, in die Penthouse-Wohnung des C einzubrechen und Bargeld aus dem Schreibtisch mitzunehmen.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

A hat eine vorsätzliche und rechtswidrige Sachbeschädigung an dem Monitor begangen, zu der B ihn bestimmt hat.

b) Subjektiver Tatbestand

B müsste auch Vorsatz hinsichtlich der vorsätzlichen rechtswidrigen Tat des A gehabt haben. Problematisch ist hierbei, dass A wie auch B davon ausgingen, der Monitor des C werde zerstört, während es sich in Wahrheit um eine Sache der M-GmbH handelte. A unterlag einem *error in obiecto*.

Anmerkung: Es handelt sich um keinen Exzess, weil der Tatentschluss des A insoweit auf genau die Tat bezogen war, zu der B angestiftet hatte.³³

Umstritten ist, wie sich der Irrtum des Vordermanns auf den Hintermann auswirkt.³⁴ Einer Ansicht nach ist ein *error in obiecto* des Vordermanns auch für den Hintermann als unbeachtlicher *error in obiecto* anzusehen.³⁵ Danach hätte B hier Vorsatz bezüglich der Sachbeschädigung.

Eine andere Ansicht geht in solchen Fällen für den Anstifter von einer *aberratio ictus* aus.³⁶ Danach hätte B hier keinen Vorsatz und eine Strafbarkeit wegen Anstiftung zur vollendeten Sachbeschädi-

³³ Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 28 Rn. 27.

³⁴ Siehe hierzu BGHSt 37, 214; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 45 Rn. 57 ff.; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 895 ff.; Kudlich/Koch, JA 2017, 827 (830 f.); Lubig, Jura 2006, 655.

³⁵ Puppe, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 108; Brand/Kanzler, JA 2012, 37 (40).

³⁶ Erb, in: FS Frisch, 2013, S. 398; Dehne-Niemann/Weber, Jura 2009, 373 (377 ff.); Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 119 ff.

gung schiede aus. Da weder die versuchte Anstiftung zur Sachbeschädigung noch eine fahrlässige Sachbeschädigung strafbar sind, wäre B insoweit straflos.

Nach der Rechtsprechung kommt es für den Vorsatz darauf an, ob die Verwechslung sich in den Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorhersehbaren hielt.³⁷ Nach dem Vorschlag des B sollte A Gegenstände in der Wohnung des C zerstören. Es bestand daher eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass die Gegenstände auch C gehören würden. Dadurch, dass A in das Bürogebäude der M-GmbH eingebrochen ist, hat A das Verwechslungsrisiko deutlich erhöht. Es war nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht zu erwarten, dass A in ein anderes Gebäude einbricht, um dort Gegenstände, die nicht im Eigentum des C stehen, zu zerstören. Demnach hätte B keinen Vorsatz.

Ganz ähnlich differenziert eine vermittelnde Literaturansicht danach, ob dem Hintermann das Verwechslungsrisiko zuzurechnen ist.³⁸ Ist dies der Fall, liegt ein *error in obiecto* vor, ansonsten eine *aberratio ictus*. B hatte vorgeschlagen, dass A Gegenstände in der von C allein bewohnten Wohnung des C zerstören sollte. Es bestand daher eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass diese Gegenstände C gehören würden. Dadurch, dass A in das Bürogebäude der M-GmbH eingebrochen ist, hat A das Verwechslungsrisiko deutlich erhöht. Somit ist A dieses Risiko zuzurechnen, so dass für B von einer *aberratio ictus* auszugehen wäre. B hätte demnach keinen Vorsatz für die Sachbeschädigung.

Anmerkung: Ein anderes Ergebnis ist vertretbar, wenn man darauf abstellt, dass auch bei Gegenständen in der Wohnung des C nicht ausgeschlossen ist, dass diese Dritten gehören (etwa bei Kauf unter Eigentumsvorbehalt oder geliehenen Gegenständen).

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, wobei Vorsatz nur nach der erstgenannten *error-in-persona*-Lösung zu bejahen wäre. Entscheidend gegen die erste Ansicht spricht allerdings das sog. „Blutbadargument“. Wenn der Irrtum für den Anstifter unbeachtlich ist, und der Vordermann seinen Irrtum bemerkt und korrigiert, indem er das richtige Opfer trifft, so müsste der Anstifter eigentlich wegen zweifacher Anstiftung bestraft werden.³⁹ Deshalb ist die erste Ansicht abzulehnen.

Die anderen Ansichten kommen hier zum gleichen Ergebnis, so dass sich ein Streitentscheid insoweit erübrigt.⁴⁰ B fehlt somit der Vorsatz bezüglich der Sachbeschädigung am Monitor (eine andere Ansicht ist ebenso vertretbar).

2. Ergebnis

B hat sich nicht wegen Anstiftung zur Sachbeschädigung gem. §§ 303 Abs. 1, 26 StGB strafbar gemacht.

³⁷ BGHSt 37, 214 (218).

³⁸ Joecks/Scheinfeld, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 26 Rn. 93; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 898; Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2023, § 41 Rn. 32 ff.; Streng, JuS 1991, 910 (914 ff.).

³⁹ Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 45 Rn. 61.

⁴⁰ Gegen die *aberratio-ictus*-Lösung spricht, dass der Täter bei dieser seinen Vorsatz zum Zeitpunkt des Angriffes auf ein bestimmtes Ziel konkretisiert und dieses dann verfehlt (BGHSt 37, 214 [219]). Bei der Anstiftung muss der Täter aber immer darauf vertrauen, dass der Haupttäter das richtige Ziel trifft. Weiterhin sprechen kriminalpolitische Erwägungen gegen die Behandlung als *aberratio ictus*, da die versuchte Anstiftung nur bei Verbrechen strafbar ist und es so zu Strafbarkeitslücken kommen könnte. Für die vermittelnden Ansichten in Literatur und Rspr. spricht, dass diese präziser danach differenzieren, wer für das Verwechslungsrisiko die Verantwortung trägt und dadurch der Hintermann entlastet wird, der dafür Sorge getragen hat, entsprechende Verletzungen auszuschließen.

VI. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 4, 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB durch den Vorschlag gegenüber A, bei C einzubrechen

B könnte sich wegen versuchter Anstiftung zum Einbruchdiebstahl in eine dauerhaft genutzte Privatwohnung gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 4, 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er A vorschlug, in die Penthouse-Wohnung des C einzubrechen und Bargeld aus dem Schreibtisch mitzunehmen.

1. Strafbarkeit der versuchten Anstiftung

Die versuchte Anstiftung ist nur strafbar, wenn sie zu einem Verbrechen erfolgt, § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB. Der Einbruchdiebstahl in eine dauerhaft genutzte Privatwohnung wird gem. § 244 Abs. 4 StGB mit einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bestraft und ist somit gem. § 12 Abs. 1 StGB ein Verbrechen.

2. Keine Subsidiarität des Versuchs

Die Versuchsstrafbarkeit tritt nur dann nicht aus Gründen der Subsidiarität zurück, wenn die Tat nicht vollendet ist. B hat bei A keinen Tatentschluss zum Einbruch in die Penthouse-Wohnung des C hervorgerufen. Die Anstiftung wurde damit nicht vollendet.

3. Tatbestand

a) Tatentschluss

A müsste einen Tatentschluss gefasst haben. Dieser setzt sich aus dem Vorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale und gegebenenfalls sonstigen subjektiven Tatbestandsmerkmalen zusammen. Vorsatz meint nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB e contrario die Kenntnis aller Umstände des gesetzlichen Tatbestandes. B müsste den Vorsatz gehabt haben, dass A einen Einbruchdiebstahl in eine dauerhaft genutzte Privatwohnung begeht. Er stellte sich vor, A werde die Scheibe der Penthouse-Wohnung des C einschlagen, dort einsteigen und Bargeld aus der Schreibtischschublade nehmen. Er hatte somit Vorsatz, dass A einen Einbruchdiebstahl begeht.

Bei der Penthouse-Wohnung müsste es sich auch um eine dauerhaft genutzte Privatwohnung i.S.d. § 244 Abs. 4 StGB handeln. Der Begriff der dauerhaft genutzten Privatwohnung ist bislang nicht höchstrichterlich geklärt. Ausweislich der Gesetzesmaterialien soll er „private Wohnungen oder Einfamilienhäuser und die dazu gehörenden, von ihnen nicht getrennten weiteren Wohnbereiche wie Nebenräume, Keller, Treppen, Wasch- und Trockenräume sowie Zweitwohnungen von Berufspendlern“ umfassen.⁴¹ Dabei setzt das Merkmal „dauerhaft“ eine längerfristige, d.h. nicht nur vorübergehende, Nutzung voraus.⁴² Da das Ziel der Regelung ist, schwerwiegende Eingriffe in den persönlichen Lebensbereich stärker zu ahnden, müssen die Privatwohnungen erfasst werden, in denen der persönliche Lebensbereich primär zum Ausdruck kommt. Dies liegt jedenfalls dann vor, wenn die besagte Wohnung die einzige vom Betroffenen genutzte Wohnung ist, weil dann dort zwangsläufig der Lebensmittelpunkt liegt.⁴³ C war in die Penthouse-Wohnung gezogen. Der Sachverhalt legt keine

⁴¹ BT-Drs. 18/12359, S. 10.

⁴² Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 244 Rn. 73; Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2024, § 244 Rn. 26.

⁴³ Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 244 Rn. 75.

Anhaltspunkte dafür nahe, dass es sich nicht um seine einzige Wohnung handelte. Selbst wenn man in Anlehnung an § 9 AO eine Nutzung von sechs Monaten oder länger für notwendig hält, wäre das Kriterium der dauerhaften Nutzung hier erfüllt.⁴⁴

B hatte daher den Vorsatz, dass A einen Einbruchsdiebstahl in eine dauerhaft genutzte Privatwohnung begeht. Er stellte sich auch vor, A hierzu zu bestimmen.

b) Unmittelbares Ansetzen zum Bestimmen

B hat alle Handlungen vollbracht, die aus seiner Sicht zum Bestimmen des A erforderlich waren, und damit unmittelbar angesetzt.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

5. Kein Rücktritt gem. § 31 Abs. 1 Nr. 1 StGB

B könnte gem. § 31 Abs. 1 Nr. 1 StGB von der versuchten Anstiftung zurückgetreten sein. Dies setzt zunächst voraus, dass der Anstiftungsversuch nicht fehlgeschlagen ist. Von einem Fehlschlag ist auszugehen, wenn der Anzustiftende die Begehung des Verbrechens definitiv zurückweist, so dass weitere Bestimmungsbemühungen aus Sicht des Anstifters nicht erfolgsversprechend sind.⁴⁵ A hatte zwar die Tatbegehung zurückgewiesen. B hielt es jedoch für möglich, A davon zu überzeugen, die Feuerleiter zu nutzen, so dass er davon ausging, den Taterfolg – die Begehung des Verbrechens – noch erreichen zu können. Damit liegt kein Fehlschlag vor.

B hat auf weitere Überredungsversuche verzichtet und damit den Versuch, A zum Verbrechen zu bestimmen, aufgegeben. Er handelte auch aus autonomen Motiven und damit freiwillig. B müsste zudem eine etwa bestehende Gefahr, dass ein anderer die Tat begeht, abgewendet haben. Umstritten ist, ob das Vorliegen der Gefahr objektiv oder subjektiv aus Sicht des Zurücktretenden zu bestimmen ist.⁴⁶ Objektiv bestand keine Begehungsgefahr, weil A noch nicht einmal den Tatentschluss gefasst hat, in eine dauerhaft genutzte Privatwohnung einzubrechen. Subjektiv, also aus der Sicht des B, wären noch weitere Überredungsversuche notwendig, um bei A einen Tatentschluss hervorzurufen. Insoweit bestand aus der Sicht des B noch keine Begehungsgefahr, so dass die einfache Aufgabe der Tatausführung genügt.⁴⁷ Nach beiden Ansichten lag keine Gefahr vor, weshalb der Streit nicht entschieden werden muss. B ist somit gem. § 31 Abs. 1 Nr. 1 StGB zurückgetreten.

6. Ergebnis

B hat sich nicht wegen versuchter Anstiftung zum Einbruch in eine dauerhaft genutzte Privatwohnung gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 4, 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht.

⁴⁴ Siehe hierzu *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 244 Rn. 32; *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 244 Rn. 73.

⁴⁵ *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 28 Rn. 90.

⁴⁶ *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 28 Rn. 94 f.

⁴⁷ *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 47 Rn. 41; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 28 Rn. 91.

VII. Konkurrenzen

B hat sich nur wegen Anstiftung zum Diebstahl gem. §§ 242 Abs. 1, 26 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

2. Tatkomplex: Das Rennen

A. Strafbarkeit des C

Anmerkung: Um bei der Ermöglichungsabsicht eine Inzidentprüfung zu vermeiden, sollten zunächst die relevanten Straßenverkehrsdelikte (§ 315c StGB) geprüft werden. Selbstverständlich ist es auch möglich, zunächst mit der Prüfung des Mordes zu beginnen.

I. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a, lit. d StGB durch durch Passieren der Kreuzung mit Höchstgeschwindigkeit unter Missachtung der roten Ampel

C könnte sich wegen Gefährdung des Straßenverkehrs gem. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a, lit. d StGB strafbar gemacht haben, indem er bei seiner Fahrt unter Missachtung der roten Ampel mit Höchstgeschwindigkeit in die Kreuzung einfuhr.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Handlungsteil

C befuhr eine innerstädtische Straße und befand sich damit im Straßenverkehr. Fraglich ist, ob der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit hier beim Fahren mit Höchstgeschwindigkeit liegt oder in dem Unterlassen des rechtzeitigen Bremsens vor der Ampel. Eine Autofahrt setzt sich aus vielen verschiedenen einzelnen Handlungen zusammen wie dem Betätigen des Gaspedals, dem Lenken, Schalten und ggf. Bremsen.⁴⁸ All diese Verhaltensweisen bilden das Führen eines Fahrzeugs im Verkehr. Es handelt sich dabei aber jeweils um aktive Verhaltensweisen. Dem Täter wird dabei vorgeworfen, sich sorgfaltswidrig mit seinem Fahrzeug im Straßenverkehr bewegt zu haben. Der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liegt somit beim aktiven Verhalten, nicht bei dem Unterlassen von Handlungen, die die Risiken minimieren.

C könnte beim Führen des Fahrzeugs die Vorfahrt nicht beachtet haben, § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB. Ein Rotlichtverstoß führt nicht automatisch zur Annahme von Nr. 2 lit. a.⁴⁹ Dies ist aber immer dann der Fall, wenn tatsächlich die Vorfahrt missachtet wurde.⁵⁰ C fuhr bei Rot in die Kreuzung ein und missachtete tatsächlich die Vorfahrt des D. Somit hat C Nr. 2 lit. a StGB verwirklicht. Außerdem ist er an einer Straßenkreuzung (Ampelkreuzung) zu schnell gefahren und hat somit Nr. 2 lit. d verwirklicht.

⁴⁸ Siehe auch *Bechtel*, JuS 2019, 114 (115).

⁴⁹ Siehe hierzu OLG Jena NZV 1995, 237 (238); *Pegel*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315c Rn. 48 m.w.N.

⁵⁰ BGH NSTZ 2019, 215 (216).

Die Verstöße müssten auch grob verkehrswidrig sein. Grob verkehrswidrig ist ein objektiv besonders schwerer (gefährlicher) Verstoß gegen eine tatbestandsrelevante Verkehrsvorschrift.⁵¹ C ist mit 200 km/h in die innerstädtische Kreuzung eingefahren. Er hat die erlaubte Höchstgeschwindigkeit um das Vierfache überschritten. Somit sind die Verstöße grob verkehrswidrig.

bb) Gefahr für D

Weiterhin müsste eine konkrete Gefahr entstanden sein. Eine konkrete Gefahr setzt einen Zustand voraus, der auf einen unmittelbar bevorstehenden Unfall hindeutet und den Eintritt eines Schadens so wahrscheinlich macht, dass es vom Zufall abhängt, ob das Rechtsgut verletzt wird.⁵² Das Fahrzeug des C kollidierte mit dem des D, wodurch eine konkrete Gefahr für das Leben des D (, die sich hier in seinem Tod manifestiert hat,) sowie eine konkrete Gefahr für das Fahrzeug des D entstand. Das Fahrzeug ist „fabrikneu“ und wird somit mehr als 1.300 € wert sein.⁵³ Das Fahrzeug des D ist somit eine fremde Sache von bedeutendem Wert.

Diese Gefahren müssten auch auf den Verstößen des C beruhen. Hätte C bei der roten Ampel gebremst, wäre sein Fahrzeug zum Stehen gekommen und er wäre nicht mit D kollidiert. Der Verstoß i.S.d. Nr. 2 lit. a war damit ursächlich.

Wäre C nicht mit überhöhter Geschwindigkeit gefahren, hätte die Kollision ebenfalls gerade noch verhindert werden können. Fraglich ist allerdings, ob eine konkrete Gefahr für Leben und Eigentum des D verhindert worden wäre. Nach dem Sachverhalt hätte D die Kollision und damit eine Rechts-gutsverletzung gerade noch vermeiden können. Dann hätte allerdings immer noch ein „Beinahe-Unfall“ vorgelegen, bei dem die Rechtsgutsverletzung vom Zufall abhängig gewesen wäre, mithin eine konkrete Gefahr. Zu Gunsten des C ist daher davon auszugehen, dass die Gefahr nicht durch das Einfahren mit überhöhter Geschwindigkeit entstanden ist. Der objektive Tatbestand liegt daher nur bezüglich Nr. 2 lit. a vor.

cc) Gefahr für A und B

Zudem könnte durch die Kollision auch eine konkrete Gefahr für Leib und Leben von A und B sowie das Auto des B entstanden sein. Die Kollision führte dazu, dass Fahrzeugteile über die Fahrbahn flogen und B zu einer Vollbremsung gezwungen war, bei der A eine leichte Gehirnerschütterung erlitten hat. Eine solche Vollbremsung begründet eine konkrete Gefahr, was sich auch an der Verletzung des A zeigt.⁵⁴ Auch für den Leib des B und dessen Auto, das eine fremde Sache von bedeutendem Wert darstellt, bestand eine konkrete Gefahr.

Es stellt sich allerdings die Frage, ob die jeweiligen Rechtsgüter von § 315c StGB erfasst werden. Beim Fahrzeug des B und dessen Leib stellt sich das Problem, das B möglicherweise an der Tat des C beteiligt war. Hätte B sich nicht zu dem Rennen bereiterklärt und wäre mitgefahren, hätte C keine Veranlassung gehabt, den Rotlichtverstoß zu begehen. B hat daher zumindest den Tatbestand der Beihilfe verwirklicht, ist also Teilnehmer an der Straßenverkehrsgefährdung des C.

⁵¹ BGHSt 5, 392 (395).

⁵² Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 44 Rn. 12.

⁵³ Aktuell liegt der „bedeutende Wert“ zwischen 750 € und 1.300 €, siehe hierzu Kudlich, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2024, § 315c Rn. 66.

⁵⁴ Vgl. Zieschang, in NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 315c Rn. 24.

Anmerkung: Eine Inzidentprüfung lässt sich an dieser Stelle nicht vermeiden, weil die Teilnahme des B nicht vor Abschluss der Prüfung der Haupttat geprüft werden kann.

Ob auch die Rechtsgüter von Teilnehmern als Gefährdungsobjekte von § 315c StGB erfasst werden, ist umstritten. Nach der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur fallen solche Rechtsgüter aus dem Schutzbereich des § 315c StGB heraus, weil es in der Vorschrift vor allem darum ginge, Unbeteiligte vor besonders gefährlichem Verhalten zu schützen.⁵⁵ Andere Literaturstimmen verweisen darauf, dass § 315c StGB sich auf alle anderen Personen beziehe und es keinen Grund für den Ausschluss von Tatbeteiligten gebe.⁵⁶ Hiergegen spricht allerdings, dass für den Teilnehmer ggf. dann seine eigene Gefährdung strafbegründend wäre, weil nur dadurch die Haupttat vorläge, an der er teilgenommen habe.⁵⁷ Daher ist es überzeugender, Tatbeteiligte vom Schutzbereich des § 315c StGB auszuschließen.

Anmerkung: Eine andere Ansicht ist ebenso gut vertretbar. Dann müsste allerdings eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung des B sowie ggf. eine Einwilligung geprüft werden.

In jedem Fall ist die Gefährdung des Leibes des A von § 315c StGB erfasst, weil A weder an der Tat des C beteiligt noch dessen Beifahrer war. Diese beruht auch auf dem Rotlichtverstoß, der zur Kollision geführt hat. Die Zurechnung der Gefährdung des A könnte allerdings deswegen ausgeschlossen sein, weil A die Risiken des Rennens kannte.

Hier könnte eine einverständliche Fremdgefährdung vorliegen, die den Zurechnungszusammenhang zum Verhaltensverstoß durchbricht.⁵⁸ Dazu müsste A allerdings das Risiko der eigenen Gefährdung bekannt gewesen sein. A hielt es zwar für möglich, dass andere Verkehrsteilnehmer Vollbremsungen durchführen und dadurch Verletzungen erleiden könnten. Dass er selbst durch eine Vollbremsung verletzt werden könnte, kam ihm hingegen nicht in den Sinn. Eine bewusste Risikoübernahme ist daher abzulehnen, so dass die Zurechenbarkeit nicht durchbrochen wird. Folglich ist die Gefährdung des A ebenfalls erfasst.

Anmerkung: Eine andere Ansicht ist vertretbar, wenn man vor allem auf die Kenntnis der Risikofaktoren abstellt. Auch kann erst im Rahmen der Rechtswidrigkeit die Frage aufgeworfen werden, ob A wirksam in die Verletzung eingewilligt hat. Hier stellt sich dasselbe Problem, dass A das Verletzungsrisiko für sich selbst nicht bewusst war. Zudem ist i.R.d. § 315c StGB umstritten, ob eine Einwilligung wegen des (auch) allgemeinschützenden Charakters des Delikts die konkrete Gefahr kompensieren kann.⁵⁹

⁵⁵ St. Rspr., siehe nur BGH NSTz 2013, 167 m.w.N.; Gerhold/Meglalu, ZJS 2018, 321 (322 f.); Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 315c Rn. 25; wohl auch Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 1000.

⁵⁶ Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 315c Rn. 31; Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315c Rn. 93; Zieschang, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 315c Rn. 26; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 44 Rn. 17.

⁵⁷ Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 1000.

⁵⁸ Siehe hierzu im Überblick Jäger, Examens-Repetitorium, Strafrecht, Besonderer Teil, 11. Aufl. 2024, Rn. 719; Hinderer/Brutscher, JA 2011, 907 (909 f.); näher Puppe, GA 2009, 486 (486 ff.); Roxin, GA 2012, 655 (655 ff.).

⁵⁹ Siehe hierzu BGHSt 53, 55 (63 Rn. 29).

b) Subjektiver Tatbestand

C hatte mit B verabredet, das Rotlicht zu missachten und ggf. anderen Verkehrsteilnehmern die Vorfahrt zu nehmen. Daher hielt er einen solchen Verstoß für möglich und nahm ihn in Kauf. Er hielt es zudem für möglich, dass die Missachtung von Rotlichtzeichen und die damit zusammenhängenden Vorfahrtverstöße zu tödlichen Unfällen führen könnten, was er in Kauf nahm. Tödliche Unfälle beinhalten konkrete Gefahren für Leib und Leben anderer Verkehrsteilnehmer sowie für deren Fahrzeuge, so dass auch insoweit Vorsatz vorliegt. Auch sind Verletzungen von Fahrzeuginsassen durch Kollisionen erfasst.

Außerdem müsste C rücksichtslos gehandelt haben. Rücksichtslos handelt, wer sich aus eigensüchtigen Gründen bewusst über seine Pflichten gegenüber anderen Verkehrsteilnehmern hinwegsetzt oder aus Gleichgültigkeit von vorneherein keine Bedenken gegen Verhalten aufkommen lässt und unbekümmert drauflosfährt.⁶⁰ C missachtete die rote Ampel bewusst, um das Rennen zu gewinnen. Er setzte sich somit aus eigensüchtigen Gründen bewusst über die Pflichten hinweg und handelte daher auch rücksichtslos.

Anmerkung: Das Merkmal „rücksichtslos“ kann auch in der Schuld geprüft werden.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

C handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

C hat sich wegen Gefährdung des Straßenverkehrs gem. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a. StGB strafbar gemacht, indem er bei seiner Fahrt nicht vor der roten Ampel abbremste und in die Kreuzung einfuhr.

II. §§ 315b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3, 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. b StGB durch Passieren der Kreuzung mit Höchstgeschwindigkeit unter Missachtung der roten Ampel

C könnte sich wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. §§ 315b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3, 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. b StGB strafbar gemacht haben, indem er bei seiner Fahrt unter Missachtung der roten Ampel mit Höchstgeschwindigkeit in die Kreuzung einfuhr.

1. Tatbestand

Fraglich ist, ob ein verkehrsfremder Eingriff vorliegt. Während sich § 315c StGB auf Verhaltensweisen innerhalb des Straßenverkehrs richtet, bestraft § 315b StGB von außen kommende Eingriffe in den Straßenverkehr.⁶¹ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz erkennt die Rechtsprechung für Fälle an, in denen der Fahrzeugführer den Verkehrsvorgang zu einem Eingriff in den Straßenverkehr „pervertiert“.⁶² Von einem solchen „verkehrsfremden Inneneingriff“ wird ausgegangen, wenn der Täter das Fahrzeug in verkehrstypischer Weise bewusst zweckwidrig einsetzt und es ihm darauf ankommt, in

⁶⁰ BGHSt 5, 392 (395); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 44 Rn. 9.

⁶¹ Jäger, Examens-Repetitorium, Strafrecht, Besonderer Teil, 11. Aufl. 2024, Rn. 707.

⁶² BGHSt 41, 239; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 315b Rn. 9.

die Sicherheit des Straßenverkehrs einzugreifen.⁶³ Nach jüngerer Rechtsprechung muss der Täter zudem mit einem mindestens bedingten Schädigungsvorsatz handeln.⁶⁴

C nimmt an einem illegalen Autorennen teil. Auch bei einem illegalen Autorennen geht es um das Fortbewegen des Fahrzeugs und nicht um dessen Verwendung in verkehrsfeindlicher Absicht.⁶⁵ Auch aus der Existenz des § 315d StGB lässt sich schließen, dass Kraftfahrzeugrennen nicht als Eingriffe i.S.d. § 315b StGB klassifiziert werden können. Damit handelt es sich nicht um einen verkehrsfremden Eingriff.

2. Ergebnis

C hat sich nicht wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. §§ 315b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3, 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. b StGB strafbar gemacht, indem er bei seiner Fahrt nicht vor der roten Ampel abbremste und mit Höchstgeschwindigkeit in die Kreuzung einfuhr.

Anmerkung: Mit Blick auf die sog. Polizeifluchtfälle oder das „Autosurfen“ ist es mit entsprechender Begründung auch vertretbar, § 315b StGB zu bejahen, insbesondere da C einen Verletzungsvorsatz hat. Wird § 315b StGB bejaht, müsste dann auch auf §§ 315b Abs. 3, 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. b StGB eingegangen werden, insbesondere auf die Frage, ob C eine andere Straftat (§§ 211, 315d StGB) ermöglichen will, was ebenso wie bei § 211 Abs. 2 Gr. 3 Var. 1 StGB zu diskutieren wäre.

Wird entgegen der hier vertretenen Ansicht für C eine Strafbarkeit nach §§ 315b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3, 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. b StGB bejaht, ist konsequenterweise auch bei B eine Strafbarkeit nach § 315b StGB anzunehmen.

III. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 Gr. 1 Var. 3 (Habgier), Var. 4 (niedriger Beweggrund), Gr. 2 Var. 1 (Heimtücke), Var. 3 (gemeingefährliche Mittel), Gr. 3 Var. 1 (Ermöglichungsabsicht) StGB durch Beschleunigen und Zufahren auf die rote Ampel

C könnte sich wegen Mordes gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 Gr. 1 Var. 3, Var. 4, Gr. 2 Var. 1, Var. 3, Gr. 3 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er auf 200 km/h beschleunigte und mit Höchstgeschwindigkeit auf die rote Ampel zufuhr.

Anmerkung: C konnte die Kollision als solche nicht vermeiden, weshalb diese nicht als Anknüpfungspunkt für einen Straftatbestand taugt.⁶⁶

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Erfolg, Kausalität, Objektive Zurechnung

D ist tot. C hat den Tod des D kausal und in objektiv zurechenbarer Weise verursacht.

⁶³ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 45 Rn. 16; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, § 22 Rn. 987.

⁶⁴ BGHSt 48, 233 (237); Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 315b Rn. 9a.

⁶⁵ Eisele, KriPoZ 2018, 32 (33); Kubiciel/Hoven, NStZ 2017, 439 (444 f.); Mitsch, DAR 2017, 70 (70 f.).

⁶⁶ BGHSt 63, 88 (92 Rn. 15).

Man könnte allerdings überlegen, ob der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit des Mordes hier beim Beschleunigen bzw. dem Fahren mit Höchstgeschwindigkeit liegt oder in dem Unterlassen des rechtzeitigen Bremsens vor der Ampel. Wie bereits erläutert, setzt sich eine Autofahrt aus vielen verschiedenen einzelnen Handlungen zusammen wie dem Betätigen des Gaspedals, dem Lenken, Schalten und ggf. Bremsen also aus aktiven Verhaltensweisen.⁶⁷ Dem Täter wird dabei vorgeworfen, sich sorgfaltswidrig mit seinem Fahrzeug im Straßenverkehr bewegt zu haben. Der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liegt somit bei der Begehung, nicht bei dem Unterlassen von Handlungen, die die Risiken minimieren. Entsprechend sind die Raser-Fälle in der Rechtsprechung gleichfalls als Begehungsdelikte eingeordnet worden.⁶⁸ Hierfür spricht auch, dass das Fahrverhalten i.R.d. §§ 315c und 315d StGB gleichfalls als Begehung eingeordnet werden würde.

Anmerkung: Wird ein Unterlassen angenommen, stellt sich die Frage nach der Garantenpflicht. Das Beschleunigen sowie die Teilnahme an einem Autorennen begründen eine Garantenpflicht aus Ingenrenz, die darauf gerichtet ist, Rechtsgutsverletzungen zu verhindern, die hierauf beruhen.

bb) Heimtücke, § 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1 StGB

C könnte heimtückisch gehandelt haben, § 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1 StGB. Heimtückisch tötet, wer die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt.⁶⁹ Arglos ist, wer sich zur Zeit der Tat keines Angriffs auf seine körperliche Unversehrtheit oder sein Leben versieht.⁷⁰ D wusste nicht, dass ein Angriff durch das zu schnell fahrende Auto bevorstand, und war deshalb arglos. Wehrlos ist, wer infolge seiner Arglosigkeit in seiner Verteidigung stark eingeschränkt ist.⁷¹ D konnte C nicht ausweichen. Hätte D gewusst, dass C mit seinem Fahrzeug in die Kreuzung einfahren würde, hätte er die Kollision verhindern können, indem er vorher angehalten hätte. Seine Wehrlosigkeit beruhte daher auf der Arglosigkeit. Der Täter muss die Arg- und Wehrlosigkeit allerdings ausnutzen, d.h. sich im Wege planmäßigen Vorgehens bewusst einen Überraschungsangriff zunutze machen.⁷² Es ist aber zweifelhaft, ob C diese bewusst zur Tötung ausnutzte. Dafür spricht, dass er die Umstände kannte, aus denen sich die Arg- und Wehrlosigkeit des D ergaben, und ihm somit bewusst war, einen schutzlosen Menschen zu überraschen.⁷³ Dagegen lässt sich allerdings anführen, dass keine Anhaltspunkte für ein planmäßiges Vorgehen des C erkennbar sind. Für die Tat des C war es nicht von Bedeutung, ob D arg- und wehrlos war oder nicht.⁷⁴ Vielmehr ist die Arg- und Wehrlosigkeit notwendige Konsequenz der sehr gefährlichen Tötungshandlung. Daher lässt sich ein Ausnutzungsbewusstsein verneinen.⁷⁵

⁶⁷ Siehe auch *Bechtel*, JuS 2019, 114 (115).

⁶⁸ Siehe etwa BGH NZV 2022, 290 (291); BGHSt 65, 42 (49 Rn. 20); 63, 88 (92 Rn. 15); BGH NStZ 2018, 460 (461); BGH NStZ-RR 2018, 154 (154).

⁶⁹ Siehe nur BGH NStZ 2018, 97 (97).

⁷⁰ BGH NStZ 2006, 502 (503).

⁷¹ *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2024, § 211 Rn. 50.

⁷² Siehe etwa BGH NStZ 2018, 97 (98).

⁷³ So etwa *Preuß*, NZV 2018, 345 (349).

⁷⁴ Vgl. BGH NStZ 2015, 392 (393).

⁷⁵ So auch *Walter*, NStZ 2018, 412 (412). Auch der BGH verlangt eine besonders sorgfältige Prüfung des Ausnutzungsbewusstseins, siehe BGH NJW 2018, 1621 (1624 Rn. 33), nicht abgedruckt in BGHSt 63, 88.

Anmerkung: Beide Lösungen sind hier sehr gut vertretbar. Der BGH hat das bewusste Ausnutzen in einem vergleichbaren Fall bejaht.⁷⁶ Da das Ausnutzungsbewusstsein die subjektive Tatseite betrifft, kann es auch erst im subjektiven Tatbestand angesprochen werden. Bejaht man ein Ausnutzungsbewusstsein, dürfte Heimtücke nach h.M. vorliegen. Ein verwerflicher Vertrauensbruch ist dagegen nicht ersichtlich, weil C den anderen Unfallbeteiligten D überhaupt nicht kannte.

cc) Gemeingefährliche Mittel, § 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 3 StGB

C könnte die Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln, § 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 3 StGB, begangen haben. Darunter versteht man ein Mittel, das in der konkreten Tatsituation abstrakt geeignet ist, eine Mehrzahl von Menschen an Leib und Leben zu gefährden, weil der Täter die Ausdehnung der Gefahr nicht in seiner Gewalt hat.⁷⁷ Kollisionen bei hoher Geschwindigkeit führen dazu, dass regelmäßig Autoteile durch die Gegend fliegen, die andere verletzen und töten können.⁷⁸ Auch kann es zu Massenkarambolagen kommen. Soweit eine Mehrzahl von Menschen potentiell in der Nähe sein könnte, handelt es sich bei Autos, die an einem Rennen teilnehmen, daher um gemeingefährliche Mittel.⁷⁹

Allerdings fand das Rennen hier um 23 Uhr abends auf einer Straße statt, die zu einem Einkaufszentrum führt. Da Einkaufszentren zu dieser Zeit typischerweise geschlossen sind, war nicht davon auszugehen, dass viel Verkehr herrschen würde. In der Tat war die Straße zu Beginn des Rennens „menschenleer“. Daher war die Gefährdung einer unkontrollierbaren Mehrzahl von Personen in der konkreten Tatsituation nicht ersichtlich.⁸⁰ C hat daher nicht unter Verwendung gemeingefährlicher Mittel getötet.

Anmerkung: Eine andere Ansicht ist vertretbar, wenn man darauf abstellt, dass nicht erkennbar ist, wie viele andere Verkehrsteilnehmer die Rennstrecke befahren werden, und deshalb die abstrakte Eignung bejaht.

b) Subjektiver Tatbestand

aa) Vorsatz bezüglich des Totschlag

C hielt es für möglich, dass das Rennen zu einem tödlichen Unfall führen könnte, und akzeptierte dies, d.h. er nahm es billigend in Kauf. C handelte damit vorsätzlich.

bb) Habgier, § 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 3 StGB

C könnte aus Habgier, § 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 3 StGB gehandelt haben. Habgier ist das rücksichtslose Streben nach Vermögensvorteilen um den Preis eines Menschenlebens.⁸¹ Bei einem Sieg sollte C den

⁷⁶ BGH NJW 2020, 2901 (2906 Rn. 54).

⁷⁷ LG Berlin NStZ 2017, 471 (477); Jäger, Examens-Repetitorium, Strafrecht, Besonderer Teil, 11. Aufl. 2024, Rn. 50.

⁷⁸ Kubiciel/Hoven, NStZ 2017, 439 (442 f.).

⁷⁹ Der BGH hat diese Frage in BGHSt 65, 42, (58 f. Rn. 49 ff.) offengelassen, da hier der Vorsatz diesbezüglich fehlte; ebenfalls offengelassen in BGH NStZ 2019, 276; Für Gemeingefährlichkeit LG Hamburg, Urt. v. 19.2.2018 – 621 Ks 12/17 = BeckRS 2018, 39544 Rn. 398; LG Berlin NStZ 2017, 471 (477); Preuß, NZV 2019 306 (308); Grünwald, JZ 2017, 1069 (1072); Kubiciel/Hoven, NStZ 2017, 439 (442 f.); L. Neumann, Jura 2017, 160 (167); Preuß, NZV 2018, 345 (349). Allgemein zur Gemeingefährlichkeit von PKW BGH NStZ 2010, 515.

⁸⁰ In diese Richtung auch Puppe, ZIS 2017, 439 (443).

⁸¹ Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 4 Rn. 24.

Wert des Tablets ersetzt bekommen, also einen Vermögensvorteil erhalten. Allerdings muss die Habgier unter mehreren Motiven das tatbeherrschende Motiv sein.⁸² C kam es vor allem darauf an, das Rennen zu gewinnen, um den Streit mit B beizulegen und weitere Attacken gegen sich zu verhindern. Der Wertersatz für das Tablet war somit nicht sein tatbeherrschendes Motiv. Folglich handelte C nicht aus Habgier.

cc) Ermöglichungsabsicht, § 211 Abs. 2 Gr. 3 Var. 1 StGB

Des Weiteren könnte C zudem die Absicht gehabt haben, eine andere Straftat zu ermöglichen, § 211 Abs. 2 Gr. 3 Var. 1 StGB. In Betracht kommt hier eine Straftat nach § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB oder § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB. C handelte in der Absicht, ein unerlaubtes Kraftfahrzeugrennen gegen A zu fahren, was eine Straftat darstellt. Er beabsichtigte auch, an der roten Ampel die Vorfahrt anderer Verkehrsteilnehmer zu missachten, was einen vorsätzlichen Vorfahrtverstoß i.S.d. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB darstellt (siehe oben). Dabei war die Teilnahme an dem Rennen, die in dieser Form eine Straftat darstellt, sein handlungsleitendes Motiv, weil sie notwendiges Zwischenziel war, um sein Fernziel, die Differenzen mit B beizulegen, zu erreichen.

Problematisch ist allerdings, dass die zu ermöglichenden Straftaten durch dieselbe Handlung herbeigeführt wurden wie die Tötung, nämlich durch die Fahrt mit dem Kfz, und dass der Todeserfolg für die Ermöglichung nicht notwendig ist. Nach der h.M. soll es genügen, wenn die Tötungshandlung zur Ermöglichung oder Verdeckung führt.⁸³ Ansonsten könnte das Merkmal nur bei Tötungsabsicht verwirklicht werden. Dies gilt auch in Fällen von Tateinheit.⁸⁴ Dennoch bleibt das Problem, dass es sich im vorliegenden Fall nicht um ein zweiaktiges Geschehen handelt, sondern zu ermöglichende Straftat und Tötungshandlung vollständig in einer Handlung zusammenfallen. Ob in solchen Fällen eine Ermöglichungsabsicht anzunehmen ist, ist umstritten. Einer Ansicht nach ist in solchen Fällen trotzdem Ermöglichungsabsicht anzunehmen.⁸⁵ Die Gegenansicht verneint die Ermöglichungsabsicht in diesen Fällen und hält ein mehraktiges Geschehen für erforderlich.⁸⁶ Die dadurch entstehenden Wertungswidersprüche seien hinzunehmen.⁸⁷

Für die erste Ansicht spricht, dass der vorausschauende Täter, der plant durch eine Handlung im natürlichen Sinn zwei Straftaten zu verwirklichen, privilegiert werden würde.⁸⁸ So hat die Rechtsprechung im Falle einer Abtreibung durch Tötung der schwangeren Person die Ermöglichungsabsicht bejaht, obwohl beides durch eine Handlung im natürlichen Sinn geschah.⁸⁹ Systematisch spricht aber dagegen, dass bei den gleichlautenden Normen, §§ 306b Abs. 2 Nr. 2, 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. b StGB, eine weitere (Teil-)Handlung gefordert wird.⁹⁰ Für dieses Ergebnis spricht auch der Wortlaut der

⁸² Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil II*, 25. Aufl. 2024, § 4 Rn. 27.

⁸³ BGHSt 39, 159 (160 ff.); Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil II*, 25. Aufl. 2024, § 4 Rn. 115; H. Schneider, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 211 Rn. 261; Wessels/Hettinger/Engländer, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, 47. Aufl. 2023, Rn. 75.

⁸⁴ H. Schneider, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 211 Rn. 260.

⁸⁵ BGH NStZ-RR 2016, 109 (110); BGH, *Beschl. v. 17.12.2015 – 2 StR 275/15 = BeckRS 2016, 3373*; Berster, NStZ 2015, 694 (695); Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 211 Rn. 34; U. Neumann/Saliger, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 211 Rn. 95.

⁸⁶ BGH NStZ 2015, 693 f. (später aufgegeben); BGH NStZ-RR 2001, 298 (298); H. Schneider, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 211 Rn. 260; Sinn, in: SK-StGB, Bd. 4, 9. Aufl. 2017, § 211 Rn. 67; Rengier, *Strafrecht, Besonderer Teil II*, 25. Aufl. 2024, § 4 Rn. 112.

⁸⁷ H. Schneider, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 211 Rn. 260.

⁸⁸ Berster, NStZ 2015, 694 (695).

⁸⁹ BGH NStZ-RR 2016, 109 (110).

⁹⁰ BGH NZV 1995, 285; Radtke, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 306b Rn. 21; Radtke, NStZ 2007, 642 (642).

Norm, der eine abgrenzbare, weitere Straftat fordert, die ermöglicht werden soll.⁹¹ So liegt eben keine Ermöglichungsabsicht vor, wenn der Täter durch eine Handlung zwei Straftaten verwicklicht.⁹² Deshalb verhindert die natürliche Handlungseinheit die Annahme der Ermöglichungsabsicht.

Folglich handelte C nicht mit Ermöglichungsabsicht.

Hinweis: Das Problem ist schwierig zu erkennen und kann deshalb nur von überdurchschnittlichen Kandidaten erwartet werden. In den Urteilen ist es bis jetzt nicht aufgetaucht. Im Ergebnis ist die andere Ansicht ebenso gut vertretbar.

dd) Niedriger Beweggrund, § 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 4 StGB

Außerdem könnte C aus sonstigen niedrigen Beweggründen gehandelt haben, § 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 4 StGB. Dies sind Beweggründe, die nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und deshalb besonders verwerflich sind.⁹³ Die Beurteilung der Frage, ob Beweggründe zur Tat „niedrig“ sind, also nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen, mithin in deutlich weiterreichendem Maße als bei einem Totschlag als verwerflich und deshalb als besonders verachtenswert erscheinen, hat aufgrund einer Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren zu erfolgen.⁹⁴

C nahm die Tötung anderer Verkehrsteilnehmer in Kauf, um das Rennen gegen B zu fahren und, wenn möglich, zu gewinnen. An und für sich kann es einen niedrigen Beweggrund darstellen, wenn jemand seine eigenen Freizeitinteressen so rücksichtslos verfolgt, dass ihm die Tötung anderer gleichgültig ist.⁹⁵ Hierfür spricht auch, dass C davon ausging, andere Verkehrsteilnehmer seien „selbst schuld“, wenn sie die Rennstrecke zum Fahren benutzten. Die Tatsache, dass Ziel des C auch war, die Streitigkeiten mit B beizulegen, ändert an dieser Bewertung nichts, weil es zur Streitbeilegung risikoärmere Methoden gegeben hätte.

Der Unrechtsgehalt der Tötung zur Durchführung eines Kraftfahrzeugrennens wird nicht schon durch das Merkmal der Ermöglichungsabsicht in Kombination mit § 315d bzw. § 315c StGB erfasst. C hat aus sonstigen niedrigen Beweggründen gehandelt.

Hinweis: Wer die Ermöglichungsabsicht bejaht, kann daher die Teilnahme am Rennen nicht für die Annahme niedriger Beweggründe heranziehen. Wer die Ermöglichungsabsicht verneint hat, kann dagegen die Nähe zur Ermöglichungsabsicht als weiteres Argument für die Annahme sonstiger niedriger Beweggründe heranziehen.⁹⁶

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

C handelte rechtswidrig und schuldhaft.

⁹¹ BGHSt 51, 236 (239 Rn. 11).

⁹² BGHSt 51, 236 (239 Rn. 11).

⁹³ Siehe nur BGH NStZ 2013, 337 (338).

⁹⁴ Siehe nur BGH NStZ 2021, 287 (288 Rn. 18).

⁹⁵ Ebenso in den Raser-Fällen *Kubiciel/Hoven*, NStZ 2017, 439 (443 f.); *L. Neumann*, Jura 2017, 160 (167 f.); *Preuß*, NZV 2018, 345 (349).

⁹⁶ *H. Schneider*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 211 Rn. 260.

3. Ergebnis

C hat sich wegen Mordes gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1 und Abs. 2, Gr. 3 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er auf 200 km/h beschleunigte und mit Höchstgeschwindigkeit auf die rote Ampel zufuhr.

IV. § 303 Abs. 1 StGB durch die Fahrt

C hat sich zudem durch dieselbe Handlung wegen Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB an dem Fahrzeug des D strafbar gemacht, denn bei lebensnaher Interpretation ist davon auszugehen, dass er auch die Beschädigung fremder Fahrzeuge für möglich hielt und in Kauf nahm. Der erforderliche Strafantrag liegt vor.

V. § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB durch die Flucht

C könnte sich wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort gem. § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er aus dem Wrack kletterte und floh.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Beteiligter an einem Unfall im öffentlichen Straßenverkehr

C müsste Beteiligter an einem Unfall im öffentlichen Straßenverkehr gewesen sein. Ein Verkehrsunfall ist jedes für zumindest einen der Beteiligten plötzliche, mit dem Straßenverkehr und seinen Gefahren ursächlich zusammenhängendes Ereignis.⁹⁷ Die Kollision zwischen C und D war unerwartet und beruhte auf den Gefahren des Straßenverkehrs. Mithin handelt es sich nicht um einen verkehrsfremden Eingriff (siehe oben). Dieser Unfall fand auch im öffentlichen Straßenverkehr statt. Unfallbeteiligter ist nach der Legaldefinition des § 142 Abs. 5 StGB jeder, dessen Verhalten nach den Umständen zur Verursachung des Unfalls beigetragen haben kann. Danach ist C als Fahrer eines Unfallwagens auch Unfallbeteiligter.

Fraglich ist, ob sich die Bewertung ändert, weil C vorsätzlich handelte und einen Zusammenstoß billigend in Kauf nahm.⁹⁸ Solange das Ereignis aber für einen der Beteiligten ungewollt und noch mit den typischen Gefahren des Straßenverkehrs zusammenhängt, ändert sich die Bewertung nicht.⁹⁹ D wollte den Zusammenstoß nicht und damit war das Ereignis zumindest für einen der Beteiligten ungewollt. Außerdem haben sich trotz des vorsätzlichen Handelns noch typische Gefahren des Straßenverkehrs verwirklicht (siehe oben). Folglich war C Beteiligter an einem Unfall im öffentlichen Straßenverkehr.

bb) Entfernen vom Unfallort

C müsste sich vom Unfallort entfernt haben. Das Entfernen vom Unfallort ist das willensgetragene

⁹⁷ Wessels/Hettinger/Engländer, *Strafrecht*, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 1016; Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 46 Rn. 2.

⁹⁸ Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 46 Rn. 7.

⁹⁹ BGHSt 24, 382 (383 f.).

Verlassen des unmittelbaren Unfallbereichs.¹⁰⁰ C stieg nach dem Unfall aus seinem Wrack und floh bewusst von der Unfallstelle. Somit hat er sich vom Unfallort entfernt.

cc) Verletzung der Feststellungsduldungs- und Vorstellungspflicht

C müsste seine Feststellungsduldungs- und Vorstellungspflicht verletzt haben. So muss der Unfallbeteiligte zum einen die Feststellung seiner Person, seines Fahrzeugs und seiner Art der Beteiligung am Unfall dulden.¹⁰¹ Weiterhin hat der Unfallbeteiligte die aktive Vorstellungspflicht seine Beteiligung am Unfall anzugeben.¹⁰² C floh vom Unfallort, bevor Angaben über seine Person festgehalten werden konnten. Außerdem stellte er sich nicht aktiv als Unfallbeteiligter vor. Also verletzte C seine Feststellungsduldungs- und Vorstellungspflicht.

b) Subjektiver Tatbestand

C hatte Kenntnis darüber, dass er an einem Unfall beteiligt war und durch sein Entfernen vom Unfallort die Feststellungen verhinderte.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

C handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

C hat sich wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort gem. § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht, indem er aus dem Wrack kletterte und floh.

VI. Konkurrenzen

Der Mord, §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2, Gr. 3 Var. 1 StGB, die Sachbeschädigung, § 303 Abs. 1 StGB, und die Gefährdung des Straßenverkehrs, § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB sind durch zumindest in Teilen identische Handlungen verwirklicht worden und stehen damit in Tateinheit (§ 52 StGB). In Tatmehrheit (§ 53 StGB) hierzu steht das unerlaubte Entfernen vom Unfallort, § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

B. Strafbarkeit des B

I. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2, 25 Abs. 2 StGB durch Vereinbarung, über die rote Ampel zu fahren, und die Fahrt

B könnte sich wegen Mordes in Mittäterschaft gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er mit C vereinbarte, über die rote Ampel zu fahren, und das Rennen gegen C fuhr. Im Gegensatz zu C hat B allerdings keinen Tötungsvorsatz. Eine Strafbarkeit wegen

¹⁰⁰ Wessels/Hettinger/Engländer, *Strafrecht*, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 1020.

¹⁰¹ Wessels/Hettinger/Engländer, *Strafrecht*, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 1021; Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 46 Rn. 23.

¹⁰² Wessels/Hettinger/Engländer, *Strafrecht*, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 1021; Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 42 Rn. 23.

eines vorsätzlichen Tötungsdelikt scheidet daher aus. Folglich hat sich B nicht wegen Mordes in Mitäterschaft gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

II. § 222 StGB durch die Fahrt

B könnte sich wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB strafbar gemacht haben, indem er gegen C ein Rennen fuhr.

Hinweis: Die Prüfung von § 222 StGB bietet sich hier an, weil dadurch die Zurechnungsproblematik vorab angesprochen werden kann. Ebenso gut kann zuerst § 315c StGB geprüft werden.

1. Tatbestand

D ist tot. Wäre B nicht das Rennen gegen C gefahren, hätte C auf Rotlichtverstöße und zu schnelles Fahren verzichtet und D wäre nicht gestorben. B müsste allerdings objektiv fahrlässig gehandelt haben. Sorgfaltspflichtverletzungen liegen in dem Missachten der Vorfahrt des D (§ 8 StVO), in dem Fahren mit überhöhter Geschwindigkeit (§ 3 StVO) und in der Beteiligung an einem verbotenen Kraftfahrzeugrennen (§ 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB).

Allerdings müsste der Erfolgseintritt B auch objektiv zuzurechnen sein. Problematisch ist, dass der Tod nicht unmittelbar durch das Verhalten des B, sondern erst durch das vorsätzliche und rechtswidrige Verhalten des C verursacht wurde. Unter welchen Voraussetzungen rechtswidriges Verhalten Dritter zugerechnet wird, ist umstritten.

Zum Teil wird vertreten, die fahrlässige Beteiligung an einer rechtswidrigen Tat sei nicht strafbar (sog. Regressverbot bzw. Verantwortungsprinzip).¹⁰³ Diese Lehre begreift Anstiftung und Beihilfe als Sondervorschriften, die ausnahmsweise einen Rückgriff auf den Hintermann zuließen.¹⁰⁴ Mangels entsprechender Vorschriften beim Fahrlässigkeitsdelikt sei dies hierfür jedoch ausgeschlossen. Faktisch wird hiermit dem Fahrlässigkeitsdelikt ein restriktiver Täterbegriff zu Grunde gelegt.¹⁰⁵ Hiergegen spricht allerdings, dass der Gesetzgeber Vorschriften geschaffen hat, die darauf abzielen, rechtswidrigem Verhalten Dritter entgegenzuwirken, wie z.B. bestimmte Vorschriften im WaffG. Bestehen entsprechende Sorgfaltspflichten, ist es aber nicht plausibel, warum diese nicht zu einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit führen können sollten.¹⁰⁶

Der ganz überwiegende Teil der Rechtsprechung und Literatur hält dagegen eine Zurechnung von rechtswidrigem Verhalten Dritter prinzipiell für möglich.¹⁰⁷ Hierfür werden unterschiedliche Kriterien herangezogen. Zum Teil wird auf die Vorhersehbarkeit des rechtswidrigen Verhaltens des Dritten

¹⁰³ Siehe für Autorennfälle OLG Stuttgart JR 2012, 163 (164) m. abl. Anm. Puppe. Näher hierzu Lenckner, in: FS Engisch, 1969, S. 490 (506); Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 42; Siehe auch Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor § 13 Rn. 100 ff.; Walter, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, Vor § 13 Rn. 103 ff. (mit etlichen Ausnahmen).

¹⁰⁴ Walter, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, Vor § 13 Rn. 109.

¹⁰⁵ So der Hinweis von Rengier, StV 2013, 30 (30). Explizit wird dies etwa vertreten von Hoyer, in: FS Puppe, 2011, S. 515; Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 261.

¹⁰⁶ So auch Mitsch, JuS 2013, 20 (22 f.).

¹⁰⁷ Für Autorennfälle explizit BGH NSTz 2022, 292 (296 Rn. 58), nicht abgedruckt in BGHSt 66, 294; OLG Celle StV 2013, 27 (29 f.); Mitsch, JuS 2013, 20 (23 f.); Puppe, JR 2012, 164 (165); Rengier, StV 2013, 30 (32); A. Schneider, ZJS 2013, 362 (368 ff.). Siehe auch den Überblick bei Jäger, Repetitorium Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2024, Rn. 70 ff.

abgestellt¹⁰⁸, zum Teil auf dessen Tatgeneigtheit.¹⁰⁹ C und B haben sich vor dem Rennen darauf geeinigt, dass sie auch bei Rot nicht an der Ampel halten werden. Das rechtswidrige Verhalten des C war somit vorhersehbar. Auch war C offen tatgeneigt. Nach beiden Ansichten ist hier eine Zurechnung möglich.

Wieder andere stellen auf den Schutzzweck der verletzten Sorgfaltspflicht ab: soweit diese auch dazu diene, die Erfolgsherbeiführung durch Dritte zu verhindern, sei auch das rechtswidrige Verhalten Dritter erfasst.¹¹⁰ Stellt man auf den Schutzzweck der Norm ab, ist zwischen den einzelnen Sorgfaltspflichtverletzungen zu differenzieren. Der Vorfahrtsverstoß (§ 8 StVO) dient nicht dazu, Unfälle, die durch Vorfahrtverstöße Dritter entstehen, zu vermeiden. Es gibt keine Regel, aus der sich ergibt, dass eine Verletzung der Vorfahrt andere Verkehrsteilnehmer dazu animiert, gleichfalls die Vorfahrt zu missachten. Auch das Fahren mit Höchstgeschwindigkeit (§ 3 StVO) hat für sich genommen nicht den Effekt, dass andere Verkehrsteilnehmer selbst zu schnell fahren und Unfälle verursachen. Dies zeigt sich unter anderem daran, dass nur der Täter des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB, der das „Solo-Rasen“ unter Strafe stellt, wegen eines verbotenen Kraftfahrzeugrennens mit Todesfolge zu bestrafen ist. Anders sieht es hingegen mit § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB aus, der auf § 29 StVO a.F. beruht. Da ein Rennen mindestens zwei Teilnehmer voraussetzt, bezieht sich die Sorgfaltswidrigkeit des Rennens nicht nur auf ein Fahren mit überhöhter Geschwindigkeit, sondern auf die Eskalationsgefahr, die durch die Beteiligung eines anderen besteht, also die Gefahr, dass andere Rennteilnehmer zu Verkehrsübertretungen animiert werden.¹¹¹ Deswegen sind auch Unfälle, die durch Verkehrsübertretungen anderer Rennteilnehmer verursacht wurden, und die daraus entstehenden Tötungen dem unbeteiligten Rennteilnehmer objektiv zuzurechnen. Folglich kann auch nach dieser Ansicht der Erfolg dem B zugerechnet werden. Alle Ansichten kommen zum selben Ergebnis und der Streit muss an dieser Stelle nicht entschieden werden.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

B hat sich wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB strafbar gemacht, indem er gegen C ein Rennen fuhr.

¹⁰⁸ BGH NSTz 2022, 163 (163 Rn. 24); Jescheck/Weigend, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, S. 574; Kindhäuser/Zimmermann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11. Aufl. 2023, § 11 Rn. 46; Kindhäuser/Hilgendorf, *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, 9. Aufl. 2022, Vor § 13 Rn. 143; Kudlich, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, Vor §§ 13ff. Rn. 64; Gropp/Sinn, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 2020, § 4 Rn. 108; für Fahrlässigkeitsdelikte so auch Kaspar, *JuS* 2012, 112 (113).

¹⁰⁹ Kühl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 51, 85; Duttge, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 15 Rn. 48 ff.; Jäger, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2023, Vor § 1 Rn. 131; Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 2024, § 52 Rn. 65.

¹¹⁰ Jäger, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2023, Vor § 1 Rn. 132; Puppe, *JR* 2012, 164 (166); Puppe, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vor §§ 13–15 Rn. 177; Mitsch, *JuS* 2013, 20 (22 f.); Rengier, *StV* 2013, 30 (32); Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2023, § 15 Rn. 43; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 53. Aufl. 2023 Rn. 284.

¹¹¹ Jansen, *NZV* 2017, 214 (218 f.); Kulhanek, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2024, § 315d Rn. 54; Mitsch, *JuS* 2013, 20 (23); Puppe, *JR* 2012, 164 (166); Rengier, *StV* 2013, 30 (32); A. Schneider, *ZJS* 2013, 362 (371 f.).

III. §§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a, 25 Abs. 2 StGB durch Vereinbarung, über rote Ampel zu fahren, und Fahrt

B könnte sich wegen Gefährdung des Straßenverkehrs in Mittäterschaft gem. §§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er mit C vereinbarte, über die rote Ampel zu fahren und mit Höchstgeschwindigkeit auf die Ampel losfuhr. Allerdings handelt es sich bei § 315c StGB um ein eigenhändiges Delikt, das nur vom Fahrzeugführer begangen werden kann.¹¹² B und C haben nicht gemeinschaftlich ein Fahrzeug geführt, sondern jeder sein eigenes. In einem solchen Fall fehlt es an einer gemeinschaftlichen Tatausführung. Daher ist Mittäterschaft abzulehnen.

Hinweis: Dieses Delikt muss nicht unbedingt geprüft werden. Eine Mittäterschaft würde die Zurechnung der konkreten Gefahr erleichtern, weshalb es sinnvoll sein kann, kurz darauf hinzuweisen, warum diese hier ausgeschlossen ist.

IV. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a, d StGB durch Vereinbarung, über rote Ampel zu fahren, und Fahrt

B könnte sich wegen Gefährdung des Straßenverkehrs gem. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a, d StGB strafbar gemacht haben, indem er mit Höchstgeschwindigkeit auf der Straße fuhr und die rote Ampel missachtete.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Handlungsteil

B fuhr mit 200 km/h in die Kreuzung ein und fuhr damit zu schnell an einer Straßenkreuzung i.S.d. Nr. 2 lit. d. Außerdem hielt B nicht an der roten Ampel und missachtete dadurch die Vorfahrt des D, Nr. 2 lit. a. Dass auch C zum Anhalten verpflichtet gewesen wäre, steht der Annahme eines Fahrfehlers des B nicht entgegen.

bb) Gefährdungsteil

Durch die Verkehrsverstöße müsste eine konkrete Gefahr für Leib oder Leben einer Person oder fremde Sachen von bedeutendem Wert entstanden sein. In Betracht kommt zunächst eine konkrete Gefährdung des Beifahrers A durch die Vollbremsung. Grundsätzlich sind Fahrzeuginsassen von § 315c StGB geschützt.¹¹³ Allerdings könnte auch hier die Ausnahme für Tatbeteiligte eingreifen, sofern eine solche oben bejaht wurde. Dazu müsste A Tatbeteiligter gewesen sein. A ist nicht Täter und er hat den Tatentschluss weder bei B oder C hervorgerufen, so dass auch eine Anstiftung ausscheidet. A könnte trotzdem Gehilfe i.S.d. § 27 StGB sein. Dazu müsste A Hilfe geleistet haben. Hilfeleisten ist grundsätzlich jede Handlung, welche die Herbeiführung des Taterfolgs durch den Haupttäter objektiv fördert oder erleichtert, ohne dass sie für den Erfolg in seiner konkreten Gestalt selbst

¹¹² Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315c Rn. 118; Zieschang, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 315c Rn. 7.

¹¹³ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 315c Rn. 23.

ursächlich sein muss.¹¹⁴ Dies kann, zumindest nach teilweiser Ansicht, auch in Form einer psychische Beihilfe durch Bestärken des Tatentschlusses geschehen.¹¹⁵ Zwar kann in Einzelfällen auch nur die Anwesenheit einer Person ein Hilfeleisten darstellen, aber es muss genau festgestellt werden, inwieweit die Haupttat dadurch gefördert oder erleichtert wurde.¹¹⁶

A hat versucht, B das Rennen auszureden und hat sich nur zähneknirschend bereit erklärt, mit B mitzufahren. A hat B gerade nicht in seinem Tatentschluss bestärkt, sondern im Gegenteil versucht, ihn davon abzubringen. Die Anwesenheit im Auto als solche reicht nicht aus, um eine psychische Beihilfe zu begründen. Folglich hat A keine Hilfe geleistet und ist kein Gehilfe i.S.d. § 27 StGB. Also ist A taugliches Gefährdungsobjekt.

Allerdings müsste die Gefahr durch die Verkehrsverstöße entstanden sein. Hier beruhte die Gefahr aber nicht auf dem Vorfahrtverstoß des B, sondern darauf, dass C mit einem anderen Fahrzeug kollidiert ist. Mit dem Fahrfehler des B hatte diese Kollision nichts zu tun, so dass insoweit der Schutzzweckzusammenhang fehlt. Auch ist unklar, ob ein rechtzeitiges Bremsen die Gefahr tatsächlich verhindert hätte oder ob nicht auch dann Teile des Autos von C und D über die Fahrbahn zum Fahrzeug des B geflogen wären.

Ähnliches gilt für das zu schnelle Fahren an Straßenkreuzungen. Auch hier muss die Gefahr aus dem Fahren mit überhöhter Geschwindigkeit resultieren. Typische Konsequenz einer solchen Fahrt ist, dass der Fahrer die Kontrolle über das Fahrzeug verliert oder andere Verkehrsteilnehmer die Geschwindigkeit falsch einschätzen.¹¹⁷ Dass hingegen andere Verkehrsteilnehmer ebenfalls zu schnell fahren, Unfälle verursachen und herumfliegende Karosserieteile die Gefährdung begründen, ist nicht mehr vom Schutzzweck der Nr. 2 lit. d erfasst.¹¹⁸ Im Übrigen ist auch hier nicht ausgeschlossen, dass eine Gefahr durch Karosserieteile auch bei einer Fahrt mit Normalgeschwindigkeit aufgetreten wäre.

Die Verletzung des A wurde daher nicht durch die Verkehrsverstöße verursacht.

In Betracht käme zudem eine konkrete Gefahr für das Fahrzeug und Leib und Leben des C. Allerdings wird C als Tatbeteiligter nach der hier vertretenen Ansicht nicht von § 315c StGB geschützt. Im Übrigen käme hier eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung in Betracht.

Es bestand allerdings eine konkrete Gefahr für das Fahrzeug und das Leben des D, die sich sogar in Verletzungen manifestiert hat. Diese müsste jedoch durch die Verkehrsverstöße des B entstanden sein. Auch hier stellt sich die Frage, ob der Schutzzweck der Normen diese Art der Gefahrherbeiführung erfasst. Wie bereits erläutert (unter I.), dienen weder § 8 StVO noch § 3 StVO der Verhinderung von Unfällen durch das eigenständige Fehlverhalten anderer Verkehrsteilnehmer. Daher wurden die Verletzungen des D nicht durch die Verkehrsverstöße herbeigeführt.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist mit entsprechender Begründung ebenfalls vertretbar. Man kann beispielsweise darauf abstellen, dass es vom Zufall abhing, ob D mit C oder B kollidierte. Aber auch hier wäre, wie oben, nur ein Verstoß gegen § 315c Abs. 1 S. 2 Nr. 2 lit. a StGB zu bejahen.

¹¹⁴ BGHSt 61, 252 (257); Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 2024, § 45 Rn. 82.

¹¹⁵ Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 71. Aufl. 2024, § 27 Rn. 11; Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 2024, § 45 Rn. 88.

¹¹⁶ BGH NSTZ 2019, 461 (461 Rn. 7); Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 71. Aufl. 2024, § 27 Rn. 11, 13; Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 2024, § 45 Rn. 90.

¹¹⁷ Siehe auch A. Schneider, *ZJS* 2013, 362 (370).

¹¹⁸ Vgl. auch Mitsch, *JuS* 2013, 20 (23).

b) Zwischenergebnis

Es fehlt am Eintritt eines konkreten Gefahrerfolgs.

2. Ergebnis

B hat sich nicht wegen Gefährdung des Straßenverkehrs gem. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a, d StGB strafbar gemacht, indem er mit Höchstgeschwindigkeit auf der Straße fuhr und die rote Ampel missachtete.

V. §§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a, 27 StGB durch Vereinbarung, über rote Ampel zu fahren, und Fahrt

B könnte sich wegen Beihilfe zur Gefährdung des Straßenverkehrs gem. §§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a, 27 StGB strafbar gemacht haben, indem er mit C vereinbarte, ein Rennen zu fahren und dabei das Rotlicht zu ignorieren, und indem er die Fahrt antrat.

Anmerkung: Eine Anstiftung liegt nicht vor, weil unklar ist, wer die Idee zu dem Rennen hatte und entsprechend den Tatentschluss des anderen hervorgerufen hat.

1. Tatbestand**a) Objektiver Tatbestand**

Eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat des C liegt vor. Diese hat B auch gefördert, indem er mit C die Teilnahme an dem Rennen vereinbart hat und als weiterer Teilnehmer angetreten ist. Hätte B sich nicht hierzu bereit erklärt, hätte es für C keinen Grund gegeben, die vorsätzlichen Verkehrsverstöße zu begehen, so dass die Handlung des B auch kausal war.

b) Subjektiver Tatbestand

B müsste auch Vorsatz hinsichtlich der Haupttat und der Hilfeleistung gehabt haben. B war sich bewusst, dass C nur wegen seiner Teilnahme die vorsätzlichen Verkehrsverstöße begeht. Er hatte somit Vorsatz hinsichtlich seines Hilfeleistens. Außerdem wusste B, dass C vorhatte, an der Ampelkreuzung die Vorfahrt der anderen Verkehrsteilnehmer zu missachten. B hielt es für möglich, dass andere Verkehrsteilnehmer durch das Rennen zum abrupten Bremsen gezwungen sein könnten. Ein abruptes Bremsen ist in der Regel notwendig, um einen Unfall zu vermeiden, und setzt somit eine konkrete Gefahr für das bremsende Fahrzeug und dessen Insassen voraus. Zudem hielt B eine Verletzung der fremden Fahrzeuginsassen für möglich und nahm diese in Kauf. Er hatte also Vorsatz, dass C durch den Rotlichtverstoß eine konkrete Gefahr für andere Verkehrsteilnehmer schaffen würde. Dass es tatsächlich zu Schäden in weit größerem Ausmaß kam, als B sich vorgestellt hatte, ist unschädlich. Außerdem setzte sich auch B aus eigensüchtigen Gründen bewusst über seine Pflichten gegenüber anderen Verkehrsteilnehmern hinweg und handelte somit rücksichtslos. Eine Milderung gem. § 28 Abs. 1 StGB kommt deshalb nicht in Betracht.

Hinweis: Wer Vorsatz hinsichtlich der Gefahr verneint, müsste die Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination des § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a, Abs. 3 Nr. 1 StGB prüfen. Gem. § 18 StGB müsste B selbst fahrlässig mit Blick auf die Gefahrschaffung (durch C) gehandelt haben, was mit Blick auf das verbotene Rennen anzunehmen sein dürfte.

2. Ergebnis

B hat sich wegen Beihilfe zur Gefährdung des Straßenverkehrs gem. §§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a, 27 StGB strafbar gemacht, indem er mit C vereinbarte, ein Rennen zu fahren und dabei das Rotlicht zu ignorieren, und indem er die Fahrt antrat.

VI. Konkurrenzen

B hat sich wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB in Tateinheit (§ 52 StGB) mit Beihilfe zur Gefährdung des Straßenverkehrs gem. §§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a, 27 StGB strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit des A

I. §§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a, 27 StGB zu Gunsten des C durch Erklärung, mitzufahren, und Mitfahrt

A könnte sich wegen Beihilfe zur Gefährdung des Straßenverkehrs gem. §§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a, 27 StGB strafbar gemacht haben, indem er sich dazu bereit erklärte, mit B mitzufahren, und dies auch umsetzte.

Anmerkung: Strukturell handelt es sich um eine Beihilfe zur Beihilfe des B, also eine Kettenbeihilfe. Diese wird aber als Beihilfe zur Haupttat angesehen.

A war mit dem Rennen jedoch nicht einverstanden, so dass es an einer physischen oder psychischen Hilfeleistung fehlt (siehe oben) A hat sich daher nicht wegen Beihilfe zur Gefährdung des Straßenverkehrs gem. §§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a, 27 StGB strafbar gemacht haben, indem er sich dazu bereit erklärt, mit B mitzufahren, und dies auch umsetzte.

II. §§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a, 27 StGB zu Gunsten des B durch Erklärung, mitzufahren, und Mitfahrt

Aus den gleichen Gründen liegt auch keine Beihilfe zur Gefährdung des Straßenverkehrs durch B vor (siehe oben).

III. § 222 StGB durch Erklärung, mitzufahren, und Mitfahrt

A könnte sich wegen fahrlässiger Tötung an D gem. § 222 StGB strafbar gemacht haben, indem er sich dazu bereit erklärte, mit B mitzufahren, und dies auch umsetzte. Hierzu müsste er allerdings sorgfaltswidrig gehandelt haben. Die Mitfahrt in einem zu schnell fahrenden Wagen ist allerdings nicht per se sorgfaltswidrig.¹¹⁹ Weiterhin hat A seinen Freund B nicht darin bestärkt, das Rennen zu fahren, sondern vielmehr versucht, ihn davon abzubringen. Folglich hat sich A auch in dieser Hinsicht nicht sorgfaltswidrig verhalten. A hat sich daher nicht wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB strafbar gemacht.

¹¹⁹ Siehe auch Rengier, StV 2013, 30 (32).

Gesamtergebnis und Konkurrenzen

A ist wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB in Tateinheit (§ 52 StGB) mit zwei Sachbeschädigungen, § 303 Abs. 1 StGB, strafbar.

B ist wegen Anstiftung zum Diebstahl gem. §§ 242 Abs. 1, 26 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB in Tateinheit (§ 53 StGB) mit einer tateinheitlich begangenen fahrlässigen Tötung, § 222 StGB und Beihilfe zur Gefährdung des Straßenverkehrs, §§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a, 27 StGB strafbar.

C ist wegen Mordes gem. § 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 StGB in Tateinheit mit Sachbeschädigung, § 303 Abs. 1 StGB, und Gefährdung des Straßenverkehrs, § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB, strafbar. Dazu steht in Tateinheit das unerlaubte Entfernen vom Unfallort gem. § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

Exkurs

Zum Zeitpunkt der Klausur war § 315d StGB noch nicht Teil des Prüfungsstoffs in Baden-Württemberg. Deshalb soll hier noch § 315d StGB geprüft und dargestellt werden, inwiefern sich dieser auf das Gesamtergebnis auswirken würde.

A. Strafbarkeit des C

I. § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB durch die Fahrt

C könnte sich wegen Teilnahme an einem verbotenen Kraftfahrzeugrennen gem. § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er gegen B antrat und mit überhöhter Geschwindigkeit fuhr.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

C müsste an einem nicht erlaubten Kraftfahrzeugrennen im Straßenverkehr teilgenommen haben. Ein Kraftfahrzeugrennen ist ein Wettbewerb zwischen wenigstens zwei Kraftfahrzeugführern, bei dem es zumindest auch darum geht, mit dem Kraftfahrzeug über eine nicht unerhebliche Wegstrecke eine höhere Geschwindigkeit als der andere oder die anderen teilnehmenden Kraftfahrzeugführer zu erreichen, für die es einer vorherigen Absprache nicht bedarf.¹²⁰ C und B haben vereinbart, auf einer vorher bestimmten Strecken mit ihren Fahrzeugen Höchstgeschwindigkeiten zu erzielen und durch diesen Wettbewerb einen Gewinner zu bestimmen. Ein Kraftfahrzeugrennen liegt damit vor. Eine behördliche Genehmigung nach § 29 Abs. 2 StVO i.V.m. § 46 Abs. 3 StVO wurde nicht eingeholt und das Rennen ist damit nicht erlaubt. Das Rennen fand auch im Straßenverkehr statt.

Außerdem müsste C an dem Rennen teilgenommen haben. Dabei ist nicht eine Teilnahme im technischen Sinne des StGB gemeint, sondern die Tätigkeit als Kraftfahrzeugführer während des Rennens.¹²¹ C war Fahrer des KFZ und damit Kraftfahrzeugführer zum Zeitpunkt des Rennens. Er nahm damit an einem nicht erlaubten Kraftfahrzeugrennen im Straßenverkehr teil.

¹²⁰ BGHSt 66, 294 (298 Rn. 17); vgl. auch BT-Drs. 18/12964, S. 5.

¹²¹ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 315d Rn. 5.

Des Weiteren könnte C dabei den Leib oder das Leben einer anderen Person gefährdet haben. Dabei entspricht der Gefahreneffekt des § 315d Abs. 2 StGB dem des § 315c Abs. 1 StGB.¹²² Im Rahmen der Prüfung des § 315c Abs. 1 StGB wurde festgestellt, dass eine Gefahr für das Leben des D bestand, die sich sogar realisiert hatte. Nach einer in der Literatur geäußerten Ansicht sei aber nicht derselbe Zusammenhang wie bei § 315c Abs. 1 StGB gefordert, da das Wort „dadurch“ bei § 315d Abs. 2 StGB fehle.¹²³ Im Vergleich zu § 315c Abs. 1 StGB soll deswegen nicht der Nachweis erbracht werden müssen, dass die Gefährdung auch bei einem ordnungsgemäßen Verhalten nicht eingetreten wäre.¹²⁴ Trotzdem sind Gefahren, die außerhalb des Schutzzwecks der Norm liegen, nicht zurechenbar.¹²⁵

C hat wegen des Rennens die Höchstgeschwindigkeit auf der Straße erheblich überschritten. Auch die Missachtung der roten Ampel beruhte auf der Teilnahme an dem Rennen. Es hat sich hier gerade die Gefahr realisiert, die durch § 315d StGB pönalisiert ist. Deshalb kann der Eintritt der konkreten Gefahr C zugerechnet werden. Daneben bestand eine konkrete Gefahr für das Auto des D, mit hin für eine fremde Sache von bedeutendem Wert.

Für die Gefährdung von A und B kann auf die Argumentation bei § 315c StGB zurückgegriffen werden.¹²⁶ Das bedeutet, A als bloßer Mitfahrer kann taugliches Tatobjekt sein und wurde ebenfalls konkret gefährdet. B fährt selbst ein KFZ und ist der Gegner des C in deren Wettbewerb. Also nimmt B selbst am Rennen teil i.S.d. § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB und ist damit nicht vom Schutzbereich erfasst.¹²⁷

b) Subjektiver Tatbestand

C hatte Vorsatz bezüglich der Teilnahme an dem verbotenen Kraftfahrzeugrennen. Außerdem nahm er den Tod und damit verbunden konkrete Gefahren für das Leben anderer Personen billigend in Kauf.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

C handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

C hat sich wegen Teilnahme an einem verbotenen Kraftfahrzeugrennen gem. § 315d Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 StGB strafbar gemacht, indem er ein Autorennen gegen B fuhr.

II. § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, Abs. 5 StGB durch die Fahrt

C könnte sich wegen Teilnahme an einem verbotenen Kraftfahrzeugrennen mit Todesfolge gem. § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, Abs. 5 StGB strafbar gemacht haben, indem er gegen B antrat und mit überhöhter Geschwindigkeit fuhr.

¹²² Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 44a Rn. 12.

¹²³ Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315d Rn. 36; Kulhanek, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2024, § 315d Rn. 46.

¹²⁴ Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315d Rn. 36; Kulhanek, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2024, § 315d Rn. 46.

¹²⁵ Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315d Rn. 36; Kulhanek, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2024, § 315d Rn. 46.

¹²⁶ BGH NSTZ 2023, 499 (500 Rn. 11).

¹²⁷ Kulhanek, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2024, § 315d Rn. 47.1.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

C hat das Grunddelikt, § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB, vorsätzlich verwirklicht (siehe oben). Die schwere Folge, der Tod einer Person, wurde kausal durch C verursacht.

Weiterhin müsste ein spezifischer Gefahrezusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge bestehen. Es muss sich gerade eine typische Gefahr des Grunddelikts in der schweren Folge verwirklicht haben.¹²⁸ C fuhr mit deutlich überhöhter Geschwindigkeit und missachtete das Rotlicht, bevor er mit D zusammenstieß. Dem Verhalten des C lag seine Motivation zugrunde, vor B im Ziel anzukommen bzw. das Rennen zu gewinnen. Es hat sich gerade die typische Gefahr eines verbotenen Autorennens im Tod des D verwirklicht und der spezifische Gefahrezusammenhang ist zu bejahen.

b) Subjektiver Tatbestand

C hatte Vorsatz hinsichtlich des Grunddelikts (siehe oben). Weiterhin müsste C bezüglich der schweren Folge „wenigstens fahrlässig“ gehandelt haben, § 315d Abs. 5 StGB i.V.m. § 18 StGB. Wie oben bereits festgestellt wurde, hatte C auch Vorsatz bezüglich des Todes des D. Er kannte auch die Umstände, aus denen sich der spezifische Gefahrezusammenhang ergibt. Folglich handelte C vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

C handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

C hat sich wegen Teilnahme an einem verbotenen Kraftfahrzeugrennen mit Todesfolge gem. § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, Abs. 5 StGB strafbar gemacht.

III. Konkurrenzen

§ 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, Abs. 5 StGB verdrängt den vollendeten § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB.¹²⁹ § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, Abs. 5 StGB steht zum Mord, §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 Gr. 3 Var. 1 StGB, und zur Sachbeschädigung, § 303 Abs. 1 StGB, in Tateinheit. Auch mit der Gefährdung des Straßenverkehrs, § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB, könnte Tateinheit bestehen.¹³⁰ Dies setzt voraus, dass dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt, also kein Fall der Gesetzeskonkurrenz vorliegt. Die §§ 315c und 315d StGB stehen jedoch weder in einem Spezialitäts- noch in einem Subsidiaritäts- oder Konsumtionsverhältnis. Vielmehr erfassen sie verschiedene Arten sorgfaltswidrigen Verhaltens beim Führen von Kraftfahrzeugen und ergänzen sich daher.¹³¹ Durch die Notwendigkeit, die konkrete

¹²⁸ BGHSt 51, 18 (21); Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 18 Rn. 2; Kudlich, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2024, § 18 Rn. 15; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 18 Rn. 8.

¹²⁹ Zieschang, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 315d Rn. 73.

¹³⁰ Kulhanek, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2024, § 315d Rn. 82 ff.; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 315d Rn. 26; Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315d Rn. 45 f.

¹³¹ BGH NStZ 2022, 292 (296 Rn. 47), nicht abgedruckt in BGHSt 66, 294; BGHSt 66, 27 (37 Rn. 21).

Gefahr auf den jeweiligen Verstoß zurückzuführen, wird eine Unrechtsdoppelung vermieden. Somit liegt keine Gesetzeskonkurrenz, sondern Tateinheit vor. In Tatmehrheit (§ 53 StGB) hierzu steht das unerlaubte Entfernen vom Unfallort, § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB.¹³²

B. Strafbarkeit des B

I. §§ 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 25 Abs. 2 StGB durch Vereinbarung, über rote Ampel zu fahren, und Fahrt

B könnte sich wegen mittäterschaftlicher Teilnahme an einem verbotenen Kraftfahrzeugrennen gem. §§ 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er mit C vereinbarte, über die rote Ampel zu fahren, gegen C antrat und mit überhöhter Geschwindigkeit fuhr.

1. Tatbestand

Fraglich ist allerdings, ob eine mittäterschaftliche Zurechnung des Gefahrenerfolgs bei § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB überhaupt möglich ist. Nach einer Ansicht, die von der Rechtsprechung und dem Großteil der Literatur vertreten wird, handelt es sich bei § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB um ein eigenhändiges Delikt, weshalb eine mittäterschaftliche Zurechnung nicht möglich sei.¹³³ Eine Gegenansicht behandelt § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB nicht als eigenhändiges Delikt, weil dieser Deliktstyp grundsätzlich abgelehnt wird¹³⁴ oder es sich zumindest hier um kein eigenhändiges Delikt handle.¹³⁵ Teilweise wird das Grunddelikt als eigenhändiges Delikt eingeordnet, aber eine Zurechnung des Gefahrenerfolgs der Qualifikation solle trotzdem über § 25 Abs. 2 StGB möglich sein.¹³⁶

Nach dem Wortlaut des § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB nimmt der Kraftfahrzeugführer an einem Rennen teil.¹³⁷ Ein Fahrzeug wird geführt, wenn jemand es in Bewegung setzt oder es unter Handhabung seiner technischen Vorrichtungen lenkt.¹³⁸ Die Person muss also eigenhändig die Vorrichtungen des Fahrzeugs bedienen und deshalb muss die Person auch selbst den Gefahrenerfolg des § 315d Abs. 2 StGB herbeiführen.¹³⁹ Ebenfalls spricht die Systematik des Gesetzes für die Auslegung als eigenhändiges Delikt. So werden die §§ 315c, 316 StGB, die vom Führen eines Kraftfahrzeugs sprechen, von der Rechtsprechung und einem Großteil der Literatur als eigenhändige Delikte anerkannt.¹⁴⁰ In Anbetracht der engen Anlehnung des § 315d StGB an § 315c StGB wäre es ein systematischer Bruch,

¹³² Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 315d Rn. 26; Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 315d Rn. 17.

¹³³ BGH NZV 2022, 290 (291 Rn. 15); BGHSt 66, 294 (301 f. Rn. 26 f.); Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 315d Rn. 22; Kulhanek, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2024, § 315d Rn. 51; König, in: LK-StGB, Bd. 17, 13. Aufl. 2021, § 315d Rn. 45; Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315d Rn. 19; Ernemann, in: SSW-StGB, 5. Aufl. 2021, § 315d Rn. 1; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, § 22 Rn. 1010; Zieschang, GA 2021, 313 (327); Preuß, NZV 2017, 105 (109); Neumann, Jura 2017, 160 (169); Zieschang, JA 2016, 721 (725 f.).

¹³⁴ Gerhard/Meglalu, ZJS 2018, 321 (321 f.) m.w.N.

¹³⁵ Mitsch, DAR 2017, 70 (71).

¹³⁶ LG Arnsberg, Urt. v. 20.1.2020 – 2 Ks 15/19 = BeckRS 2020, 11984 Rn. 279; LG Deggendorf, Urt. v. 22.11.2019 – 1 Ks 6 Js 5538/18 = BeckRS 2019, 35102 Rn. 176 (beide Urteile wurden allerdings vom BGH aufgehoben); Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 315d Rn. 16.

¹³⁷ Zieschang, GA 2021, 313 (322).

¹³⁸ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 315c Rn. 3a.

¹³⁹ Zieschang, GA 2021, 313 (322).

¹⁴⁰ Zieschang, GA 2021, 313 (322) m.w.N.

die Begriffe hier anders auszulegen.¹⁴¹ Für die Zurechnung des Erfolgs nach § 25 Abs. 2 StGB spricht ein kriminalpolitisches Argument, weil dies die Bestrafung der anderen Rennteilnehmer vereinfachen würde.¹⁴² Außerdem entspräche dies mehr dem Schutzzweck der Norm, denn es solle auch verhindert werden, dass die Fahrer sich gegenseitig zu immer waghalsigeren Fahrmanövern motivieren.¹⁴³ Diesen Schutzzweck erkennt der BGH auch an.¹⁴⁴ Allerdings können mit dem Verweis auf den Schutzzweck nicht der Wortlaut und die Struktur der Norm übergangen werden.¹⁴⁵

Insgesamt sprechen die besseren Argumente dafür, § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB als eigenhändiges Delikt zu behandeln. Dementsprechend scheidet eine mittäterschaftliche Zurechnung des Gefahrenerfolgs gem. § 25 Abs. 2 StGB aus.

Anmerkung: Eine andere Ansicht ist ebenfalls vertretbar und die Zurechnung des Gefahrenerfolgs wäre dann über § 25 Abs. 2 StGB möglich.

2. Ergebnis

B hat sich nicht wegen mittäterschaftlicher Teilnahme an einem verbotenen Kraftfahrzeugrennen gem. §§ 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er mit C vereinbarte, auch über die rote Ampel zu fahren, gegen C antrat und mit überhöhter Geschwindigkeit fuhr.

II. § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB bezüglich D durch die Fahrt

B könnte sich wegen Teilnahme an einem verbotenen Kraftfahrzeugrennen gem. § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er gegen C antrat und mit überhöhter Geschwindigkeit fuhr.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

B hat als Kraftfahrzeugführer an einem verbotenen Kraftfahrzeugrennen teilgenommen, § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB.

aa) Konkrete Gefahr für D

Fraglich ist, ob durch das Verhalten des B eine konkrete Gefahr für D und sein Fahrzeug entstanden ist. Die Gefahr wurde unmittelbar durch C verursacht. Es kommt aber eine Nebentäterschaft des B in Betracht, wenn sich die Teilnehmer in derselben Rennsituation befinden und zwischen den jeweiligen Mitverursachungsbeiträgen und dem konkreten Gefährdungserfolg ein enger örtlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht.¹⁴⁶ Der jeweilige Rennteilnehmer muss die Gefahr also auch durch

¹⁴¹ BGHSt 66, 294 (302 Rn. 27); *Zieschang*, GA 2021, 313 (322).

¹⁴² *Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 315d Rn. 16; *Jansen*, NZV 2017, 214 (218 f.)

¹⁴³ LG Arnsberg, Urt. v. 20.1.2020 – 2 Ks 15/19 = BeckRS 2020, 11984 Rn. 276; LG Deggendorf, Urt. v. 22.11.2019 – 1 Ks 6 Js 5538/18 = BeckRS 2019, 35102 Rn. 174.

¹⁴⁴ BGH NZV 2022, 290 (291 Rn. 12); BGH NStZ 2022, 292 (295 Rn. 35), nicht abgedruckt in BGHSt 66, 294.

¹⁴⁵ *Zieschang*, GA 2021, 313 (318).

¹⁴⁶ BGHSt 66, 294 (302 f. Rn. 28).

eigenes Verhalten mitverursacht haben.¹⁴⁷ Dies wird mit dem Schutzzweck der Norm begründet, der eben auch die Eskalationsgefahr von Straßenrennen erfassen soll.¹⁴⁸ Der BGH bejahte Nebentäterschaft eines Fahrers bei § 315d Abs. 2 StGB bei einem Überholvorgang, der in einem tödlichen Unfall endete.¹⁴⁹ Der Fahrer, der überholt wurde, hatte den Überholvorgang mitbestimmt und war deswegen mitursächlich für die Kollision.¹⁵⁰ In einem anderen Fall, in dem der andere Rennteilnehmer den Unfallort wenige Sekunden nach der Kollision erreichte, wurde eine Mitverursachung abgelehnt.¹⁵¹

Hier sind die Fahrzeuge des B und C bei Einfahrt in die Kreuzung auf gleicher Höhe. C missachtete die Vorfahrt, um das Rennen gegen B nicht zu verlieren. Das Verhalten des B, die Einfahrt in die Kreuzung mit überhöhter Geschwindigkeit unter Missachtung der Vorfahrt, ist damit auch mitursächlich für die Kollision des C mit D und die damit verbundenen Gefahren. Beide fuhren auf gleicher Höhe in die Kreuzung ein, sodass ein enger örtlicher und zeitlicher Zusammenhang gegeben war. Folglich ist durch das Verhalten des B eine konkrete Gefahr für Leib und Leben des D sowie für sein Fahrzeug entstanden.

bb) Konkrete Gefahr für A

Außerdem könnte B die konkrete Gefahr der Verletzung des A zugerechnet werden. Durch das Verhalten des B wurde C dazu animiert, zu schnell in Kreuzung einzufahren und die Vorfahrt zu missachten (siehe oben). Diese Verkehrsübertretungen führten zur Kollision mit D, wodurch B gezwungen war, eine Vollbremsung vorzunehmen. Diese Vollbremsung, also eine Handlung des B, führte wiederum zu Verletzung des A. Hier hat sich die Eskalationsgefahr des Wettbewerbs im Erfolg realisiert. Deshalb ist die konkrete Gefahr für den Leib des A dem B zuzurechnen.

b) Subjektiver Tatbestand

B hatte Vorsatz bezüglich der Teilnahme an dem verbotenen Kraftfahrzeugrennen. Außerdem ging B davon aus, dass andere Verkehrsteilnehmer zum abrupten Bremsen gezwungen sein könnten, was eine konkrete Gefahr für das bremsende Fahrzeug und dessen Insassen darstellt. Des Weiteren hielt B eine Verletzung der fremden Insassen für möglich und nahm diese in Kauf. B handelte somit vorsätzlich hinsichtlich der konkreten Gefahr für D und dessen Fahrzeug. Allerdings dachte B, dass seinerseits keine Vollbremsung nötig sei und er Kollisionen vermeiden könne. Er hatte somit keinen Vorsatz hinsichtlich der Gefährdung des A.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

B hat sich wegen Teilnahme an einem verbotenen Kraftfahrzeugrennen gem. § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB strafbar gemacht, indem er gegen C antrat und mit überhöhter Geschwindigkeit fuhr.

¹⁴⁷ BGHSt 66, 294 (301 f. Rn. 27).

¹⁴⁸ BGHSt 66, 294 (301 f. Rn. 27).

¹⁴⁹ BGHSt 66, 294 (303 Rn. 30).

¹⁵⁰ BGHSt 66, 294 (303 Rn. 30); kritisch zu der Entscheidung *Zieschang*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 315d Rn. 49; *Zieschang*, JZ 2022, 101 (103 f.).

¹⁵¹ BGH NZV 2022, 290 (292 Rn. 18).

III. § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, Abs. 4 StGB bezüglich A durch die Fahrt

B könnte sich wegen Teilnahme an einem verbotenen Kraftfahrzeugrennen gem. § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, Abs. 4 StGB strafbar gemacht haben, indem er gegen C antrat und mit überhöhter Geschwindigkeit fuhr.

1. Tatbestand

B hat den objektiven Tatbestand des § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB verwirklicht (siehe oben). Die konkrete Gefahr für A müsste er fahrlässig herbeigeführt haben. Bereits die Teilnahme an einem Rennen stellt einen grob verkehrswidrigen Sorgfaltsverstoß dar.¹⁵² Dieser Verstoß hat sich auch in der Verletzung des A realisiert. Diesen Gefahren war A sich nicht bewusst, weshalb eine einverständliche Fremdgefährdung ausscheidet (siehe oben, 2. Tatkomplex A. I. 1. a) cc)). Folglich hat B den Tatbestand des § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, Abs. 4 StGB verwirklicht.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

B hat sich wegen Teilnahme an einem verbotenen Kraftfahrzeugrennen gem. § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, Abs. 4 StGB strafbar gemacht haben, indem er gegen C antrat und mit überhöhter Geschwindigkeit fuhr.

IV. § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, Abs. 5 StGB durch die Fahrt

B könnte sich wegen Teilnahme an einem verbotenen Kraftfahrzeugrennen mit Todesfolge gem. § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, Abs. 5 StGB strafbar gemacht haben, indem er gegen C antrat und mit überhöhter Geschwindigkeit fuhr.

1. Tatbestand

B hat den Tatbestand des § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB vorsätzlich verwirklicht. Die schwere Folge wurde kausal verursacht. Außerdem haben sich gerade die renntypischen Gefahren in der schweren Folge verwirklicht, so dass der spezifische Gefahrenzusammenhang zu bejahen ist.

B müsste mindestens fahrlässig hinsichtlich der schweren Folge gehandelt haben, § 18 StGB. Für B gilt, dass dieser keinen Vorsatz in Bezug auf tödliche Verletzungen hat. Allerdings liegt bereits in der Teilnahme an einem unerlaubten Rennen ein grob verkehrswidriger Sorgfaltsverstoß.¹⁵³ Außerdem war es auch objektiv vorhersehbar, dass es bei einem Rennen mit Geschwindigkeiten von 200km/h innerorts zu einer tödlichen Kollision kommen könne. B handelte somit fahrlässig hinsichtlich der schweren Folge. Der Tatbestand des § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, Abs. 5 StGB ist erfüllt.

¹⁵² Kulhanek, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2024, § 315d Rn. 61.3.

¹⁵³ Kulhanek, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2024, § 315d Rn. 61.3.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

B hat sich wegen Teilnahme an einem verbotenen Kraftfahrzeugrennen mit Todesfolge gem. § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, Abs. 5 StGB strafbar gemacht.

V. Konkurrenzen

Die Strafbarkeit des B gem. § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, Abs. 5 StGB verdrängt die Strafbarkeit nach § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB und nach § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, Abs. 4 StGB¹⁵⁴ sowie nach § 222 StGB.¹⁵⁵ Die Strafbarkeit gem. §§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a, 27 StGB sollte aus Klarstellungsgründen dazu in Tateinheit (§ 52 StGB) stehen.¹⁵⁶

C. Strafbarkeit des A

Die Strafbarkeit des A verändert sich durch die Einbeziehung des § 315d StGB nicht. Auch hier fehlt es an einer Hilfeleistung durch A, der nur widerwillig mitfährt.

¹⁵⁴ LG Deggendorf, Urt. v. 22.11.2019 – 1 Ks 6 Js 5538/18 = BeckRS 2019, 35102 Rn. 220; *Kulhanek*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2024, § 315d Rn. 80; *Renzikowski*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 315d Rn. 12; *Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 315d Rn. 17.

¹⁵⁵ BayObLG, Beschl. v. 22.7.2020 – 207 StRR 245/20 = BeckRS 2020, 17421 Rn. 31; *Kulhanek*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2024, § 315d Rn. 82; *Pegel*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315d Rn. 46; *Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 315d Rn. 17; *Gerhold/Meglalu*, ZJS 2018, 321 (330).

¹⁵⁶ BGH NSTZ 2022, 292 (296 Rn. 47), nicht abgedruckt in BGHSt 66, 294; BGHSt 66, 27 (37 Rn. 21); *Pegel*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315d Rn. 45; *Jäger*, JA 2021, 777 (779).

Fortgeschrittenenübungsklausur: Pferderetter

Wiss. Mitarbeiter Dr. Mehmet Arslan, LL.M., Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jur. Philipp Kiuppis, Bochum*

Sachverhalt

Bei einem nächtlichen Spaziergang sieht Dorfbewohner W aus dem Pferdestall des Bauers B, der im Dorf einige Nebenbuhler hat, Rauch ausströmen. W geht zutreffend davon aus, dass jemand den Stall in Brand gesetzt hat und denkt an die Pferde, die auf der Stelle aus dem Stall herausgelassen werden müssen. Die Pferde sind durch den Brand aufgeschreckt und haben sich in Richtung der Stalltür zurückgezogen, sind aber (noch) nicht zu Schaden gekommen. Um die Tiere zu retten, betritt W den Hofgarten des B, nähert sich dem Stall und merkt, dass die hölzerne Tür mit einem Schloss versehen ist. Um seine Rettungsaktion fortzusetzen, bleibt ihm nichts anderes übrig, als der Tür mit einer dort liegenden Metallstange für einige Zeit Schläge zu versetzen. Die Tür gibt schließlich nach, zerfällt in ihre Einzelteile und ist dann nicht mehr brauchbar. Die ganze Aktion verunsichert die Pferde, die aus dem Stall herauskommend die Gartenzäune umwerfen, diese teilweise zertrampeln und in den nahegelegenen Wald flüchten. B, der es sich zum Zeitpunkt des Brandes im Nachbardorf auf einem Schützenfest gut gehen lässt, kann sie am nächsten Tag alle wieder einsammeln. Der Stall brennt vollständig ab.

Aufgabe

Hat sich W wegen Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht?

Bearbeitungshinweis

Gehen Sie bei der Begutachtung auf alle ernstlich in Betracht kommenden Rechtfertigungsgründe ein.

Alle ggf. erforderlichen Strafanträge sind gestellt.

Lösungsvorschlag

I. Strafbarkeit gem. § 303 Abs. 1 StGB wegen Sachbeschädigung durch das Zerschlagen der Stalltür	1085
1. Tatbestandmäßigkeit.....	1085
a) Objektiver Tatbestand.....	1085
aa) Taugliches Tatobjekt	1085
bb) Taterfolg.....	1085
cc) Kausalität und Objektive Zurechnung	1086
b) Subjektiver Tatbestand	1086

* Die Autoren sind Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Sabine Swoboda an der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum.

2. Rechtswidrigkeit.....	1087
a) Nothilferecht gem. § 32 Abs. 2 Var. 2 StGB	1087
aa) Nothilfelage.....	1087
bb) Nothilfehandlung.....	1087
cc) Zwischenergebnis	1088
b) Notstandshilferecht gem. § 34 StGB	1088
c) Zivilrechtliche Notstandshilferechte gem. §§ 228, 904 BGB	1088
aa) Anwendbarkeit der §§ 228, 904 BGB bei sog. Personenidentität	1088
bb) Defensivnotstandshilfe gem. § 228 BGB.....	1091
(1) Notstandshilfelage	1091
(a) Erste Ansicht	1092
(b) Zweite Ansicht.....	1092
(c) Stellungnahme	1093
cc) Aggressivnotstandshilfe gem. § 904 BGB	1094
(1) Notstandshilfelage	1095
(2) Notstandshilfehandlung	1095
(3) Rettungswille.....	1096
(4) Zwischenergebnis	1096
d) Einwilligung	1096
e) Mutmaßliche Einwilligung	1096
aa) Verfügbarkeit des geschützten Rechtsgutes.....	1097
bb) Verfügungsbefugnis	1097
cc) Einwilligungsfähigkeit	1097
dd) Mutmaßen der Einwilligung	1097
ee) Subjektives Rechtfertigungselement	1097
ff) Zwischenergebnis	1098
f) Geschäftsführung ohne Auftrag.....	1098
aa) Anwendbarkeit.....	1098
bb) Geschäftsbesorgung	1099
cc) Fremdheit des Geschäftes	1099
dd) Fremdgeschäftsführungswille.....	1101
ee) Ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung.....	1101
ff) Berechtigung zur Übernahme der Geschäftsbesorgung	1101
gg) Subjektives Rechtfertigungselement	1102
hh) Ergebnis.....	1102

3. Ergebnis	1102
II. Strafbarkeit gem. § 303 Abs. 1 StGB wegen Sachbeschädigung durch die Flucht der Pferde und das Zertrampeln der Zäune	1102
1. Tatbestandsmäßigkeit	1102
a) Objektiver Tatbestand.....	1102
aa) Hinsichtlich der entlaufenen Pferde.....	1102
bb) Hinsichtlich der Zäune	1103
b) Subjektiver Tatbestand	1103
c) Zwischenergebnis.....	1103
2. Ergebnis	1104
III. Gesamtergebnis.....	1104

I. Strafbarkeit gem. § 303 Abs. 1 StGB wegen Sachbeschädigung durch das Zerschlagen der Stalltür

W könnte sich wegen Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB zulasten des B strafbar gemacht haben, indem er die Stalltür mit der Metallstange zerschlug.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

aa) Taugliches Tatobjekt

Bei der Stalltür¹ müsste es sich um eine für W fremde Sache gehandelt haben. Fremd ist eine Sache i.S.d. § 303 Abs. 1 StGB, wenn sie im Eigentum einer anderen Person als des Täters steht.² Die Stalltür stand im Alleineigentum des B und war nicht herrenlos. Es handelte sich daher um eine für W fremde Sache. Ein taugliches Tatobjekt lag somit vor.

bb) Taterfolg

W müsste die Stalltür beschädigt oder zerstört haben. Zerstören i.S.v. § 303 Abs. 1 StGB liegt vor, wenn infolge einer körperlichen Einwirkung entweder die Existenz einer Sache vernichtet oder die Sache nicht mehr bestimmungsgemäß brauchbar ist.³ Durch das Versetzen von Schlägen ist die Stalltür zerstückelt worden und die zugefügte Substanzverletzung führte zu ihrer unwiederbringlichen Unbrauchbarkeit der Tür.⁴ Damit hat W sie zerstört. Der Taterfolg i.S.d. § 303 Abs. 1 StGB ist folglich gegeben.

¹ Streng genommen ist auf das Grundstück abzustellen. Denn der Pferdestall ist Teil des Grundstücks (§ 94 Abs. 1 BGB) und endgültig eingehängte Türen sind gem. § 94 Abs. 2 BGB wesentlicher Bestandteil des Gebäudes, vgl. zu letzterem LG Konstanz NJW-RR 1997, 499.

² Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 303 Rn. 6.

³ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 24 Rn. 7.

⁴ Stellt man auf den Stall bzw. das Grundstück als Ganzes ab, liegt hingegen eine Beschädigung vor.

cc) Kausalität und Objektive Zurechnung

Den tatbestandlichen Zerstörungserfolg müsste W kausal verursacht haben. Im Sinne der Äquivalenztheorie ist jede Bedingung für den Eintritt des Erfolges ursächlich, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiere.⁵ Hätte W nicht mit der Metallstange auf die Tür geschlagen, wäre diese nicht zerstückelt worden. Dass die Scheunentür ggf. kurze Zeit später durch das Feuer zerstört worden wäre, ist ein unbeachtlicher hypothetischer Kausalverlauf. Ws Handlung war folglich für die Beschädigung der Tür kausal.

Fraglich ist, ob W dieser Erfolg auch objektiv zugerechnet werden kann. Der Erfolgseintritt ist dem Täter objektiv zurechenbar, wenn er ein rechtlich missbilligtes Risiko geschaffen hat, das sich im konkreten Erfolg realisiert hat.⁶ In Betracht kommt bereits ein Ausschluss der Risikoschaffung im Wege der Risikoverringering durch Ws Handlung, bei der er das Schädigungsrisiko nicht rechtlich missbilligt geschaffen hätte.⁷ An einer missbilligten Risikoschaffung fehlt es, wenn der Täter die Situation des Opfers dadurch verbessert hat, indem er die für es bestehende Gefahr durch eine Modifikation des entsprechenden Kausalverlaufes verringert, auch wenn der modifizierte Kausalverlauf zu dem konkreten Erfolg geführt hat.⁸ Anderes soll gelten und das Vorliegen einer missbilligten Risikoschaffung bejaht werden, wenn der Täter die bestehende Gefahr nicht nur abschwächt, sondern durch eine andere ersetzt. Dabei soll nicht mehr darauf ankommen, ob das Opfer im Ergebnis bessergestellt wird.⁹

Eine reine Risikoverringering würde voraussetzen, dass die Tür durch die Handlung des W – die Zerschlagung der Tür – nicht nur in einem anderen, sondern einem besseren Zustand wäre. Ohne das Zerschlagen der Tür wäre diese höchstwahrscheinlich dem Feuer zum Opfer gefallen. Zerstört wäre das Tor aber so oder so, sodass allenfalls eine Risikoauswechslung, nicht aber eine Risikoverringering gegeben ist. W hat daher ein rechtlich missbilligtes Risiko geschaffen, das sich im konkreten Erfolg realisiert hat. Der Erfolg ist W somit auch objektiv zurechenbar.

b) Subjektiver Tatbestand

W müsste auch vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Merkmale.¹⁰ W wollte die Pferde retten. Dafür kam es ihm gerade darauf an, die Stalltür in Stücke zu schlagen. Somit hat er absichtlich, d.h. mit Dolus directus 1. Grades gehandelt und so den subjektiven Tatbestand des § 303 Abs. 1 StGB erfüllt.

⁵ Hilgendorf/Valerius, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2022, § 4 Rn. 25; Kindhäuser/Zimmermann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11. Aufl. 2024, § 10 Rn. 10; Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 2024, § 13 Rn. 3.

⁶ Hilgendorf/Valerius, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2022, § 4 Rn. 46; Kindhäuser/Zimmermann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11. Aufl. 2024, § 11 Rn. 5.

⁷ Ein sog. Retterfall, bei dem sich ein Dritter als Retter beim Eingreifen in den vom Ersttäter herbeigeführten Geschehensablauf verletzt (näher Kindhäuser/Zimmermann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11. Aufl. 2024, § 11 Rn. 56), liegt hier nicht vor, auch wenn W als Retter auftritt. Seine Rechtsgüter sind durch die Rettung nicht betroffen. Damit scheidet die Prüfung eines Retterfalls im Rahmen der objektiven Zurechnung aus.

⁸ Roxin/Greco, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 53; siehe auch Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 2024, § 13 Rn. 59; Joecks/Jäger, *StGB, Studienkommentar*, 13. Aufl. 2021, Vor § 13 Rn. 42 ff.

⁹ Roxin/Greco, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 54.

¹⁰ Hilgendorf/Valerius, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2022, § 4 Rn. 67; Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 2024, § 14 Rn. 5.

2. Rechtswidrigkeit

W müsste auch rechtswidrig gehandelt haben. Grundsätzlich indiziert das Vorliegen der Tatbestandsmäßigkeit die Rechtswidrigkeit einer Handlung.¹¹ Die Rechtswidrigkeit ist aber zu verneinen, wenn dem Täter ein Rechtfertigungsgrund zugutekommt.

a) Nothilferecht gem. § 32 Abs. 2 Var. 2 StGB

Das Verhalten des W könnte durch die Nothilfe gem. § 32 Abs. 2 Var. 2 StGB zu Gunsten des B gerechtfertigt sein. Dafür müsste W durch die Zerstörung der Stalltür einen gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriff abgewehrt haben, indem er in die Rechtsgüter eines Angreifers eingriff.

aa) Nothilfelage

Zunächst müsste sich W in einer Nothilfelage befunden haben. Eine solche liegt bei einem gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriff vor.

Ein Angriff ist jede Bedrohung rechtlich geschützter Individualinteressen durch menschliches Verhalten.¹² Es hat jemand den Stall des B in Brand gesetzt und dadurch dessen Eigentum am Stall, also ein Individualrechtsgut, bedroht. Fraglich ist, ob auch das Eigentum des B an den Pferden bedroht war. Dieses kann gem. § 903 S. 1 BGB nur an einer Sache begründet werden. Nach § 90a S. 1 BGB sind aber Tiere und damit auch die Pferde des B keine Sachen. Dennoch sind auf die Tiere die Vorschriften entsprechend anwendbar, die für Sachen gelten, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist, § 90a S. 3 BGB. Folglich standen auch die Pferde des B in entsprechender Anwendung des § 903 BGB im Eigentum des B.

Der Angriff ist gegenwärtig, wenn die Rechtsgutsverletzung unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch fort dauert. Letzteres ist der Fall, bis die Gefahr abgewendet oder die Rechtsgutsverletzung endgültig eingetreten ist, und zwar auch wenn das Verhalten des Angreifers schon abgeschlossen ist.¹³ Der Stall brannte bereits, das Feuer dehnte sich aus und der Brand konnte sich jederzeit auf die Pferde erstrecken. Im Hinblick auf die Verbrennung der Scheune dauerte die Rechtsgutsverletzung fort und eine Verletzung der Pferde, die vor Brand erschreckt Richtung der Stalltür zurückgezogen und noch nicht zu Schaden gekommen waren, stand unmittelbar bevor. Folglich war der Angriff gegenwärtig.

Der Angriff ist rechtswidrig, wenn der Angreifer seinerseits nicht gerechtfertigt ist.¹⁴ Ein entsprechender Rechtfertigungsgrund ist nicht ersichtlich. Insgesamt hat es daher eine Nothilfelage gegeben.

bb) Nothilfehandlung

Das Zerschlagen der Stalltür durch W müsste eine Nothilfehandlung gem. § 32 Abs. 2 Var. 2 StGB gewesen sein. Diese muss gegen den Angreifer vorgenommen werden.¹⁵ Das Zerschlagen der Tür

¹¹ Kritisch hiergegen *Joecks/Jäger*, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, Vor § 32 Rn. 1; *Schlehofer*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, vor § 32 Rn. 39.

¹² *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 18 Rn. 6; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2024, § 16 Rn. 6.

¹³ *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 18 Rn. 23.

¹⁴ *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 18 Rn. 28.

¹⁵ BGH NJW 2010, 2963 (2965); *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2022, § 5 Rn. 36; *Fateh-Moghadam/Kohake*, ZJS 2012, 98 (101); *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 18 Rn. 31; a.A.

richtete sich aber nicht gegen die Rechtsgüter des Nebenbuhlers, sondern gegen die des angegriffenen B selbst. Mangels Verteidigung lag damit keine Nothilfebehandlung vor.

cc) Zwischenergebnis

W kann sich daher mangels Nothilfebehandlung nicht auf Nothilfe i.S.v. § 32 Abs. 2 Var. 2 StGB berufen.

Anmerkung: Es ist umstritten, ob das Mitleid eines Retters mit schutzbedürftigen Tieren als Individualrechtsgut¹⁶ oder Tiere i.S.d. § 32 StGB als „anderer“¹⁷ angesehen werden können. Auch wenn man das Mitleid des W mit den durch den Brand gefährdeten Pferden als notwehrfähiges Rechtsgut oder eine Nothilfe zu Gunsten der Pferde annimmt, bleibt der Umstand unverändert, dass W ins Eigentum des B, der kein Angreifer war, eingegriffen hat. Folglich kommt auch unter den beiden genannten Aspekte keine Notwehr bzw. Nothilfe zu Gunsten der Pferde in Betracht.

b) Notstandshilferecht gem. § 34 StGB

Das Zerschlagen der Stalltür durch W könnte aber durch eine Notstandshilfe gem. § 34 StGB gerechtfertigt gewesen sein. W wirkte aber auf eine Sache, nämlich die Stalltür ein, die im Eigentum des B stand. Deswegen kommt § 34 StGB nicht in Betracht und zivilrechtliche Notstandsrechte gem. §§ 228, 904 BGB treten als *leges speciales* an die Stelle des allgemeinen Notstandsrechts des § 34 StGB.¹⁸

c) Zivilrechtliche Notstandshilferechte gem. §§ 228, 904 BGB

aa) Anwendbarkeit der §§ 228, 904 BGB bei sog. Personenidentität

Fraglich ist allerdings, ob die zivilrechtlichen Notstandshilferechte auch in den Fällen anwendbar sind, in denen die sich gegen das Rechtsgut eines anderen richtende Gefahr (hier: die Gefahr der brennenden Scheune für das Eigentum des B an den Pferden – siehe oben –) durch einen Eingriff in das Rechtsgut derselben Person (Eigentum des B an der Stalltür) abgewendet werden soll, folglich die Erhaltungs- und Eingriffsrechtsgüter auf persönlicher Ebene identisch sind (sog. Personenidentität bzw. interpersonaler Interessenkonflikt).¹⁹

Pawlik, in: Bormann, Lebensbeendende Handlungen, Ethik, Medizin und Recht zur Grenze von ‚Töten‘ Und ‚Sterbenlassen‘, 2017, S. 667 (669 ff.).

¹⁶ Verneinend *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 8; *Lenk/Ritz*, JA 2020, 507 (508); i.R.d. § 34 StGB bejahend *Hotz*, NJW 2018, 2066 (Anm. zu OLG Naumburg NJW 2018, 2064).

¹⁷ Bejahend LG Magdeburg BeckRS 2017, 130506; ablehnend *Pfohl*, in: MüKo-StGB, Bd. 7, 4. Aufl. 2022, TierSchG § 17 Rn. 170; *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2022, § 5 Rn. 21 (Rechtsgüter des Einzelnen sind notwehrfähig); *Joecks/Jäger*, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 32 Rn. 55a; *Lenk/Ritz*, JA 2020, 507 (509); *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 18 Rn. 9a; zum Streit siehe auch *Felde/Ort*, ZJS 2018, 468 (471).

¹⁸ *Lakkis*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2024, § 904 Rn. 9; *Frisch*, Strafrecht, Examenswissen, 2022, § 4 Rn. 51; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2024, § 15 Rn. 14 und § 17 Rn. 12.

¹⁹ Die gleiche Frage stellt sich auch i.R.d. § 34 StGB: *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 8 Rn. 34 hält § 34 StGB anwendbar; so auch *Zieschang*, in: LK-StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, § 34 Rn. 31 (Berücksichtigung der erteilten oder nicht erteilten Einwilligung sowie deren Wirksamkeit im Rahmen der Interessenabwägung betonend); *Joecks/Jäger*, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 34 Rn. 11 (im Grundsatz anwendbar); für die Anwendbarkeit des § 34 StGB bei sog. indirekter Sterbehilfe siehe auch BGH NJW 2001, 1802 (1803) = BGHSt 46, 279; so auch *Neumann*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 34 Rn. 37; vgl. BGH NJW 2010, 2963 (2965) den interpersonalen Interessenkonflikt bei sog. passiver Sterbehilfe für die Anwendbarkeit des § 34 StGB nicht als hinderlich erwähnend, wobei als Eingriffsgut das Leben nicht in Betracht komme; BGH NSTz 2020,

Der Wortlaut der §§ 228, 904 BGB könnte dafürsprechen, auch im Fall der Personenidentität die zivilrechtlichen Notstandsregeln anzuwenden. § 228 BGB scheint die Notstandshilfeflage zu erfassen, in der der Notstandshelfer auf eine *ihm* „fremde“ Sache des „anderen“ einwirkt, um von dessen Rechtsgütern die Gefahr abzuwenden, solange von der gleichen Sache eine Gefahr ausgeht. Insofern würden auch Fälle § 228 BGB unterfallen, in denen die Rechtsgüter des Notstandshilfebegünstigten (hier: das Eigentum an Pferden) durch eigene Sachen (hier: brennende Scheune) gefährdet werden. Solange die gefahrbringende Sache nicht im Eigentum des Notstandshelfers steht, wäre die Notstandslage nach § 228 BGB nicht ausgeschlossen.²⁰ Entsprechend wird in der zivilrechtlichen Literatur angenommen, dass die Sache fremd ist, wenn sie im Eigentum einer Person steht, die vom Handelnden verschieden ist.²¹ Bei einem Notstandshelfer wäre das grundsätzlich gegeben, wenn er nicht eine eigene Sache aufopfert.²²

Auch beim Aggressivnotstand ist mit dem Abstellen auf den Wortlaut des § 904 BGB nicht ausgeschlossen, dass eine Notstandshilfeflage unter diese Vorschrift fällt, in der der Eigentümer die Einwirkung des Notstandshelfers als „eines anderen“ in sein Eigentum (hier: Stalltür) nicht verbieten darf, wenn diese zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig ist, die sich gegen die Rechtsgüter des Eigentümers selbst (hier: Eigentum an Pferden) richtet.²³

Gegen die Heranziehung der §§ 228, 904 BGB in den Fällen des interpersonalen Interessenkonflikts spricht allerdings erstens, dass diese Vorschriften Wertungen enthalten bzw. Zwecke verfolgen, deren Erfüllung in Fällen der Personenidentität ins Leere läuft. Dass der Eigentümer einer Sache nach § 904 BGB nicht berechtigt ist, die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten, wenn unter anderem der drohende Schaden gegenüber dem ihm entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist, lässt sich durch den Gedanken der Solidarität bzw. Aufopferung plausibel machen²⁴; die dem Eigentümer als sog. Unbeteiligter²⁵ durch § 904 BGB auferlegt wird (sog. Duldungspflicht). Bei einem interpersonalen Interessenkonflikt kann aber weder von Aufopferung eigenen Eigentums für einen anderen noch von seinem Unbeteiligtsein geredet werden. Hieran ändert sich auch nichts, wenn ein Notstandshelfer an der Stelle des Eigentümers auf sein Eigentum einwirkt. Die Beteiligung eines Drit-

29 (31) soweit es um Körperverletzung bei sog. indirekter Sterbehilfe geht, sei die ausdrückliche bzw. konkludente (§ 228 StGB) oder mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund heranzuziehen; im Hinblick auf die allgemeine Anwendbarkeit des § 34 StGB bei sog. Personenidentität dagegen a.A. *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 13/34 und 15/16; bei Personenidentität die Anwendung des § 34 StGB ablehnend auch *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2024, § 17 Rn. 3 (Mutmaßliche Einwilligung bzw. Geschäftsführung ohne Auftrag ist anwendbar); *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 33; zutreffend: Niemand schuldet sich selbst eine „Mindestsolidarität“: *Rönnau*, in: LK StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, Vor §§ 32 ff. Rn. 78; *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 34 Rn. 6; *Mitsch*, Strafrecht in der Examensklausur, 2022, § 10 Rn. 9 zutreffend: Autonomie des Gefährdeten darf durch eine aufgedrängte Notstandshilfe nicht unterlaufen werden; *Schroth*, JuS 1992, 476 (478); differenzierend *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 19 Rn. 44; gegen die Anwendbarkeit des § 34 StGB bei sog. indirekter Sterbehilfe *Hoven*, NSTZ 2018, 283 (284 – Anm. zu LG Hamburg NSTZ 2018, 281); auch im Kontext der sog. aktiven Sterbehilfe bzw. des Behandlungsabbruchs als sog. passive Sterbehilfe von der Nichtanwendbarkeit des § 34 StGB ausgehend, *Pawlik*, in: Bormann, Lebensbeendende Handlungen, Ethik, Medizin und Recht zur Grenze von ‚Töten‘ Und ‚Sterbenlassen‘, 2017, S. 667 (682); *Fateh-Moghadam/Kohake*, ZJS 2012, 98 (101).

²⁰ *Dennhardt*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 228 Rn. 7; *Grothe*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 228 Rn. 7.

²¹ *Grothe*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 228 Rn. 7.

²² *Dennhardt*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 228 Rn. 13.

²³ *Brückner*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 904 Rn. 5 (Es ist belanglos, wessen Rechtsgut gefährdet ist.).

²⁴ *Grothe*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 228 Rn. 1; *Brückner*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 904 Rn. 1; in der strafrechtlichen Literatur wird bei § 904 BGB die Solidaritätspflicht als Ratio der Vorschrift genannt, *Zieschang*, in: LK-StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, § 34 Rn. 19; *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2022, § 5 Rn. 95; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 9 Rn. 17.

²⁵ *Dennhardt*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 228 Rn. 1; *Lakkis*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 904 Rn. 4.

ten rührt an dem interpersonalen Interessenkonflikt nichts. Ferner ergibt auch der Verhältnismäßigkeitsmaßstab des § 904 BGB erst vor dem Hintergrund einer Personenverschiedenheit Sinn, wenn der Eigentümer ein Unbeteiligter ist und ein Dritter von ihm einen Solidaritätsbeitrag verlangt, der aber limitiert ist. Einen weitergehenden Verhältnismäßigkeitsmaßstab schreibt dagegen § 228 BGB vor, der von dem Grundsatz der Personenverschiedenheit ausgehen muss. Hiernach ist die Beschädigung oder Zerstörung einer Sache schon gerechtfertigt, wenn der angerichtete Schaden nicht außer Verhältnis zur drohenden Gefahr steht. Die unterschiedlichen Verhältnismäßigkeitsanforderungen lassen sich dadurch begründen, dass die abzuwendende Gefahr bei § 904 BGB nicht von der beschädigten bzw. zerstörten Sache ausgeht und bei § 228 BGB genau das der Fall ist. Allerdings ist auch die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei § 228 BGB nur einleuchtend, wenn der Eigentümer, von dessen Sache für einen anderen Gefahr ausgeht, für mehr einsteht als bei § 904 BGB.²⁶ Entsprechend wird angenommen, dass § 228 BGB auf dem Grundsatz des *höherwertigen* Interesses basiert und dieser Grundsatz erst dann begründend und leitend sein kann, wenn der Interessenkonflikt zwischen zwei unterschiedlichen Personen entsteht.²⁷ Ein Interessenkonflikt, der nach den Grundsätzen des höherwertigen Interesses nach § 228 BGB oder des sozialen Aufopferungsgedankens nach § 904 BGB zu lösen wäre, liegt schlichtweg nicht vor, wenn die Erhaltungs- und Eingriffsgüter derselben Person gehören, also ein interpersonaler Interessenkonflikt vorliegt.²⁸ Auch die Unterschiede in den Verhältnismäßigkeitsmaßstäben ergeben im Falle einer Personenidentität keinen haltbaren Sinn.

Zweitens kann die Heranziehung der §§ 228, 904 BGB in Fällen des interpersonalen Interessenkonflikts zur Folge haben, dass zivilrechtlich nicht nur die Berechtigung des Eigentümers, über eigene Sache nach Belieben zu verfügen (§ 903 BGB) und sie ggf. zu vernichten bzw. die Vernichtung geschehen zu lassen,²⁹ sondern auch der Grundsatz, dass jeder grundsätzlich das Recht hat, seine eigene Angelegenheit selbst zu regeln,³⁰ nicht hinreichend berücksichtigt werden. Dies lässt sich vermeiden, wenn bei Eingriffen eines Notstandshelfers in entsprechenden Fällen die zivilrechtlichen Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 677 ff. BGB³¹ und strafrechtlichen Regeln der Einwilligung oder der mutmaßlichen Einwilligung herangezogen werden. Diese Rechtfertigungsgründe vermögen eher sowohl die Interessenlage als auch den Willen des Eigentümers hinreichend zur Geltung kommen zu lassen.

Aus den oben genannten Gründen wäre die Anwendbarkeit der §§ 228, 904 BGB auf Ws Handlung abzulehnen, soweit es um den Schutz des Eigentums des B an den Pferden durch die Zerstörung der Stalltür geht. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob angesichts des Umstandes, dass als notstandsfähiges Rechtsgut nicht nur das Eigentum des B an den Pferden, sondern auch das Tierwohl als Allgemeinrechtsgut in Betracht kommt, eine weitere Überlegung anzustellen ist. Dass auch das Tierwohl

²⁶ Vgl. *Dennhardt*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 228 Rn. 1; *Brückner*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 904 Rn. 1.

²⁷ Vgl. *Dennhardt*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 228 Rn. 1; *Grothe*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 228 Rn. 1; *Brückner*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 904 Rn. 1.

²⁸ Zu einem anderen Schluss käme man, wenn man für §§ 223, 904 BGB eine Ich-Spaltung des Eigentümers vornehmen (dann interpersonaler Interessenkonflikt) oder die Interessen der Allgemeinheit an dem Schutz des Eigentums des Eigentümers selbst ihm gegenüberreten lassen würde. Freilich würde man sinnvolle Grenzen einer bürgerlichen Privatrechtsordnung mit solchen Überlegungen sprengen. Diese sind eher gewahrt, wenn man bei Grundsätzen bleibt, dass niemand einen Anspruch bzw. Recht gegen sich selbst haben kann und die Privatautonomie des Einzelnen zu respektieren ist.

²⁹ *Brückner*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 903 Rn. 23.

³⁰ *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, 48. Aufl. 2024, § 35 Rn. 2; *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 19. Aufl. 2024, § 42 Rn. 3; siehe auch *Hotz*, JuS 2019, 8 (12).

³¹ Siehe etwa im Zusammenhang mit Feuerwehreinsätzen BGH NJW 1976, 748 (749); BayObLGZ 2002, 35 ff.; siehe auch *Lakkis*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2024, § 904 Rn. 53–56.

als ein solches Rechtsgut anzusehen ist, ist spätestens nach der Einführung des Art. 20a GG in Verbindung mit dem Tierschutzgesetz in der Rechtsprechung³² und Literatur³³ anerkannt. Die oben gezogene Schlussfolgerung, dass zivilrechtliche Notstandsrechte bei sog. Personenidentität nicht anwendbar sind, greift dann nicht, wenn nicht nur die Personenidentität wegfällt, sondern auch der Schutz des einschlägigen Allgemeinrechtsguts entsprechend dem Grundsatz des höherwertigen Interesses oder der Aufopferung berechtigt, die Verfügungsbefugnis des Eigentümers, grundsätzlich mit seinen Tieren nach eigenem Belieben zu verfahren,³⁴ einzuschränken. Demnach ist das Tierwohl ein Rechtsgut der Allgemeinheit und nicht nur eine Angelegenheit des B. Die Eigentümerstellung des B ist in seinem Verhältnis zur Allgemeinheit nur hinsichtlich der Stalltür anzunehmen. Insofern liegt kein interpersonaler Interessenkonflikt vor, wenn er im Hinblick auf den Schutz der Rechtsgüter der Allgemeinheit an seinem Eigentum Unbeteiligter ist. Zum Schutz der Interessen der Allgemeinheit am Wohl der betroffenen Pferde können deshalb §§ 228, 904 BGB herangezogen werden. Folglich sind sie auf Ws Handlung doch anwendbar.

bb) Defensivnotstandshilfe gem. § 228 BGB

W könnte gem. § 228 BGB durch einen Defensivnotstand gerechtfertigt sein.

Anmerkung: Angesichts der niedrigeren Schwelle im Rahmen der Verhältnismäßigkeit (siehe oben) empfiehlt es sich bei den Notstandsnormen des BGB, mit § 228 BGB zu beginnen.

(1) Notstandshilfeflage

Zunächst müsste sich W in einer Notstandshilfeflage befunden haben. Eine solche liegt bei einer gegenwärtigen Gefahr durch eine fremde Sache für ein Rechtsgut vor.

Notstandsfähig sind Rechtsgüter aller Art.³⁵ Hierunter fällt wie bereits festgestellt als Allgemeinrechtsgut auch das Tierwohl, welches Gegenstand des Art. 20a GG als verfassungsrechtlich anerkannter Wert und der besonderen Vorschriften des Tierschutzgesetzes ist. Das Tierwohl umfasst unter anderem das Leben, Wohlbefinden und die Unversehrtheit des Tieres.³⁶ Durch den Brand standen das Leben und Unversehrtheit der Pferde auf dem Spiel. Diese waren erschreckt und hatten sich Richtung Stalltür zurückgezogen, wobei sie noch nicht beschädigt waren.

Eine gegenwärtige Gefahr liegt vor, wenn der Eintritt eines Schadens wahrscheinlich ist.³⁷ Die Pferde waren in einer brennenden Scheune eingesperrt. Dementsprechend wären sie bei ungehindertem Fortlauf der Geschehnisse aller Wahrscheinlichkeit nach erstickt oder verbrannt. Leben und Unversehrtheit der Pferde waren damit in gegenwärtiger Gefahr.

Die Gefahr müsste aber auch von der Sache ausgehen, auf die der Notstandshelfer einwirkt. Den

³² I.R.d. § 34 StGB OLG Naumburg NJW 2018 2064, 2065; LG Magdeburg BeckRS 2017, 130506.

³³ *Dennhardt*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 228 Rn. 4; *Rövekamp*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.9.2024, § 228 Rn. 11; *Ellenberger*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 228 Rn. 3; *Grothe*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 228 Rn. 6 (Rechtsgut „einer anderen Person“); *Esser/Wasmeier*, JuS 2022, 421 (422); *Gerhold/Noetzel*, JuS 2022, 993 (994); im Zusammenhang mit § 34 StGB *Zieschang*, in: LK-StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, § 34 Rn. 53; *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 72; *Lenk/Ritz*, JA 2020, 507 (510); krit. *Hotz*, NJW 2018, 2066.

³⁴ Zu Einschränkungen siehe *Brückner*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 903 Rn. 66.

³⁵ *Ellenberger*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 228 Rn. 3; *Böse/Tomiak*, ZIS 2021, 123 (131).

³⁶ *Metzger*, in: *Erbs/Kohlhaas*, Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar, 225. Lfg., Stand: März 2019, TierSchG § 1 Rn. 4 ff.; *Böse/Tomiak*, ZIS 2021, 123 (131).

³⁷ *Ellenberger*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 228 Rn. 4.

Brand hatte ein Nebenbuhler des B gelegt. Dadurch ist die Scheune entflammt, wobei die Stalltür, die W zerschlagen hat, von den Flammen noch nicht erfasst war. Fraglich ist daher, wie eng die Gefahr mit der beschädigten bzw. zerstörten Sache verbunden sein muss.³⁸

(a) Erste Ansicht

Unter Berufung darauf, dass § 228 BGB nicht nur die entsprechende Sachbeschädigung als Notstandshandlung rechtfertigt, sondern den Notstandsrechtübenden auch von der Schadensersatzpflicht befreit, wird in der zivilrechtlichen Literatur zum Teil vertreten, dass die Sache selbst unmittelbar von sich heraus die Gefährdung des Rechtsgutes begründen muss.³⁹ Ist dagegen die beschädigte oder zerstörte Sache ein Medium, das die Gefahr weiterleitet, so gehe die Gefahr nur mittelbar von ihr aus. Sachgerechter wäre in solchen Fällen, die Beschädigung einer solchen Sache den engeren Voraussetzungen des Aggressivnotstands gem. § 904 BGB (siehe oben) zu unterwerfen.⁴⁰ Eine von der Sache selbst heraus drohende Gefahr sei etwa abzulehnen, wenn sie von einem Dritten als Werkzeug bzw. Angriffsmittel benutzt wird. In diesem Fall böten je nachdem Notwehr oder auch der Aggressivnotstand eine sachgerechtere Konfliktlösung an.⁴¹

W hat die Stalltür zerschlagen. Diese ist als wesentlicher Bestandteil der bereits von Flammen erfassten Scheune (§ 94 Abs. 2 BGB) anzusehen,⁴² von der unmittelbar eine Gefahr für die Pferde ausging. Die hölzerne Stalltür selbst war nicht nur ein Hindernis für die Pferde, um vor dem Brand zu fliehen und ins Freie zu gelangen, sondern hätte jederzeit in Flammen aufgehen und auch dadurch unmittelbare Quelle der Gefahr werden können. Fraglich ist jedoch, wie die Umstände zu bewerten sind, dass eine unmittelbare Gefahr für die Pferde zwar von der Scheune und Tür ausging, diese Gefahr jedoch nicht aus diesen selbst heraus entsprang, sondern in sie von einem Dritten gelegt wurde, folglich von fremdem Ursprung war. Als Werkzeug bzw. Mittel sind die Scheune und Stalltür zur Gefährdung der Pferde nicht benutzt worden. Vielmehr waren sie und Pferde selbst Ziele eines fremden Angriffs. Im Ergebnis fungierten die Scheune und Stalltür als Medium, das die ursprüngliche Gefahr bzw. Gewalt weiterleitete (a.A. vertretbar). Nach der ersten Ansicht läge somit keine Notstandslage im Sinne des Defensivnotstands aus § 228 BGB vor.

(b) Zweite Ansicht

Eine andere Ansicht in der zivilrechtlichen Literatur lehnt es ab, auf die Unmittelbarkeit der Sache als Quelle bzw. Verursacher der Gefahr selbst abzustellen. Insofern gehe die Gefahr nicht nur von Sachen aus, die ohne äußere Wirkung von sich aus dysfunktional werden (etwa ein implodierendes

³⁸ Siehe hierzu auch *Esser/Wasmeier*, JuS 2022, 422 f.; *Böse/Tomiak*, ZIS 2021, 123 (131 f.).

³⁹ *Ellenberger*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 228 Rn. 6; siehe auch Beispiele in der strafrechtlichen Literatur *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2022, § 5 Rn. 93 (Wachhund); *Joecks/Jäger*, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 34 Rn. 6 (streunender Hund); *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2024, § 17 Rn. 49 (gefährliche Maschine); *Zieschang*, in: LK-StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, § 34 Rn. 14 (Entlaufener Hund und rammendes nicht ordnungsgemäß an einem Hang abgestelltes Fahrzeug); *Otto*, Übungen im Strafrecht, 6. Aufl. 2005, S. 47 (Auf einen anderen Hund losgehender Hund); *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 9 Rn. 15 (brennendes Haus).

⁴⁰ *Grothe*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 228 Rn. 8; ähnlich *Otto*, Übungen im Strafrecht, 6. Aufl. 2005, S. 48 f. (ausgeliehener Regenschirm als Waffe, um eine von einem Hund ausgehende Gefahr abzuwenden).

⁴¹ Vgl. *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2024, § 904 Rn. 6; *Lakkis*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2024, § 904 Rn. 19; *Ellenberger*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 228 Rn. 6; *Grothe*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 228 Rn. 8; siehe auch LG Frankfurt a.M., Urt. v. 8.2.2023 – 2-01 S 64/22 = r+s 2023, 574 (Von der Tür des Dachbodens, wo die Tauben eingesperrt waren, ging für diese keine Gefahr aus. Hierfür sei § 904 BGB einschlägig.).

⁴² Vgl. *Stresemann*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 94 Rn. 23.

Fernsehgerät). Es reiche auch, dass die Gefahr durch die Sache vermittelt wird, wie etwa bei Naturgewalten. Deshalb komme es bei der Feststellung, ob die Gefahr von der Sache droht, zunächst auf die kausale Verknüpfung zwischen der Gefahr und der Sache an. Allerdings sei auch bei einer reinen Kausalitätsbetrachtung eine Abgrenzung zu § 904 BGB erforderlich. So gehe etwa von einem Kfz keine Gefahr aus, wenn es zufällig vor einem brennenden Haus steht. Die Beschädigung, die durch einen Sprung aus dem Haus auf das Kfz verursacht wurde, kann nicht nach § 228 BGB gerechtfertigt werden.⁴³

Im Sinne der zweiten Ansicht lag es so, dass die Tür als Hindernis dastand und den Brand jederzeit vermitteln konnte. Deshalb ist anzunehmen, dass die Stalltür für Pferde eine Gefahrquelle i.S.d. § 228 BGB war. Dass der Brand von einem Dritten gelegt wurde bzw. ursprüngliche Quelle der Gefahr ein Dritter war, ändert daran grundsätzlich nichts. Die Tür war nicht zufällig an der Scheune. Eine nur reine zufällig zustande gekommene Verursachung der Gefahr durch die Stalltür lag somit auch nicht vor. Deshalb ging die Gefahr von der Tür aus (a.A. vertretbar). Nach der zweiten Ansicht wäre eine Notstandslage i.S.d. § 228 BGB anzunehmen.

(c) Stellungnahme

Beide Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Deshalb ist ein Streitentscheid erforderlich. Im Hinblick auf die erste Ansicht ist anzumerken, dass eine Werkzeugeigenschaft der Stalltür vor dem Hintergrund, dass hier als notstandfähiges Allgemeinrechtsgut Tierwohl einschlägig ist, nicht völlig abwegig ist. Auch ist ihr im Ergebnis zuzustimmen: Es lässt sich (gegen die zweite Ansicht) anführen, dass der Eigentümer einer Sache in der Regel nichts dafür kann, dass seine Sachen von Dritten zur Gefährdung des Tierwohls eingesetzt werden. Aus diesen Gründen ist eine Notstandslage im Sinne des Defensivnotstands aus § 228 BGB abzulehnen (a.A. vertretbar).

Anmerkung: Sollte man im Ergebnis eine Notstandslage i.S.v. § 228 BGB bejahen, so ist wie folgt weiter zu prüfen:

Fortsetzung der Notstandshilfefolge:

Fremdheit der Sache: Dem Notstandshelfer müsste die Sache, von der Gefahr für das notstandsfähige Rechtsgut ausgeht, fremd sein. Die Sache ist grundsätzlich fremd, wenn sie im Eigentum einer Person steht, die vom Handelnden verschieden ist.⁴⁴ Bei einem Notstandshelfer ist das grundsätzlich gegeben, wenn er nicht eine eigene Sache aufopfert⁴⁵ oder die Sache herrenlos ist. Bedenken, die bei der sog. Personenidentität im Hinblick auf die Anwendbarkeit des § 228 BGB entstehen, sind ausgeräumt, wenn der Notstandshelfer zum Schutz eines Allgemeinrechtsguts tätig wird (siehe oben). Folglich war die Stalltür für W fremd.

Abwendung der Gefahr von einem „anderen“: Der Notstandshelfer müsste die Gefahr, die von einer fremden Sache für das notstandsfähige Rechtsgut ausgeht, von einem „anderen“ abgewendet haben.

⁴³ *Dennhardt*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 228 Rn. 6; ähnlich *Rövekamp*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.9.2024, § 228 Rn. 18; keinen engen Zusammenhang zwischen der Sache und der drohenden Gefahr verlangend auch *Aiwanger*, r+s 2023, 575; so auch in der strafrechtlichen Literatur *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 20 Rn. 9 (im Hinblick auf eine Drohne, die von einem Dritten zur Verletzung der Persönlichkeitsrechte verwendet wird, unter Berufung auf AG Riesa BeckRS 2019, 11922, das aber im Hinblick auf Quellen der Gefahr keine ausdrückliche Unterscheidung zwischen §§ 228, 904 BGB vornimmt); ähnlich wohl auch *Böse/Tomiak*, ZIS 2021, 123 (132 – solange die Gefahr im äußeren Erscheinungsbild einer Sache selbst besteht, ist irrelevant, dass sie von Drittpersonen geschaffen wurde.).

⁴⁴ *Grothe*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 228 Rn. 7.

⁴⁵ *Dennhardt*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 228 Rn. 13.

Unter Zugrundelegung der Abstellung auf das Allgemeinrechtsgut Tierwohl hat W die Gefahr für das Wohl der Pferde von der Allgemeinheit abgewendet.

Eine Notstandslage nach § 228 BGB wäre damit gegeben.

(2) Notstandshilfehandlung

Indem W die Stalltür zerstörte, müsste er eine Notstandshilfehandlung i.S.d. § 228 BGB vorgenommen haben, die geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist. Die Notstandshilfehandlung nach § 228 BGB besteht darin, die Sache, von der die Gefahr ausgeht, zu beschädigen oder zu zerstören.⁴⁶ W hat die Stalltür, von der für die Pferde Gefahr ausging, zerstört.

Die Notstandshilfehandlung ist geeignet, wenn sie zur Abwendung der Gefahr beitragen kann. Die Zerstörung der Stalltür hat dazu geführt, dass die Pferde rausgehen und der Gefahr entkommen konnten, sodass Ws Handlung geeignet war.

Die Notstandshilfehandlung ist nicht erforderlich, wenn die Gefahr auf eine andere Weise abgewendet werden konnte. Dabei ist ein objektiver Maßstab anzulegen.⁴⁷ Von den mehreren gleich geeigneten Abwehrmöglichkeiten ist die auszuwählen, die am wenigsten schädigend ist.⁴⁸

Das Zerstören der Tür war die einzige erkennbare Alternative, um die Pferde zu retten. Die Tür war mit einem Schloss versehen. W konnte die Tür nur aufbrechen, indem er ihr mit einer dort liegenden Metallstange für einige Zeit Schläge versetzte. Staatliche Hilfe hätte die Rettung nicht gewährleisten können. Auch war B zum Zeitpunkt des Brandes auf dem Schützenfest im Nachbardorf und für W nicht erreichbar. Die Notstandshilfehandlung des W war damit auch erforderlich.

Die Notstandshilfehandlung ist verhältnismäßig, wenn der angerichtete Schaden nicht außer Verhältnis zur abgewendeten Gefahr steht. Die erforderliche Abwägung ist auf der Basis allgemeiner Wertanschauungen vorzunehmen, die sowohl wirtschaftliche als auch ideelle Werte umfassen.⁴⁹ Hier stand das Leben bzw. das körperliche Wohlbefinden mehrerer Pferde dem Sachwert eines schlichten Holztors gegenüber, das zudem ohnehin später durch das Feuer zerstört worden wäre. Es kann also nicht davon ausgegangen werden, dass der Wert des Holztors das Leben der Pferde unverhältnismäßig überstiegen hätte. Insofern war die Notstandshilfehandlung auch verhältnismäßig i.S.d. § 228 BGB.

(3) Abwehrwille

Die Notstandshilfehandlung muss schließlich in Kenntnis der Notstandslage und der Notstandshandlung mit dem Willen vorgenommen worden sein, die drohende Gefahr abzuwehren.⁵⁰ W ging zutreffend davon aus, dass die Pferde durch das Feuer bedroht sind und mit der absichtlich herbeigeführten Zerstörung der Tür wollte er die drohende Gefahr einer schweren Beeinträchtigung des Wohls der Pferde abwenden. Deshalb handelte er mit Abwehrwillen.

Zwischenergebnis: W wäre also nach § 228 StGB gerechtfertigt.

cc) Aggressivnotstandshilfe gem. § 904 BGB

Ws Handlung könnte wegen Aggressivnotstandshilfe gem. § 904 BGB gerechtfertigt sein.

⁴⁶ Ellenberger, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 228 Rn. 7.

⁴⁷ Ellenberger, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 228 Rn. 7.

⁴⁸ Grothe, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 228 Rn. 9; so auch *Dennhardt*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 228 Rn. 8.

⁴⁹ Grothe, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 228 Rn. 10.

⁵⁰ Ellenberger, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 228 Rn. 7.

(1) Notstandshilfelage

Zunächst müsste eine Notstandshilfelage vorgelegen haben, in der W bei gegenwärtiger Gefahr für ein notstandsfähiges Rechtsgut auf eine fremde Sache eingewirkt hat.

I.S.d. § 904 BGB sind Rechtsgüter jeder Art notstandsfähig.⁵¹ Hierunter fällt auch das Tierwohl (siehe oben). Insofern hat W i.S.d. § 904 BGB ein notstandsfähiges Rechtsgut in Schutz genommen.

Gegen das notstandsfähige Rechtsgut muss sich eine Gefahr richten, die gegenwärtig ist. Dies liegt vor, wenn zur Abwendung von Schaden für das Rechtsgut sofortige Abhilfe erforderlich ist.⁵² Aufgrund der brennenden Scheune war es erforderlich, sofort Maßnahmen zu ergreifen, damit die Pferde nicht zu Schaden kommen.

Die Gefahr, von der Schaden für das Rechtsgut droht, darf nicht von der Sache ausgehen, auf die eingewirkt wird. In diesem Fall ist § 228 BGB einschlägig.⁵³ Oben wurde angenommen, dass von der Stalltür selbst keine Gefahr drohte und die Gefahr vielmehr auf den Brandanleger zurückzuführen war. Damit ging die Gefahr nicht von der Sache aus, auf die W einwirkte.

Diese Sache, auf die eingewirkt wird, muss aber fremd sein. Dies ist grundsätzlich anzunehmen, wenn sie nicht im Eigentum des Einwirkenden steht.⁵⁴ Hinsichtlich der zu bejahenden Fremdheit der Stalltür für W wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

Unbeachtlich ist, von wem die Gefahr abgewendet, wer also begünstigt wird. Dies kann auch die Allgemeinheit sein.⁵⁵ Ausgehend davon, dass hinsichtlich der Pferde auf eine Gefahr für das Tierwohl i.S.v. Art. 20a GG abgestellt wird, sollte die Gefahr von der Allgemeinheit abgewendet werden. Folglich bestand eine Notstandshilfelage i.S.v. § 904 BGB.

(2) Notstandshilfehandlung

W müsste zur Abwendung der Gefahr durch eine notwendige und verhältnismäßige Notstandshilfehandlung auf eine Sache eingewirkt haben.

Durch die Einwirkung kann die Sache beschädigt oder auch zerstört werden.⁵⁶ W hat die Stalltür zerstört. Die Einwirkung muss zur Abwendung der Gefahr notwendig sein. Dies liegt vor, wenn sie zur Gefahrenabwehr geeignet ist.⁵⁷ Ist die Gefahr durch eine anderweitige Maßnahme, etwa durch die Einschaltung von Rettungsdiensten abzuwehren, so ist der Eingriff in fremdes Eigentum nicht notwendig.⁵⁸ Das Zerstören der Tür war geeignet und damit notwendig, um die Pferde vor Brand zu retten.

Der drohende Schaden muss gegenüber dem zugefügten Schaden unverhältnismäßig groß sein. Bei Vermögensschäden erfolgt die Abwägung durch Schätzung beider Schäden in Geld.⁵⁹ Hier ist hinsichtlich der Pferde des B allerdings nicht auf dessen Eigentum abzustellen, sondern auf das Allgemeinrechtsgut des Tierwohls aus Art. 20a GG. Der drohende Schaden hat in schweren Beeinträchtigungen des Lebens bzw. der Unversehrtheit mehrerer Pferde bestanden. Auf einer abstrakten Ebene der Abwägung ist davon auszugehen, dass das Tierwohl als immaterieller Wert grundsätzlich einen

⁵¹ Fritzsche, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2024, § 904 Rn. 4; Herrler, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 904 Rn. 2.

⁵² Herrler, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 904 Rn. 2.

⁵³ Fritzsche, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2024, § 904 Rn. 6.

⁵⁴ Fritzsche, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2024, § 904 Rn. 9.

⁵⁵ Lakkis, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2024, § 904 Rn. 15.

⁵⁶ Herrler, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 904 Rn. 3.

⁵⁷ Herrler, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 904 Rn. 3.

⁵⁸ Fritzsche, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2024, § 904 Rn. 13.

⁵⁹ Herrler, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 904 Rn. 3.

höheren Stellenwert als das Eigentum hat.⁶⁰ Auch konkret hat den Pferden ein beachtlicher Schaden gedroht. Bezogen auf den konkret durch die Notstandshilfehandlung des W herbeigeführten Schadens steht dem Tierwohl mehrerer Pferde hier der Sachwert eines schlichten Holztores gegenüber, das ferner aller Wahrscheinlichkeit nach ohnehin kurze Zeit später durch das Feuer zerstört worden wäre. Der drohende Schaden war daher im Vergleich zum zugefügten Schaden unverhältnismäßig groß. Folglich war Ws Notstandshandlung verhältnismäßig i.S.d. § 904 BGB.

(3) Rettungswille

Die Einwirkung muss in Kenntnis der Notstandlage und mit dem Verteidigungswillen die Gefahrenabwehr bezwecken.⁶¹ Diesbezüglich wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

(4) Zwischenergebnis

W ist demnach aufgrund der Aggressivnotstandshilfe gem. § 904 BGB gerechtfertigt.

d) Einwilligung

Als weiterer Rechtfertigungsgrund kommt die Einwilligung in Betracht. Die Zerstörung der Stalltür könnte durch eine Einwilligung des B gerechtfertigt sein. Die Einwilligung ist ein ungeschriebener Rechtfertigungsgrund, der sowohl im Gewohnheitsrecht anerkannt („Volenti non fit iniuria“)⁶² als auch in Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich abgesichert ist.⁶³ Sie setzt unter anderem voraus, dass der Einwilligende dem Eingriff in ein verfügbares Rechtsgut seine Zustimmung ausdrücklich oder konkludent erteilt hat.⁶⁴

B hat in die Sachbeschädigung durch W weder ausdrücklich noch konkludent eingewilligt. Er war zum Zeitpunkt des Geschehens auf dem Schützenfest im Nachbardorf und hatte keine Kenntnis davon. Folglich scheidet die Einwilligung aus.

e) Mutmaßliche Einwilligung

Ws Handlung könnte jedoch aufgrund einer mutmaßlichen Einwilligung gerechtfertigt sein. Beim Fehlen einer ausdrücklichen oder konkludenten Einwilligung in die Eingriffe in eigene Rechtsgüter ist als ebenfalls gewohnheitsrechtlich anerkannter und selbständiger Rechtfertigungsgrund an eine mutmaßliche Einwilligung des Rechtsinhabers zu denken.⁶⁵ Sie ist als ein Surrogat anzusehen, das dem Fehlen einer tatsächlichen Einwilligungserklärung abhelfen kann.⁶⁶ Ansonsten müssen die üblichen Voraussetzungen der Einwilligung vorliegen.⁶⁷

⁶⁰ Brückner, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 904 Rn. 11 (Eine reine wirtschaftliche Betrachtungsweise verbietet sich.).

⁶¹ Brückner, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 904 Rn. 7; siehe auch Fritzsche, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2024, § 904 Rn. 12; Lakkis, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2024, § 904 Rn. 37; Herrler, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 904 Rn. 3.

⁶² Hilgendorf/Valerius, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2022, § 5 Rn. 109; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 23 Rn. 1; a.A. Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2024, § 19 Rn. 2 (Einwilligung schließt die Tatbestandsmäßigkeit aus).

⁶³ Joecks/Jäger, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, Vor § 32 Rn. 21.

⁶⁴ Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 23 Rn. 21.

⁶⁵ BGH NStZ 2020, 29 (30).

⁶⁶ Hilgendorf/Valerius, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2022, § 5 Rn. 130; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 23 Rn. 49.

⁶⁷ Rönnau, in: LK-StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, Vor §§ 32 ff. Rn. 220.

aa) Verfügbarkeit des geschützten Rechtsgutes

Das eingegriffene Rechtsgut muss disponibel sein. Das Eigentum ist disponibel.⁶⁸ Mit dem Zerschlagen der Stalltür hat W in ein disponibles Rechtsgut, nämlich das Eigentum des B, eingegriffen.

bb) Verfügungsbefugnis

Verfügungsbefugt ist der Inhaber des Rechtsguts.⁶⁹ Inhaber der Stalltür war B, dessen Wille zu mutmaßen ist.

cc) Einwilligungsfähigkeit

Der Rechtsgutsinhaber ist einwilligungsfähig, wenn er Einsichts- und Urteilsfähigkeit hat und seine Willensfreiheit nicht unter bestimmten Mängeln leidet.⁷⁰ B wies als Rechtsgutsinhaber keinen Mangel an Einsichts- und Urteilsfähigkeit auf.

dd) Mutmaßen der Einwilligung

Eine mutmaßliche Einwilligung kann eine tatsächliche Einwilligung des Rechtsgutsinhabers ersetzen und somit die Rechtsgutsverletzung jedenfalls dann rechtfertigen, wenn es zum Zeitpunkt des Eingriffs nicht möglich ist, den wahren Willen des Rechtsgutsinhabers ohne Gefährdung seiner Interessen in Erfahrung zu bringen.⁷¹ Eine Gefährdung seiner Interessen liegt auch dann vor, wenn sonst von einem vergleichsweise geringfügigeren Eingriff abgesehen werden müsste, mit dem man aber den Eintritt erheblicher Einbußen der Interessen des Rechtsinhabers abwenden kann.⁷²

Zum Zeitpunkt des Zerschlagens der Stalltür waren die Pferde einer gegenwärtigen Brandgefahr ausgesetzt (siehe oben). Die Tür war mit einem Schloss versehen. Ein normales Öffnen war nicht möglich. B war zum Zeitpunkt des Brandes nicht vor Ort. Hätte W den Versuch unternommen, B zu erreichen, so hätten die Flammen mit großer Wahrscheinlichkeit die Pferde erfasst. Sein Interesse, das Eigentum an den Pferden nicht zu verlieren, wäre gefährdet, wenn W nicht unverzüglich zum Zerschlagen der Tür übergegangen wäre, das deutlich weniger Schaden angerichtet hat. Insofern durfte W eine mutmaßliche Einwilligung des B ins Zerschlagen der Stalltür annehmen.

ee) Subjektives Rechtfertigungselement

Der Täter muss in Kenntnis der Einwilligungslage und mit der Absicht, dem mutmaßlichen Willen des Einwilligungsberechtigten zu entsprechen, handeln.⁷³

W handelte in Kenntnis der Einwilligungslage und wollte entsprechend dem von ihm gemutmaßten Willen des B die Pferde retten.

⁶⁸ Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 2024, § 23 Rn. 9.

⁶⁹ Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 2024, § 23 Rn. 13.

⁷⁰ Rönnau, in: *LK-StGB*, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, Vor §§ 32 ff. Rn. 220; Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 2024, § 23 Rn. 15 f., 23.

⁷¹ Rönnau, in: *LK-StGB*, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, Vor §§ 32 ff. Rn. 218 und 221; zur sog. Subsidiarität siehe Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 2024, § 23 Rn. 57; Kindhäuser/Zimmermann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11. Aufl. 2024, § 19 Rn. 5; Frisch, *Strafrecht, Examenswissen*, 2022, § 4 Rn. 259 ff.

⁷² Joecks/Jäger, *StGB, Studienkommentar*, 13. Aufl. 2021, § 34 Rn. 11; Erb, in: *MüKo-StGB*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 43 (insofern findet auch hier eine mittelbare Abwägung von Interessen statt); in letzter Hinsicht ähnlich Hotz, *JuS* 2019, 8 (11).

⁷³ Rönnau, in: *LK-StGB*, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, Vor §§ 32 ff. Rn. 229; Kindhäuser/Zimmermann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11. Aufl. 2024, § 19 Rn. 7; Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 2024, § 23 Rn. 61.

ff) Zwischenergebnis

Ws tatbestandsmäßige Sachbeschädigung war auch aufgrund einer mutmaßlichen Einwilligung gerechtfertigt.

f) Geschäftsführung ohne Auftrag

Ws Handlung könnte auch als eine berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) nach §§ 677 ff. BGB gerechtfertigt sein.

aa) Anwendbarkeit

Die h.M. erkennt die Geschäftsführung ohne Auftrag als Rechtfertigungsgrund an.⁷⁴ Eine Ansicht in der Literatur verweist auch in diesem Zusammenhang auf Notstandsrechte, mit denen man in einschlägigen Fällen immer zu angemessenen Ergebnissen komme.⁷⁵ Oben wurde die Nichtanwendbarkeit der zivilrechtlichen Notstandsrechte bei sog. interpersonellen Interessenkonflikten angenommen. Diesbezüglich wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen. Außerdem wird im Strafrecht die Sinnhaftigkeit bzw. praktische Relevanz einer Anwendung der GoA neben mutmaßlicher Einwilligung in Frage gestellt.⁷⁶ Im Kern wird verlangt, dass die mutmaßliche Einwilligung im Verhältnis zur GoA als *lex specialis* vorrangig Anwendung findet. Dieser Ansicht kann nicht beigelegt werden. Es sind keine normativen Gründe ersichtlich, von dem Grundsatz, dass alle Rechtfertigungsgründe nebeneinander anwendbar sind,⁷⁷ eine Ausnahme, etwa wie bei § 34 StGB zu Gunsten der §§ 228, 904 BGB, zu machen.⁷⁸ GoA nach §§ 677 ff. BGB enthält mehr Wertungsgesichtspunkte als die von der mutmaßlichen Einwilligung gedeckten.⁷⁹ Während bei der Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 677 ff. BGB grundsätzlich auf die Wahrung der objektiven Interessen des Geschäftsherrn, die regelmäßig mit seinem mutmaßlichen Willen übereinstimmt, abgestellt wird, hat die mutmaßliche Einwilligung dessen Selbstbestimmung zum Gegenstand.⁸⁰ Dies hat etwa zur Folge,⁸¹ dass die Ermittlung der mutmaßlichen Einwilligung mit der Berücksichtigung der objektiven Interessenlage bzw. der objektiven

⁷⁴ Rönna, in: LK-StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, Vor §§ 32 ff. Rn. 215; Schlehofer, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Vor § 32 Rn. 124; Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2024, § 15 Rn. 13; Joecks/Jäger, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, Vor § 32 Rn. 49; Hotz, JuS 2019, 8 (10); Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 2. Aufl. 1949, S. 121; so auch in der zivilrechtlichen Literatur Jacoby/v. Hinden, BGB, Studienkommentar, 18. Aufl. 2022, Vor § 677 Rn. 7; Looschelders, Schuldrecht, Besonderer Teil, 19. Aufl. 2024, § 43 Rn. 27; a.A. Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 15/16 Fn. 18 ist der Auffassung, dass die §§ 677 ff. BGB keine Eingriffsrechte geben (Gegen Jakobs kann eingewendet werden, dass §§ 677 ff. BGB zwar keine Berechtigung zum Eingreifen im klassischen Sinne, nämlich als unmittelbare und gezielte Verkürzung von Rechten, enthalten, im weiteren Sinne jedoch schon); Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 9 Rn. 48 (GoA als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht „nicht fest etabliert“).

⁷⁵ Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 9 Rn. 48.

⁷⁶ Vgl. Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 23 Rn. 63 (kein praktisches Bedürfnis für die Heranziehung der GoA); so auch Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, Vor §§ 32 ff. Rn. 9; Mitsch, ZJS 2012, 38 (39); a.A. Hotz, JuS 2019, 11 f.; wohl auch Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2024, § 17 Rn. 3 (mutmaßliche Einwilligung bzw. Geschäftsführung ohne Auftrag ist anwendbar.).

⁷⁷ Rönna, in: LK-StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, Vor §§ 32 ff. Rn. 78; Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2024, § 15 Rn. 14.

⁷⁸ Vgl. Pluralistische Theorie der Rechtfertigungsgründe Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2024, § 15 Rn. 4; Joecks/Jäger, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, Vor § 32 Rn. 7.

⁷⁹ Vgl. Joecks/Jäger, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, Vor § 32 Rn. 37 (auf erhebliche Parallele hinweisend).

⁸⁰ Schroth, JuS 1992, 479; Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2024, § 19 Rn. 2.

⁸¹ Zu den nicht identischen Inhalten siehe Rönna, in: LK-StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, Vor §§ 32 ff. Rn. 215.

Nützlichkeit des Eingriffs nicht endet,⁸² sondern subjektive Werte und Einstellungen des Rechtgutsinhabers mit einbeziehen muss,⁸³ auch wenn er einen wirklichen Willen zu dem jeweiligen Eingriff nicht gefasst hat.⁸⁴ Folglich ist auch die GoA nach §§ 677 ff. BGB zu prüfen, die Folgendes voraussetzt:

bb) Geschäftsbesorgung

Mit dem Zerschlagen der Stalltür und der Rettung der Pferde müsste W ein Geschäft i.S.d. § 677 BGB besorgt haben. Ein solches ist jede Tätigkeit, sei es tatsächlicher oder rechtlicher Art.⁸⁵ Ein Geschäft besorgt, wer es eigenverantwortlich durchführt oder durchführen lässt. Auch bei Gefahren, die vom Eigentum des Geschäftsherrn selbst ausgehen, kann es eine Geschäftsbesorgung i.S.d. § 677 BGB geben.⁸⁶

W hat die Stalltür zerschlagen und die Pferde des B vor dem Verbrennen gerettet. Somit hat er selbst eigenverantwortlich ein tatsächliches Geschäft besorgt.

Anmerkung: Eine Geschäftsbesorgung zu Gunsten des Nebenbuhlers, der den Brand gelegt hat, kommt nicht in Betracht. Dass er davon jedenfalls durch die Begrenzung des Schadens Nutzen hat, ändert daran nichts, dass das Geschäft für B besorgt wird, dessen Eigentumsinteressen primär betroffen sind. Der Nutzen der Geschäftsbesorgung für einen Brandstifter ist als bloße Reflexwirkung des § 677 BGB anzusehen.⁸⁷

cc) Fremdheit des Geschäftes

Das Zerschlagen der Tür und Rettung der Pferde müssten für W auch ein fremdes Geschäft dargestellt haben. Für einen anderen wird ein Geschäft jedenfalls dann besorgt, wenn in seinen Rechts- und Interessenkreis eingegriffen wird.⁸⁸

Beim Zerschlagen der Stalltür griff W ins Eigentum des B ein und rettete seine Pferde. Verfügung über die Tür und Schutz der Pferde waren Angelegenheiten, die den Rechts- und Interessenkreis des B tangierten und grundsätzlich nur B betrafen. Insofern war die Geschäftsbesorgung des W fremd.

⁸² Vgl. *Joecks/Jäger*, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, Vor § 32 Rn. 49.

⁸³ *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2024, § 19 Rn. 2 (der mutmaßlichen Einwilligung den subjektiven Wertmaßstab des Betroffenen zugrunde zu legen); *Hotz*, JuS 2019, 8 (10), ist mit einem Teil der zivilrechtlichen Literatur der Ansicht, dass auch § 683 S. 1 BGB ein subjektiver Maßstab zugrunde liegt, weil auch im Rahmen dieser Norm die individuellen Besonderheiten des Willens des Geschäftsherrn zu beachten sind. Allerdings kann diese Anmerkung nur zutreffend sein, soweit diese Besonderheiten im Hinblick auf ein bestimmtes Geschäft geäußert sind oder tatsächlich erkennbar sind. In anderen Fällen finden subjektive Vorstellungen des Geschäftsherrn keine Beachtung. Siehe *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 9 Rn. 48 (GoA liegt objektive Nützlichkeit des Geschäftes zugrunde.).

⁸⁴ Vgl. *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 19. Aufl. 2024, § 43 Rn. 21 f. (kann der wirkliche Wille, der entweder geäußert oder aus Umständen erkennbar ist, nicht festgestellt werden, so ist der mutmaßliche Wille nach objektiven Maßstäben zu ermitteln); so auch *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 29. Aufl. 2023, § 18 Rn. 423; *Jacoby/v. Hinden*, BGB, Studienkommentar, 18. Aufl. 2022, § 683 Rn. 5 (erkennbar gewordene Gewohnheiten des Geschäftsherrn sind bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens zu beachten.).

⁸⁵ *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, 48. Aufl. 2024, § 36 Rn. 2; *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 19. Aufl. 2024, § 43 Rn. 2.

⁸⁶ *F. Schäfer*, in: MüKoBGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 677 Rn. 71; *Hotz*, JuS 2019, 8 (11).

⁸⁷ *Bergmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Bd. 2, 2020, § 679 Rn. 2.

⁸⁸ Für die Definitionen siehe *Retzlaff*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 677, Rn. 2 f.; *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, 48. Aufl. 2024, § 36 Rn. 3; *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 19. Aufl. 2024, § 43 Rn. 3.

Es stellt sich die Frage, ob der Wille des W, die Stalltür gerade deswegen zu zerstören, um die Pferde selbst zu retten, der Annahme eines fremden Geschäftes entgegensteht. Zwar ist auch beim Willen, der gerade auf die Rettung der Pferde als Tiere abzielte, der Schutz des Eigentums des B an Pferden von diesem miterfasst, jedenfalls davon nicht ausgeschlossen. In Betracht kommt allerdings die (Mit)Besorgung einer eigenen Angelegenheit, die sich aus der allgemeinen Solidaritätspflicht des W aus § 323c Abs. 1 StGB oder der besonderen öffentlich-rechtlichen Pflicht aus § 17 TierSchG, § 13 Abs. 1 StGB ergeben könnte. Die Fremdheit eines Geschäftes kann verneint werden, wenn der Geschäftsführer bei dessen Besorgung auch Interesse an der Erfüllung einer gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Verpflichtung hat.⁸⁹

Der Brand war ein plötzlich eintretendes Ereignis, das erhebliche Gefahren für die Pferde, deren Sachwert für B als erheblich zu veranschlagen ist, mit sich brachte. Demnach lag ein Unglücksfall gem. § 323c Abs 1 StGB vor.⁹⁰ Eine Rettung der Pferde war auch erforderlich (siehe oben) und W unter Berücksichtigung seiner individuellen Fähigkeit und einschlägiger Umstände des Falles sowohl möglich als auch zumutbar. Folglich hatte er die Pflicht nach § 323c Abs. 1 StGB, Hilfe zu leisten. Diese Pflicht hat W erfüllt, in dem er die Tür zerschlagen hat. Es stellt sich insofern die Frage, ob der Geschäftsführer, der auch gem. § 323c Abs. 1 StGB Hilfe leistet, ein objektiv fremdes Geschäft besorgt.⁹¹ § 323c StGB schützt Individualrechtsgüter⁹² von anderen und verpflichtet dazu, in fremden Angelegenheiten Hilfe zu leisten. Der Hilfeleistende erledigt deshalb grundsätzlich ein für ihn objektiv fremdes Geschäft. Dass er dadurch seiner strafbewehrten Verpflichtung Genüge tut und eigener Bestrafung zuvorkommt, ändert an der Fremdheit des Geschäftes für ihn nichts. Der Einzelne leistet bei der Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht aus § 323c Abs. 1 StGB weiterhin Hilfe in fremder Angelegenheit.

Fraglich ist, ob dies auch dann gilt, wenn die öffentlich-rechtliche Pflicht inhaltlich nicht wie bei § 323c StGB gestaltet und allgemein ist, sondern eine Primärpflicht des Geschäftsführers darstellt. Grundsätzlich wird angenommen, dass bei der Erfüllung einer speziellen öffentlich-rechtlichen Pflicht an der Fremdheit des Geschäftes nicht mehr festgehalten werden kann.⁹³ In Betracht kommt eine Handlungspflicht des W aus § 17 TierSchG, § 13 Abs. 1 StGB. Es stellt sich die Frage, ob W verpflichtet war, zu verhindern, dass die Pferde durch den Brand getötet oder ihnen erhebliche Schmerzen oder Leiden zugefügt werden. Dies setzt unter anderem voraus, dass er eine Garantenstellung innehatte. Eine Beschützergarantenstellung ist für den Tierhalter aus § 2 TierSchG anzunehmen.⁹⁴ Halter der Pferde war B, nicht W. Er ging bei einem nächtlichen Spaziergang am brennenden Stall zufällig vorbei. Folglich traf ihn keine Pflicht aus § 17 TierSchG, § 13 Abs. 1 StGB und an dem Vorliegen der Fremdheit des Geschäftes für ihn ist festzuhalten.

⁸⁹ Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 48. Aufl. 2024, § 36 Rn. 9 ff.; siehe auch Looschelders, Schuldrecht, Besonderer Teil, 19. Aufl. 2024, § 43 Rn. 5.

⁹⁰ Für die Definition des Unglücksfalls Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 42 Rn. 3; siehe auch Freund/Koch, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 323c Rn. 18; für die Anwendbarkeit des § 323c Abs. 1 StGB im Hinblick auf die Tiere ausführlich Gerhold/Noetzel, JuS 2022, 993 (997 ff.).

⁹¹ Bejahend Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 48. Aufl. 2024, § 36 Rn. 10; Looschelders, Schuldrecht, Besonderer Teil, 19. Aufl. 2024, § 43 Rn. 5.

⁹² Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 42 Rn. 1; Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 323c Rn. 1.

⁹³ Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 48. Aufl. 2024, § 36 Rn. 11 f.

⁹⁴ Gerhold/Noetzel, JuS 2022, 993 (995); siehe auch AG Bad Iburg LMuR 2023, 321 (322) m. Anm. Schrott; für die Definition des Tierhalters siehe Metzger, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar, 225. Lfg., Stand: März 2019, TierSchG § 2 Rn. 5.

dd) Fremdgeschäftsführungswille

W müsste beim Zerschlagen der Tür und der Rettung der Pferde auch mit dem Willen gehandelt haben, ein fremdes Geschäft zu besorgen. Der Fremdgeschäftsführungswille des Geschäftsführers wird bei einem objektiv fremden Geschäft vermutet, wenn dieser bei der Geschäftsbesorgung wusste, dass diese in den Interessen- und Rechtskreis eines anderen gehört und keine Anhaltspunkte für die (Mit)Verfolgung eigener Interessen vorliegen.⁹⁵

W wusste, dass der Stall und die Pferde dem B gehören. Eigene Interessen verfolgte er dabei nicht (siehe oben). Folglich handelte er mit dem Fremdgeschäftsführungswillen.

ee) Ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung

W müsste bei der Rettung der Pferde ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung gehandelt haben. So handelt der Geschäftsführer, wenn keine spezielleren bzw. abschließenden anderen Rechtsinstitute bzw. Einzelnormen die Geschäftsbesorgung regeln.⁹⁶ Verträge oder gesetzliche Befugnisse können Auftrags- oder anderweitige Berechtigungsverhältnisse i.S.d. § 677 BGB begründen.⁹⁷

Zwischen W und B ist kein Vertragsverhältnis bekannt. Eine sonstige Berechtigung kam für seinen Eingriff auch nicht in Betracht. Fraglich ist, ob dieser Annahme der Umstand, dass W aufgrund des Aggressivnotstandes nach § 904 BGB und der mutmaßlichen Einwilligung gerechtfertigt handelte, entgegensteht. Dies ist abzulehnen. Diese Rechtfertigungsgründe finden neben GoA Anwendung (siehe oben) und berechtigen ihrerseits nicht zu einer GoA.⁹⁸ Folglich ändert sich an dem Ergebnis, dass W ohne sonstige Berechtigung eine GoA besorgte, nichts.

ff) Berechtigung zur Übernahme der Geschäftsbesorgung

Für die Übernahme der Geschäftsbesorgung müsste W mit einem der Berechtigungsgründe in §§ 683 S. 1 und 2, 684 S. 2 BGB gehandelt haben. Der Geschäftsführer handelt gem. § 683 S. 1 BGB berechtigt, wenn die Übernahme zum Zeitpunkt der Geschäftsbesorgung dem Interesse und dem wirklichem oder mutmaßlichem Willen des Geschäftsherren entspricht.⁹⁹ Das Interesse des Geschäftsherren ist aus der Sicht eines objektiven Beobachters zu beurteilen,¹⁰⁰ wobei es im pflichtgemäßen Ermessen des Geschäftsführers steht, erforderliche Maßnahmen zu bestimmen.¹⁰¹ Hat der Geschäftsherr keinen Willen zum Ausdruck gebracht, so ist auf seinen mutmaßlichen Willen abzustellen, der regelmäßig mit seinem objektiven Interessen übereinstimmt.¹⁰²

Die Rettung der Pferde stand offenkundig im objektiven Interesse des B, dem erhebliche Eigentumseinbuße durch die Tötung oder Verletzung seiner Pferde drohten. Auch hat W pflichtgemäß gehandelt, als er als erforderliche Geschäftsbesorgungsmaßnahme zum Zerschlagen der Stalltür griff. Die Tür war mit einem Schloss versehen. Das gewaltlose Öffnen der Tür und Rauslassen der Pferde war zum Zeitpunkt der Rettung der Pferde nicht möglich. B war nicht vor Ort und befand sich

⁹⁵ Looschelders, Schuldrecht, Besonderer Teil, 19. Aufl. 2024, § 43 Rn. 8; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 29. Aufl. 2023, § 17 Rn. 409; siehe auch Hotz, JuS 2019, 8 (9).

⁹⁶ F. Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 677 Rn. 95.

⁹⁷ Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 48. Aufl. 2024, § 36 Rn. 19.

⁹⁸ Hotz, JuS 2019, 8 (10).

⁹⁹ Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 48. Aufl. 2024, § 36 Rn. 23; Hotz, JuS 2019, 8 (10).

¹⁰⁰ Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 48. Aufl. 2024, § 36 Rn. 24 f.; Looschelders, Schuldrecht, Besonderer Teil, 19. Aufl. 2024, § 43 Rn. 20.

¹⁰¹ Retzlaff, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, Einf. v. § 677 Rn. 12.

¹⁰² Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 48. Aufl. 2024, § 36 Rn. 27.

auf einem Schützenfest im Nachbardorf. Einen zum Ausdruck gebrachten Willen des B hat es nicht gegeben. Die Rettung der Pferde entsprach jedoch seinem mutmaßlichen Willen, der regelmäßig auf die Wahrung seines objektiven Interesses gerichtet ist.

Anmerkung: Ist die Übernahme der Geschäftsbesorgung nach § 683 S. 1 BGB berechtigt, so erübrigt sich die Prüfung weiterer Berechtigungsgründe.

gg) Subjektives Rechtfertigungselement

Auch wenn zivilrechtlich nicht gefordert, muss der Geschäftsführer ohne Auftrag neben dem Fremdgeschäftsführungswillen (siehe oben) auch in Kenntnis des wirklichen oder mutmaßlichen Willens des Geschäftsherrn gehandelt haben.¹⁰³

W ging jedenfalls von einem mutmaßlichen Willen des B aus, seine Pferde vor dem Brand zu retten, was seinen objektiven Interessen entsprach.

hh) Ergebnis

Ws tatbestandsmäßige Sachbeschädigung ist auch gem. § 677 BGB gerechtfertigt.

3. Ergebnis

W hat sich nicht gem. § 303 Abs. 1 StGB wegen Sachbeschädigung zum Nachteil des B strafbar gemacht, indem er die Scheunentür zerschlug.

II. Strafbarkeit gem. § 303 Abs. 1 StGB wegen Sachbeschädigung durch die Flucht der Pferde und das Zertrampeln der Zäune

W könnte sich wegen Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er mit dem Zerschlagen der Scheunentür den Pferden zur Flucht verhalf und das Zertrampeln der Zäune durch diese ermöglichte.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

Dafür müsste W die Pferde und die Zäune als Sachen zerstört oder beschädigt haben.

aa) Hinsichtlich der entlaufenen Pferde

Tiere sind nach § 90a S. 1 BGB zwar keine Sachen. Gleichwohl sind auf sie die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anwendbar (siehe oben). Insofern sind auch die Tiere Sachen i.S.d. § 303 Abs. 1 StGB.¹⁰⁴ Die Pferde standen auch im Eigentum des B und waren damit für W fremd. Sie waren somit taugliche Tatobjekte einer Sachbeschädigung. Fraglich ist jedoch, ob das Entweichen der Pferde eine Sachbeschädigung darstellte. Reine Sachentziehungen ohne körperliche Einwirkung

¹⁰³ Hotz, JuS 2019, 8 (10).

¹⁰⁴ Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 12 Rn. 12.

unterfallen § 303 Abs. 1 StGB nicht, wenn sie keine Schädigung der Sachen zur Folge haben.¹⁰⁵ B konnte die Pferde am nächsten Tag unversehrt einsammeln. Eine Strafbarkeit des W im Hinblick auf die Pferde scheidet insofern aus.

bb) Hinsichtlich der Zäune

Bei den Zäunen, die im Eigentum des B standen, handelte es sich um fremde Sachen. Diese müssten entweder zerstört oder beschädigt worden sein. Die Zäune könnten zerstört worden sein. Die Pferde haben die Zäune umgeworfen und nur teilweise niedergetrampelt. Es ist daher nicht auszuschließen, dass die Zäune wieder aufgestellt werden, auch wenn sie nicht wieder in den ursprünglichen Zustand versetzt werden können. In Betracht kommt jedoch eine Beschädigung i.S.d. § 303 Abs. 1 StGB. Eine Sache ist beschädigt, wenn die Substanz einer Sache nicht unerheblich verletzt wird oder ihre bestimmungsgemäße Brauchbarkeit nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird.¹⁰⁶ Durch das Zertrampeln wurden die Zäune in ihrer Substanz nicht unerheblich verletzt. Dadurch wurde auch die Brauchbarkeit der Zäune für eine erneute Aufstellung gemindert. Somit liegt eine Beschädigung der Zäune vor.

Die Handlung des W müsste auch kausal für die Beschädigung der Zäune gewesen sein. Hätte W die Scheunentür nicht zerbrochen, wären die Pferde nicht aus der Scheune gelaufen und hätten die Zäune nicht zertrampelt. Dass die Pferde ggf. kurze Zeit später aus dem Stall ausgebrochen wären und möglicherweise die Zäune niedergetrampelt hätten, ist ein nicht relevanter hypothetischer Kausalverlauf. Fraglich ist, ob die Beschädigung der Zäune W auch objektiv zurechenbar ist. Dies wäre zu verneinen, wenn das Niedertreten der Zäune durch die Pferde einen atypischen Kausalverlauf darstellt. Ein solcher liegt vor, wenn er so sehr außerhalb der Lebenserfahrung liegt, dass mit ihm vernünftigerweise nicht gerechnet zu werden braucht.¹⁰⁷ Die Pferde waren durch das Feuer bereits aufgeschreckt. Es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass sie in diesem Zustand beim Herausstraben auf bzw. gegen umliegende Gegenstände treten können. Jedermann hätte damit rechnen müssen. Ein atypischer Kausalverlauf scheidet daher aus.

Schließlich könnte auch der Gedanke der Risikoverringering gegen eine objektive Zurechnung der Schäden an den Zäunen zu W sprechen. Im Hinblick auf die Zäune hat jedoch W das Risiko einer Beschädigung nicht verringert, sondern erhöht, indem er die Pferde aus dem Stall heraustreten ließ. Eine Brandgefahr hinsichtlich der Zäune ist nicht ersichtlich. Selbst bei der Annahme einer Brandgefahr kann man nur von einer Risikoauswechslung reden, die jedoch der objektiven Zurechnung nicht entgegensteht (siehe oben). Mithin ist die Beschädigung der Zäune dem W objektiv zurechenbar.

b) Subjektiver Tatbestand

W müsste die Sachbeschädigung auch vorsätzlich begangen haben. Beim Zerschlagen der Scheunentür fehlte ihm jedoch jedes Bewusstsein um eine mögliche Beschädigung der Zäune. Somit hatte er keinen Vorsatz.

c) Zwischenergebnis

Der Tatbestand ist nicht erfüllt.

¹⁰⁵ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 24 Rn. 15.

¹⁰⁶ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 24 Rn. 8.

¹⁰⁷ Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 13 Rn. 62.

2. Ergebnis

W hat sich nicht gem. § 303 Abs. 1 StGB wegen Sachbeschädigung zum Nachteil des B strafbar gemacht, indem er die Pferde heraustreten ließ und diesen das Zertrampeln der Zäune ermöglichte.

III. Gesamtergebnis

W hat sich nicht wegen Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Fortgeschrittenenübungsklausur: Ehe (es fünf vor zwölf ist)

*Wiss. Mitarbeiter Maximilian Hartwig, Wiss. Mitarbeiterin Irina Isabel Pommerenke, Gießen**

Dieser Sachverhalt wurde erstellt für den Wiederholungs- und Vertiefungs-Subsumtionskurs, der im Sommersemester 2024 als Gemeinschaftsveranstaltung der Justus-Liebig-Universität Gießen und der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel in Sehlendorf stattfand. Die Besonderheit des Falls liegt darin, dass – im Gegensatz zu den klassischen Giffällen, bei denen mehrere Einzeldosen erst gemeinsam tödliche Wirkung entfalten, – die Medikamentengaben sich gegenseitig aufheben. Dies erfordert ausführlichere Überlegungen bereits im Rahmen der Kausalität. Darüber hinaus liegen die Schwerpunkte in der objektiven Zurechnung sowie in der Abgrenzung von unmittelbarer zur mittelbaren Täterschaft und ihren Folgen bei nur versuchter Tat.

Sachverhalt

F und M führen seit vielen Jahren eine mittlerweile nicht mehr glückliche Ehe. Diese Tatsache und die schon langanhaltende Arbeitslosigkeit des M führen dazu, dass M gewohnheitsmäßig seine Frustration bereits jeden Vormittag gegen 10 Uhr in Alkohol ertränkt. Eines Tages beschließt F, „der Ehe endlich ein Ende zu setzen“. In dem Wissen, dass M zu dieser Zeit den Inhalt der im Kühlschrank vorgekühlten Wodka-Flasche konsumiert, besorgt sie am Morgen vor ihrer Arbeit in der Apotheke ein nicht verschreibungspflichtiges Medikament, welches in Verbindung mit Alkohol erst zur Bewusstlosigkeit und dann wenige Stunden später zum Tod führt. Sie fährt sodann nochmals nach Hause, gibt das Medikament der Wodka-Flasche bei und macht sich auf den Weg zur Arbeit. Um 9 Uhr desselben Tages nimmt auch M sich vor, F nicht mehr „zur Last“ zu fallen und sein Leben zu beenden. Auch er besorgt sich in der Apotheke ein Medikament, das er in die Wodka-Flasche gibt. Von der vorangegangenen Beimischung durch F weiß er nichts. Er schreibt einen Abschiedsbrief, den er auf seinem Schreibtisch platziert. Sodann setzt er sich in seinen Lieblingssessel im Wohnzimmer und konsumiert den gesamten Inhalt der Flasche. Um 11:54 Uhr lebt M noch immer. Mit Blick auf die Uhr stellt er erschrocken fest, dass F bald zurückkommen wird. Er erkennt, dass sein Suizidversuch missglückt ist, und möchte schleunigst den Abschiedsbrief beseitigen, damit F von alledem keine Kenntnis erlangt. Auf dem Weg zum Schreibtisch stolpert er über die Türschwelle zum Büro und schlägt mit dem Kopf auf der Tischkante auf. Er bricht sich das Genick und ist sofort – um 11:55 Uhr – tot. F hatte es sich um 11:30 Uhr anders überlegt und frühzeitig Feierabend gemacht. Schon während der Fahrt rief sie einen Krankenwagen. Kurze Zeit später trifft sie, in der Hoffnung, M noch retten zu können, zuhause ein. Dort erkennt sie sofort, dass M bereits verstorben ist. Im Rahmen der Ermittlungen stellt sich heraus, dass die jeweiligen Medikamente, die für sich genommen zum Tod geführt hätten, sich in ihrer Wirkweise gegenseitig aufgehoben haben.

Aufgabe

Prüfen Sie die Strafbarkeit der F nach dem StGB. §§ 211, 221, 222, 223, 224, 227, 229, 303, 323c StGB sind nicht zu prüfen.

* Die Verf. sind Wiss. Mitarbeiter an der Professur für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Umweltstrafrecht der Justus-Liebig-Universität Gießen (Prof. Dr. Thomas Rotsch).

Lösungsvorschlag

Strafbarkeit der F	1107
I. Strafbarkeit gem. § 212 Abs. 1 StGB (durch Beigabe des Medikaments in die Wodka-Flasche)	1107
1. Tatbestandsmäßigkeit	1107
a) Objektiver Tatbestand.....	1107
aa) Erfolg	1107
bb) Kausalität	1107
(1) Erfolg in seiner konkreten Gestalt	1108
(2) Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung.....	1109
(3) Zwischenergebnis	1109
cc) Objektive Zurechnung	1109
(1) Setzung des rechtlich missbilligten Risikos.....	1110
(2) Realisierung im Erfolg	1110
b) Zwischenergebnis.....	1111
2. Ergebnis	1111
II. Strafbarkeit gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1 StGB (durch dieselbe Handlung)	1111
1. Keine Vollendungsstrafbarkeit.....	1111
2. Strafbarkeit des Versuchs.....	1111
3. Tatentschluss.....	1112
4. Ergebnis	1113
III. Strafbarkeit gem. §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1 StGB (durch dieselbe Handlung)	1113
1. Keine Vollendungsstrafbarkeit und Strafbarkeit des Versuchs	1113
2. Tatentschluss.....	1113
3. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB	1113
a) Gesamtlösung.....	1114
b) Einzellösung.....	1114
c) Modifizierte Einzellösung	1115
d) BGH	1115
e) Zwischenergebnis.....	1116
4. Rechtswidrigkeit.....	1116
5. Schuld	1116
6. Strafbefreiender Rücktritt, § 24 StGB	1116

a) Kein Fehlschlag.....	1116
b) Taugliches Rücktrittsverhalten.....	1116
7. Ergebnis	1118
Gesamtergebnis	1118

Strafbarkeit der F

I. Strafbarkeit gem. § 212 Abs. 1 StGB (durch Beigabe des Medikaments in die Wodka-Flasche)

F könnte sich wegen Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem sie das Medikament der Wodka-Flasche beigab.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

Dazu müsste F den Tod des M kausal und objektiv zurechenbar verursacht haben.

aa) Erfolg

M, ein anderer Mensch, ist tot.

bb) Kausalität

Diesen Tod hat F verursacht, wenn das Präparieren nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Tod des M entfällt (condicio-sine-qua-non-Formel).¹ Denkt man sich die Beimischung des Medikaments hinweg, hätte M entsprechend seinem Plan den Wodka (nur) mit dem vom ihm zugesetzten Mittel getrunken, es wäre nicht zur Neutralisation der Wirkstoffmenge durch die Medikamentenbeigabe durch F gekommen, und er wäre also ebenso verstorben.

Die strikte Anwendung der condicio-Formel führt dann aber – vermeintlich – zu einem falschen Ergebnis: Nach ihr wäre *keine* der beiden Bedingungen (Beigabe durch F/Beigabe durch M) letztlich kausal. Betrachtet man die Handlung der F, wäre der Tod des M dennoch durch sein eigenes Beimischen eingetreten. Denkt man letzteres hinweg, entfällt auch dann nicht der tatbestandsmäßige Erfolg, da die Beigabe der F kausal würde.

Existieren – wie hier – zwei für sich (ex ante) erfolgsgeeignete Bedingungen, handelt es sich nach herrschender Auffassung um einen Fall der sog. „alternativen Kausalität.“²

In diesen Fällen wird die condicio-Formel – im Anschluss an *Welzel*³ – von der herrschenden Auffassung dahingehend modifiziert, dass von mehreren Bedingungen *jede* für den Erfolg ursächlich ist, die zwar alternativ, nicht aber kumulativ hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiel.⁴

¹ Vgl. BGHSt 1, 332 (333); *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 226.

² *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2023, § 10 Rn. 31 f.; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 19; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 230; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 19 f.

³ *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 44 f.

⁴ *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2023, § 10 Rn. 34; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 13 Rn. 28; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 230.

Demnach können die beiden Medikamentengaben hier freilich einzeln, nicht aber gleichzeitig hinweggedacht werden, ohne dass der tatbestandsmäßige Erfolg entfällt. Sie waren also beide kausal.

Gegen die Umformulierung der *condicio*-Formel in den Fällen der alternativen Kausalität wird eingewandt, sie sei überflüssig, da bei genauer Betrachtung kein Unterschied zur kumulativen Kausalität vorliege.⁵ Denn entscheidend sei im Rahmen der Kausalitätsfeststellung nicht eine etwaige Erfolgsgeeignetheit (*ex ante*), sondern allein der Umstand, dass sich tatsächlich mehrere Ursachen (*ex post*) im Erfolg verwirklicht haben.⁶ Da dies aber denotwendig dazu führe, dass sich jeweils nur ein Teil der jeweiligen Bedingung im Erfolg verwirklichen könne, bestehe in Wahrheit kein Unterschied zur kumulativen Kausalität.⁷ Das von der h.M. praktizierte Hinzudenken des „bereitstehenden“ Teiles der jeweils anderen Bedingung sei ein unzulässiges Hinzudenken eines hypothetischen Kausalverlaufs.⁸

Allerdings unterscheidet der vorliegende Fall sich von den klassischen Konstellationen alternativer Kausalität. Denn während dort – wie bei der kumulativen Kausalität – *in concreto ex post* nur jeweils ein Teil der jeweiligen Bedingung sich im Erfolg verwirklicht, heben sich hier zwei Medikamentengaben in ihrer Wirkung auf. Man kann daher nicht behaupten, nach dem Hinwegdenken der Medikamentengabe der F denke man einen Teil der Medikamentengabe des M sowie dessen übriges Verhalten in unzulässiger Weise hinzu, denn offenbar hat die Beimischung des Medikaments durch M die Wirkung des durch F beigegebenen Medikaments neutralisiert, ist also *vollumfänglich* wirksam geworden. Damit handelt es sich aber gerade nicht um einen hypothetischen Kausalverlauf.

Es bleibt daher grds. dabei, dass jedenfalls im vorliegenden Fall die *condicio*-Formel umzuformulieren ist, um zum zutreffenden Ergebnis der Ursächlichkeit der Medikamentengabe der F für den Tod des M zu gelangen.

Hiernach ist F kausal geworden.

Fraglich ist aber darüber hinaus, ob das Verhalten der F auch dann noch als kausal angesehen werden kann, wenn man den Umstand einbezieht, dass M sich nur das Genick brach, weil er seinen Abschiedsbrief beseitigen wollte, ohne den er nicht zum Schreibtisch gegangen und gestolpert wäre. Er verstarb somit nicht *unmittelbar* an der Medikamentengabe der F.

(1) Erfolg in seiner konkreten Gestalt

Es wird vorgeschlagen, ganz konkret auf die Folge des tatsächlichen Geschehensablaufs, wie er sich ereignete, abzustellen (Erfolg in seiner konkreten Gestalt⁹).

F präparierte die Flasche, was die Wirkung des von M später zugesetzten Mittels aufhob und dessen Suizid vereitelte, weshalb er sich zum Schreibtisch begab und dort stolperte.

Der Sturz auf den Tisch, der zum Tod durch Genickbruch führte, wäre mithin ohne das Handeln der F ausgeblieben. Diese physisch-mechanische Todesfolge stellt sich faktisch anders dar als die von M anvisierte biochemische Herbeiführung des Todes, weshalb das Handeln der F für den konkreten Tod durch Genickbruch als kausal angesehen werden kann.

⁵ Rotsch, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, Fall 9 Rn. 21, 24.

⁶ Rotsch, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, Fall 9 Rn. 24.

⁷ Ausführlich Rotsch, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, Fall 9 Rn. 21.

⁸ So bereits Samson, Strafrecht I, 7. Aufl. 1988, S. 22 f.

⁹ So etwa Eisele, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 10 Rn. 33; Gropp/Sinn, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 4 Rn. 35, 70; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 13 Rn. 3; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 226.

Was nun aber den Erfolg in der konkreten Situation ausmachen soll, kann beinahe beliebig bestimmt werden, weshalb das Kriterium sich Kritik ausgesetzt sieht.¹⁰

(2) Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung

Alternativ wollen manche Vertreter in der Literatur daher positiv danach fragen, ob der Erfolg mit dem Täterverhalten durch eine Reihe von Veränderungen naturgesetzmäßig verbunden ist.¹¹ Das wird man hier noch bis zum Ausbleiben der medikamentösen Wirkung im Alkohol bejahen können. Allerdings beruht der Eintritt des Erfolges (Tod durch Genickbruch) (auch) auf einem Willensentschluss des M. Ein allgemeines Kausalgesetz, das den Geschehensablauf ab dem gescheiterten Suizid vorsieht, existiert freilich nicht. Der Meinung wird daher entgegengehalten, sie könne über die Hürde der Verursachung menschlichen Verhaltens nicht hinweghelfen.¹² Das erweist sich jedoch nur scheinbar als Problem: Lässt man für diese Fälle einen empirischen Zusammenhang im Einzelfall genügen, kann Kausalität auch vorliegen, ohne auf ein allgemeines Naturgesetz zu rekurrieren.¹³

M hat den durch F mitbedingten gescheiterten Selbstmordversuch zur Grundlage seiner Entscheidung gemacht, sich zum Tisch zu begeben, um den Brief zu entfernen. Die Beimischung des Medikaments durch F wirkte also in dem Verhalten des M fort, weshalb er gerade keine neue Kausalkette in Gang setzte (sog. überholende Kausalität),¹⁴ die den kausalen Zusammenhang mit dem Verhalten der F unterbrechen würde.¹⁵

In diesem Sinne ist F folglich auch nach dieser Ansicht kausal geworden.

Wenn auch keiner der dargestellten Ansätze restlos überzeugen kann, war das Handeln der F nach allen Auffassungen kausal für den Tod des M, sodass ein Streitentscheid unterbleiben kann.

Hinweis: A.A. nicht vertretbar. Unabhängig von der zeitlichen Abfolge der Medikamentengaben ist F (ebenso wie M) für das Überleben des M und damit in der Folge für dessen Gang zum Schreibtisch, das Stolpern und mithin auch dessen Genickbruch kausal geworden. Die Ursächlichkeit der Medikamentengabe der F für den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges lässt sich daher nicht verneinen. Jedenfalls muss aber die Strafbarkeit wegen vollendeter vorsätzlicher Tötung auf Ebene der objektiven Zurechnung scheitern (siehe sogleich cc).

(3) Zwischenergebnis

F hat den Tod des M kausal verursacht.

cc) Objektive Zurechnung

Der Tod des M müsste F aber auch objektiv zurechenbar sein.

¹⁰ Eingehend *Puppe/Grosse-Wilde*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vor § 13 Rn. 96 ff.; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 21; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 15 f.

¹¹ Zurückgehend auf *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 21; heute vertreten von z.B. *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 15 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 249.

¹² *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. 2022, § 27 Rn. 17 m.w.N. in Fn. 27.

¹³ *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 31 f.; *Puppe/Grosse-Wilde*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vor § 13 Rn. 131.

¹⁴ Eingehend hierzu *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 30 ff.; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 33.

¹⁵ Vgl. *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 30; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 31 ff.

Das ist (nur) dann der Fall, wenn ein von F gesetztes, rechtlich missbilligtes Risiko sich im Erfolg verwirklicht hat.¹⁶

(1) **Setzung des rechtlich missbilligten Risikos**

Fraglich ist, ob F durch die Beigabe das rechtlich missbilligte Risiko gesetzt hat, dass M durch den Konsum des Gemischs verstirbt. Dies könnte dann zu verneinen sein, wenn die Gabe der F ex post gerade nicht dazu führte, dass M *an der Wodkamischung* verstirbt (siehe sogleich (2)). Dann würde ihre Gabe den Tod des M (durch die Wodkamischung) nämlich gerade verhindern. Das Verhindern eines Todes kann aber keineswegs rechtlich missbilligt sein. Freilich muss das Verhalten des M jedoch hier außer Acht gelassen werden, da es sich bei der Setzung des rechtlich missbilligten Risikos um eine Prognosefrage handelt, in Rahmen derer auf eine objektiv ex ante-Sicht abzustellen ist¹⁷.

Indem F das Medikament dem Wodka beigab, hat sie folglich das rechtlich missbilligte Risiko gesetzt, dass M durch die Wodkamischung verstirbt.

(2) **Realisierung im Erfolg**

Fraglich ist aber, ob sich auch gerade dieses Risiko (Intoxikation infolge der Beigabe durch F) im Tod durch den Genickbruch infolge des Stolperns realisiert hat. Es liegt auf der Hand, dass dies nicht der Fall ist. Nicht so einfach ist die Begründung für dieses Ergebnis:

In Betracht kommt zunächst, dass M sich eigenverantwortlich selbst gefährdet, indem er die von ihm manipulierte Flasche austrank und sich zum Schreibtisch begab, wobei er stolperte. Diese Fallgruppe schließt die objektive Zurechnung deshalb aus, weil der Erfolg wertungsmäßig aufgrund autonomen Opferhandelns nicht (mehr) als Werk des Täters erscheint. Voraussetzung für eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung ist nach h.M. zunächst, dass M Tatherrschaft über den unmittelbar tödlichen Akt innehatte.¹⁸

Als eigenverantwortliche Selbstgefährdung käme höchstens das eigene Präparieren und Konsumieren der Wodkamischung in Form eines versuchten Suizids in Betracht. Dies ist jedoch nicht das unmittelbar zum Tode führende Verhalten. Dazu führte nämlich erst sein Stolpern beim Gang zum Schreibtisch. Hierbei handelt es sich aber um einen nicht (mehr) vom Willen des M beherrschten Umstand, weshalb insoweit eine Nicht-Handlung vorliegt. Eine solche kann eine Selbstgefährdung nicht begründen.

Die objektive Zurechnung wird damit jedenfalls nicht durch eine Selbstgefährdung des M ausgeschlossen. Damit ist im Umkehrschluss allerdings noch nicht gesagt, dass das von F gesetzte Risiko sich im Erfolg verwirklicht hat.

Freilich beherrschte auch F das Stolpern nicht. Zwar besaß sie gegenüber M bis zu dem Zeitpunkt, an dem M dem Wodka selbst etwas beimischte, einen Wissensvorsprung über den Inhalt der Flasche. Allerdings schuf sie damit eine ganz andere Gefahr, nämlich die, dass M durch das Austrinken in Unkenntnis der Medikamentenbeimischung sterben werde. Das Geschehen (Manipulation der Flasche durch M, Willensentschluss nach dem gescheiterten Suizid, Gang zum Schreibtisch, Stolpern, Genickbruch), das auf ihre Präparierung hin folgte, ist nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge und

¹⁶ Vgl. *Kühl*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 43.

¹⁷ *Roxin/Greco*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 56.

¹⁸ *Kühl*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 89; *Murmann*, *Grundkurs Strafrecht*, 7. Aufl. 2022, § 23 Rn. 95 jeweils m.w.N. Zur Kritik an dieser Vermengung von Zurechnungs- und Beteiligungsfragen v. *Atens*, *Objektive Zurechnung und Tatherrschaft – Ein Beitrag zu dem Verhältnis von Tatherrschaftslehre und objektiver Zurechnungslehre am Beispiel der eigenverantwortlichen Selbst- und der einverständlichen Fremdgefährdung*, 2019, S. 187 ff.

nach der allgemeinen Lebenserfahrung dagegen nicht mehr in Rechnung zu stellen.¹⁹ Es handelt sich damit um einen atypischen Kausalverlauf.

Demnach hat sich jedenfalls nicht eine durch F geschaffene Gefahr im Tod des M verwirklicht.

Hinweis: Auch nach Ansicht der Rspr. ist der Tod des M der F nicht zuzurechnen. Allerdings verlagert die Rspr. die Zurechnungsfrage auf die Ebene des Vorsatzes (sog. subjektive Zurechnung). Entscheidend sei, ob der verwirklichte Kausalverlauf mit demjenigen, den der Täter sich vorgestellt hatte, im Wesentlichen übereinstimmt.²⁰ Fallen – wie hier – Vorstellung (Tod durch Medikamentengabe) und Wirklichkeit (Tod durch Genickbruch) wesentlich auseinander, verneint die Rspr. eine Zurechnung des Erfolgs zum Vorsatz des Täters (Irrtum über den Kausalverlauf).²¹

b) Zwischenergebnis

Der Tod des M ist F nicht objektiv zurechenbar.

2. Ergebnis

F ist nicht wegen Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar.

II. Strafbarkeit gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1 StGB (durch dieselbe Handlung)

F könnte sich jedoch durch dieselbe Handlung wegen versuchten Totschlags gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Keine Vollendungsstrafbarkeit

Eine Vollendungsstrafbarkeit der F scheitert an der objektiven Zurechnung (siehe oben).

Hinweis: Ein Versuch liegt nicht nur dann vor, wenn der tatbestandsmäßige Erfolg ausbleibt. Ebenso fehlt es an der Vollendungsstrafbarkeit (daher nicht: Nichtvollendung), wenn es an irgendeinem (anderen) Merkmal des objektiven Tatbestandes fehlt, vgl. *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, Fall 1 Rn. 102, 109; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 941.

2. Strafbarkeit des Versuchs

Beim Totschlag handelt es sich gem. § 12 Abs. 1 StGB um ein Verbrechen, sodass der Versuch gem. § 23 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar ist.

¹⁹ Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 296 m.w.N.

²⁰ BGH, Urt. v. 3.12.2015 – 4 StR 223/15 = NStZ 2016, 721 (722 f.); BGH, Urt. v. 30.8.2000 – 2 StR 204/00 = NStZ 2001, 29 (30); BGH, Urt. v. 9.10.1969 – 2 StR 376/69 = BGHSt 23, 133 (135); BGH, Urt. v. 26.4.1960 – 5 StR 77/60 = BGHSt 14, 193 (194).

²¹ Beispiele aus der Rspr. für wesentliche Abweichungen bei *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 15 Rn. 11c f.

3. Tatentschluss

Weiterhin müsste F zur Tat entschlossen gewesen sein. Der Tatentschluss umfasst bei § 212 StGB den Vorsatz des Vollendungsdelikts, sodass F mindestens mit *dolus eventualis* gehandelt haben müsste.

F stellte sich vor, dass M durch das Konsumieren des Wodkas sterben werde. Zu diesem Zeitpunkt konnte sie auch noch keine Kenntnis davon haben, dass M sich am Vormittag selbst erschließen würde, der Flasche das von ihm erworbene Medikament zuzugeben, um sich das Leben zu nehmen. Eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung durch eine solche Manipulation stellte sie sich also gerade nicht vor.

Hinweis: Im Übrigen kommt es auch nicht darauf an, dass M später durch den Sturz, und damit anders als von F vorgesehen, verstarb. Ein solcher Irrtum über den Kausalverlauf kann beim Versuch deshalb keine Rolle spielen, weil es ohnehin lediglich auf die Vorstellung des Täters ankommt.

Damit handelte sie vorsätzlich hinsichtlich der Tötung eines anderen Menschen und war zur Tat entschlossen.

Allerdings sah ihr Plan vor, dass sie M in eine Falle locken wollte, indem sie in Kenntnis seiner Trinkgewohnheiten den Schnaps präparierte.

Fraglich ist daher, ob F sich die Begehung als unmittelbare (§ 25 Abs. 1 Alt. 1 StGB) oder mittelbare (§ 25 Abs. 1 Alt. 2) Täterin vorstellte.

Sieht man im geplanten Geschehen den bloßen Ablauf einer von F angestoßenen Kausalkette, lässt sich argumentieren, dass sie als unmittelbare Alleintäterin gem. § 25 Abs. 1 Alt. 1 StGB handeln wollte.²²

Nun liegt der Fall aber gerade so, dass ebendieser vorgestellte Kausalverlauf ganz wesentlich vom Verhalten des Opfers abhing. Ohne Zutun des M hätte sich die Handlung der F schon gar nicht im Erfolg verwirklichen können. Diese Konstellation opferschädigenden Verhaltens, das durch einen Hintermann veranlasst wurde, entspricht aber gerade dem Tatbild, das § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB im Blick hat. Der mittelbare Täter begeht die Tat „durch“ einen anderen (den Tatmittler), weshalb die mittelbare Täterschaft grds. ein Drei-Personenverhältnis voraussetzt. In Fällen wie dem vorliegenden sind offenkundig lediglich zwei Personen beteiligt, was jedoch, jedenfalls nach h.L.²³, eine mittelbare Täterschaft a priori nicht ausschließt. Sinn und Zweck der Norm, Tatkonstellationen zu erfassen, in denen der Täter sich einer Person, die ein Strafbarkeitsdefizit aufweist, zur Tatbegehung bedient, sind nämlich gleichwohl erfüllt. Der Unterschied liegt lediglich darin, dass der zweiten Person eine Doppelfunktion, die des Tatmittlers und des Tatopfers, zukommt. Soll die unmittelbar schädigende Handlung (Konsumierung des Wodkas) durch das so tatmittelnde Opfer vorgenommen werden, scheint es überzeugender, auch die Täterschaftsmodalität gem. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB anzunehmen.

Hinweis: Je nach Fallkonstellation muss die Täterschaftsform sich nicht zwingend auf das Ergebnis der Strafbarkeitsprüfung auswirken, weshalb man die Entscheidungsfrage auch bis zur etwaigen Weichenstellung (siehe sogleich unter III.) „aufschieben“ kann. Nichtsdestotrotz gewinnt man mit

²² So etwa *Wolters*, NJW 1998, 578 (579); *Ingelfinger*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2022, StGB § 25 Rn. 33.

²³ So etwa für die Konstellation in BGH, Urt. v. 12.8.1997 – 1 StR 234/97 = NStZ 1998, 241 (242) – Passauer Giftfalle; Überblick bei *Weddig*, Mittelbare Täterschaft und Versuchsbeginn bei der Giftfalle – Eine Auseinandersetzung mit dem „Passauer Apothekefall“, 2008, S. 33 ff.

einer frühzeitigen Festlegung die Erkenntnis darüber, welcher Normabschnitt des § 25 StGB in Überschrift und Obersatz zu zitieren ist. Somit steht dann auch fest, nach welchen Kriterien die Täterschaft und potenzielle Zurechnungsfragen zu beantworten sind. Weil Konstellationen wie im vorliegenden Fall aber auch im Rahmen von wissenschaftlichen Systematisierungsversuchen immer wieder anders eingeordnet werden (dazu sogleich vertiefender), ist eine Zuordnung zu der einen wie der anderen Täterschaftsform gut vertretbar.

F stellte sich mithin vor, als *mittelbare* Täterin zu handeln.

4. Ergebnis

Somit hat F sich jedenfalls nicht wegen versuchten Totschlags in *unmittelbarer* Täterschaft gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: Da von vornherein feststeht, dass die Prüfung auf einen Versuch der mittelbaren Täterschaft hinausläuft, wäre es ebenso möglich, gleich mit III. zu beginnen und die für richtig gehaltene Entscheidung bei der Täterschaftsform dort darzustellen.

III. Strafbarkeit gem. §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1 StGB (durch dieselbe Handlung)

F könnte sich durch dieselbe Handlung wegen versuchten Totschlags in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Keine Vollendungsstrafbarkeit und Strafbarkeit des Versuchs

Der Versuch ist gem. §§ 12 Abs. 1, 23 Abs. 1 Alt. 1 StGB mit Strafe bedroht (siehe oben). Eine Vollendungsstrafbarkeit scheidet an der objektiven Zurechnung (siehe oben).

2. Tatentschluss

F hat sich vorgestellt, den Tod des M *durch einen anderen* kausal und objektiv zurechenbar, also in mittelbarer Täterschaft, zu verursachen (siehe oben).

3. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB

Fraglich ist aber, ob F bereits i.S.v. § 22 StGB unmittelbar zu Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt hat. Denn F hatte zwar mit dem Präparieren nach ihrer Vorstellung alles getan, was sie zur Tatbestandsverwirklichung tun musste. Jedoch stand die unbewusst selbstschädigende Handlung durch M noch aus. Zu entscheiden ist daher, auf wessen Handlung insoweit abzustellen ist – auf die Tathandlung des mittelbaren Täters oder auf die Mitwirkungshandlung des Opfers.

Hinweis: Teilweise liest man, dass „nach den Grundsätzen der mittelbaren Täterschaft [] auch die Fälle zu lösen [sind], in denen der Täter zunächst selbst handelt und nur die unmittelbare Erfolgs-

herbeiführung durch das Opfer selbst bewirkt wird.“²⁴ Sodann wird aber im Rahmen des unmittelbaren Ansetzens eine Sonderkonstellation „Distanzfälle (z.B. Sprengfallen, *Giftfallen* oder Distanzdelikte)“²⁵ gebildet. Gerade eine Giftfalle ist aber einer der klassischen Fälle (zu denen auch der Sirius-Fall²⁶ gehört) des „Opfers als Tatmittler gegen sich selbst“^{27, 28}. Insofern werden die allgemeinen Grundsätze dann doch modifiziert. Dies liegt daran, dass es bei den Distanzfällen oft an der – von manchen zum unmittelbaren Ansetzen bei mittelbarer Täterschaft vertretenen Theorien²⁹ – erforderlichen *Einwirkung* auf den Tatmittler fehlt. Für eine systematischen Aufarbeitung siehe *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 226, der solche Fälle als eine „Sonderform des beendeten Versuchs“ bezeichnet. Zur Falllösung ausführlich *Rotsch*, *Strafrechtliche Klausurenlehre*, 4. Aufl. 2022, Fall 2 Rn. 16 ff.

a) Gesamtlösung

Denkbar ist zunächst, auf das unmittelbare Ansetzen durch den Tatmittler, also hier das Opfer selbst, abzustellen (sog. Gesamtlösung³⁰), „weil die Handlung des [Hintermannes] und des Tatmittlers in der Weise als Einheit angesehen werden, da[ss] das Handeln des Hintermannes erst mit dem Abschluss der Mittlertätigkeit beendet ist.“³¹

Demnach hätte F (erst) unmittelbar angesetzt, als M sich in seinen Lieblingssessel setzte und sich den Inhalt der Wodka-Flasche zuführte.

b) Einzellösung

Weiterhin könnte auch auf den Zeitpunkt abgestellt werden, zu dem der Hintermann zur Einwirkung auf den Tatmittler unmittelbar ansetzt (sog. Einzellösung)³². In Fällen der unbewussten Selbstschädigung des Opfers fehlt es jedoch gerade an einer Einwirkung des Hintermanns auf den Tatmittler (siehe letzten Hinweiskasten). Insofern müsse auf die Vornahme der Täterhandlung abgestellt werden.³³

Damit hat F bereits mit dem Präparieren unmittelbar zur Tat angesetzt.

²⁴ *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 53. Aufl. 2023, Rn. 853.

²⁵ *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 53. Aufl. 2023, Rn. 958 – Hervorhebung durch *Verf.*

²⁶ BGH, Urt. v. 5.7.1983 – 1 StR 168/83 = BGHSt 32, 38 = NJW 1983, 2579.

²⁷ *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 53. Aufl. 2023, Rn. 853.

²⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 12.8.1997 – 1 StR 234/97 = NSTz 1998, 241 (242) – Passauer Giftfalle, der aber nur von einer „der mittelbaren Täterschaft verwandte Struktur“ spricht; *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 53. Aufl. 2023, Rn. 853 (Beispiel 7); *Rengier*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 2024, § 43 Rn. 9 f.; *Bock*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2021, Kap. 5 Rn. 172 i.V.m. Beispiel 116.

²⁹ Zitiert nach *Heinrich*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2022, Rn. 1508, Einwirkungstheorie („Das Versuchsstadium beginnt für den mittelbaren Täter bereits dann, wenn er auf den Tatmittler unmittelbar einwirkt“) sowie die differenzierende Theorie („Das Versuchsstadium beginnt für den mittelbaren Täter, sofern es sich um einen gutgläubigen Tatmittler handelt, bereits dann, wenn er auf diesen einzuwirken beginnt [...]“).

³⁰ *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2023, § 22 Rn. 9; *Krack*, *ZStW* 110 (1998), 611 (625 ff.); *Krack/Schwarzer*, *JuS* 2008, 140 (141); *Kühl*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 91; *Küper*, *JZ* 1983, 361 (369); *Mitsch*, in: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 13. Aufl. 2021, § 22 Rn. 78; *Rath*, *JuS* 1999, 143.

³¹ *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 228.

³² *Baumann*, *JuS* 1963, 85 (92 f.); *Schilling*, *Der Verbrechenversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, 1975, S. 101; so auch noch *Weber*, in: *Baumann/Weber/Mitsch*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11. Aufl. 2003, § 29 Rn. 155.

³³ *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 21/105 vor und in Fn. 197, 198; *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 229

c) Modifizierte Einzellösung

Die modifizierte Einzellösung überträgt die bei beendeter Tathandlung ohne Einsatz eines vom Opfer unterschiedenen menschlichen Werkzeugs vertretene Alternativ-Formel auf die mittelbare Täterschaft. Nach ihr ist ein unmittelbares Ansetzen anzunehmen, „wenn der Täter entweder den Geschehensverlauf aus seinem eigenen Herrschaftsbereich entlassen hat oder das Opfer in der Weise unmittelbar gefährdet wird, dass in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Tatbestandsverwirklichung auf seine Sphäre eingewirkt wird“³⁴. Entscheidend ist demnach das „Losschicken“ des Tatmittlers. Wie bereits festgestellt, fehlt es an einer Einwirkung und somit an einem Losschicken. Insofern setzt der mittelbare Täter schon vorher unmittelbar an, nämlich dann, wenn er die Kontrolle über das weitere Geschehen verliert, also spätestens dann, wenn der Tatmittler den weiteren Kausalverlauf übernimmt.

Nach dieser Auffassung stellt das Präparieren wohl noch eine bloße Vorbereitung dar. Indem F zur Arbeit gefahren ist, hat sie dann die Kontrolle über das weitere Geschehen verloren und den Kausalverlauf in die Hände des M gelegt. Auch nach der modifizierten Einzellösung hat F somit unmittelbar angesetzt.

d) BGH

Der BGH sieht in solchen Fällen, in denen „dem Opfer eine Falle gestellt wird, in die es erst durch eigenes Zutun geraten soll“³⁵, lediglich „eine der mittelbaren Täterschaft verwandte Struktur“³⁶.

„So setz[e] der Täter bereits zur Tat an, wenn er seine Falle aufstellt, doch wirkt dieser Angriff auf das geschützte Rechtsgut erst dann unmittelbar, wenn sich das Opfer in den Wirkungskreis des vorbereiteten Tatmittels begibt. Ob das der Fall ist, richtet[] sich nach dem Tatplan. Steh[e] für den Täter fest, das Opfer werde erscheinen und sein für den Taterfolg eingeplantes Verhalten bewirken, so lieg[e] eine unmittelbare Gefährdung (nach dem Tatplan) bereits mit Abschluß der Tathandlung vor [...]. Hält der Täter [...] ein Erscheinen des Opfers im Wirkungskreis des Tatmittels [...] für lediglich möglich, aber noch ungewiß oder gar für wenig wahrscheinlich [...], so [trete] eine unmittelbare Rechtsgutgefährdung nach dem Tatplan erst dann ein, wenn das Opfer tatsächlich erscheint, dabei Anstalten trifft, die erwartete selbstschädigende Handlung vorzunehmen und sich deshalb die Gefahr für das Opfer verdichtet.“³⁷

Nach dem Tatplan der F hätte M zeitnah nach ihrem Verschwinden den Inhalt der Wodka-Flasche konsumiert und wäre somit zunächst bewusstlos geworden und sodann gestorben. Somit liegt nach dem BGH eine unmittelbare Gefährdung (nach dem Tatplan) bereits mit Abschluss des Präparierens vor. Auch nach der Auffassung des BGH setzte F (bereits mit dem Präparieren) unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung an.³⁸

³⁴ Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 195; begründet von Roxin, in: FS Maurach, 1972, S. 213 ff.

³⁵ BGH, Urt. v. 12.8.1997 – 1 StR 234/97 = NStZ 1998, 241 (242).

³⁶ BGH, Urt. v. 12.8.1997 – 1 StR 234/97 = NStZ 1998, 241 (242).

³⁷ BGH, Urt. v. 12.8.1997 – 1 StR 234/97 = NStZ 1998, 241 (242).

³⁸ Insofern ist der Fall hier anders gelagert als beim Aufstellen eines vergifteten Getränks in der ungewissen Erwartung, Einbrecher würden erneut in ein Haus eindringen und das Getränk zu sich nehmen (BGH, Urt. v. 12.8.1997 – 1 StR 234/97 = BGHSt 43, 117 = NStZ 1998, 241 [Passauer Gift-Fall]); vielmehr liegt der Fall hier ähnlich zum Sprengfallen-Fall (BGH, Urt. v. 7.10.1997 – 1 StR 635/96 = NStZ 1998, 294) sowie zum Steckdosen-Fall (BGH, Beschl. v. 8.5.2001 – 1 StR 137/01 = NStZ 2001, 475).

e) Zwischenergebnis

F setzte nach allen Ansichten gem. § 22 StGB unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung an. Ein Streitentscheid, durch welches Verhalten dies letztendlich geschah, ist insoweit entbehrlich.

4. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich, sodass F rechtswidrig handelte.

5. Schuld

Entschuldigungs- oder Schuldausschließungsgründe sind nicht ersichtlich, sodass F auch schulhaft handelte.

6. Strafbefreiender Rücktritt, § 24 StGB

F könnte jedoch vom versuchten Totschlag zurückgetreten sein, indem sie es sich um 11:30 Uhr anders überlegt, frühzeitig Feierabend gemacht und auf der Fahrt nach Hause bereits einen Krankenwagen gerufen hatte, in der Hoffnung, M noch retten zu können.

a) Kein Fehlschlag

Nach h.M. schließt ein fehlgeschlagener Versuch bereits von vornherein einen Rücktritt aus.³⁹ Ein Versuch ist fehlgeschlagen, wenn der Täter *nach seiner Vorstellung* die Tat mit den bereits eingesetzten oder den zur Verfügung stehenden Mitteln nicht mehr ohne zeitliche Zäsur vollenden kann.⁴⁰

Entscheidend ist somit allein die Vorstellung der F. Sie ging davon aus, dass M bereits bewusstlos war und sein Tod nahte. Sie stellte sich mithin vor, dass der Tod des M ohne ihr Zutun zeitnah eintritt. Insofern ist der Versuch nach ihrer Vorstellung nicht fehlgeschlagen. Ein Rücktritt ist weiterhin möglich.

Hinweis: Zwar ist der Versuch *objektiv* „fehlgeschlagen“, weil M seinerseits ein Medikament seinem Wodka beimischte, welches die Wirkung der Beigabe durch F aufhob. Dies ist aber im Rahmen des Rücktritts niemals entscheidend. Der Rücktritt richtet sich *immer* nach der Vorstellung des Täters⁴¹ (Rücktrittshorizont⁴²).

b) Taugliches Rücktrittsverhalten

Fraglich ist sodann, ob sich das Rücktrittsverhalten der F nach § 24 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB bemisst.⁴³

³⁹ BGH, Beschl. v. 19.5.1993 – GSSt 1/93 = NJW 1993, 2061 (2062); BGH, Beschl. v. 2.11.2007 – 2 StR 336/07 = NStZ 2008, 393 (393); BGH, Ur. v. 25.10.2012 – 4 StR 346/12 = NStZ 2013, 156 (157); *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 9 f.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 77 f., 84; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 1012.

⁴⁰ BGH, Beschl. v. 16.5.2023 – 3 StR 137/23 = NStZ 2024, 31 (31); *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 37 Rn. 15.

⁴¹ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 1014.

⁴² BGH, Beschl. v. 22.9.2015 – 4 StR 359/15 = NStZ 2016, 332 (332).

⁴³ Vgl. *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, Fall 2 Rn. 45.

§ 24 Abs. 2 StGB modifiziert die Rücktrittsbedingungen des Abs. 1, wenn „an der Tat mehrere beteiligt“ sind. Die Beteiligung ist in § 28 Abs. 2 StGB zwar legaldefiniert und erfasst sowohl Täter als auch Teilnehmer. Umstritten ist jedoch, ob der Begriff der Beteiligung i.S.d. § 28 Abs. 2 StGB auf § 24 Abs. 2 StGB übertragbar ist.⁴⁴ Daran anschließend stellt sich sodann die Frage, ob § 24 Abs. 2 StGB auch auf den mittelbaren Täter anwendbar ist, da der Tatmittler selbst *in der Regel* aufgrund eines Defizits nicht selbst Täter ist.

aa) Daher ist nach einer Auffassung die Anwendung des § 24 Abs. 2 StGB auf die Fälle des „Täters hinter dem Täter“⁴⁵ zu beschränken, da es nur dann überhaupt weitere *strafbare* Beteiligte gibt.⁴⁶

bb) Sowohl der BGH als auch die herrschende Literatur bejahen eine Anwendung von § 24 Abs. 2 StGB grundsätzlich.⁴⁷ Einschränkend wird darauf abgestellt, dass der mittelbare Täter den weiteren Geschehensablauf aus der Hand gegeben haben muss, weil die unmittelbare Handlungsherrschaft dann nicht mehr bei ihm liege.⁴⁸ Darin komme (erst) die erhöhte Gefährlichkeit infolge der Beteiligung mehrerer zum Tragen, sodass § 24 Abs. 2 StGB anzuwenden sei.⁴⁹

cc) Andere hingegen bestimmen den Rücktritt des mittelbaren Täters stets nach Abs. 1, da der Tatmittler Werkzeug und daher gerade nicht „beteiligt“ sei.⁵⁰

Ein Streitentscheid kann aber dann dahinstehen, wenn sich bei § 24 Abs. 2 StGB keine anderen Anforderungen an die Rücktrittshandlung der F ergeben als nach § 24 Abs. 1 StGB.⁵¹

Der Tod des M ist zwar eingetreten, jedoch kann er F nicht zugerechnet werden (siehe oben). Insofern wird die Tat – also der Tod des M durch Intoxikation – ohne Zutun der F nicht vollendet. Diese Voraussetzung sehen freilich sowohl § 24 Abs. 1 S. 2 StGB als auch § 24 Abs. 2 S. 2 StGB vor, sodass der o.g. Streitentscheid dahinstehen kann. Um strafbefreiend vom Versuch zurückzutreten, müsste sie sich folglich jedenfalls freiwillig und ernsthaft bemüht haben, die Vollendung zu verhindern.

F hatte es sich um 11:30 Uhr anders überlegt und frühzeitig Feierabend gemacht. Sie ging davon aus, dass M bisher lediglich bewusstlos ist und hatte daher die Hoffnung und den Willen, M noch zu retten. Daher rief sie bereits auf dem Heimweg den Krankenwagen. Folglich hat sie sich ernsthaft und freiwillig, d.h. aus autonomen Motiven heraus,⁵² bemüht, den Tod des M zu verhindern und ist somit – sei es nach § 24 Abs. 1 S. 2 StGB oder nach § 24 Abs. 2 S. 2 StGB – strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten.

⁴⁴ Vgl. eingehend Mitsch, in: FS Baumann, 1992, S. 89 (92 ff.).

⁴⁵ Z.B. BGH, Urt. v. 15.9.1988 – 4 StR 352/88 = BGHSt 35, 347 = NJW 1989, 912 (Katzenkönig).

⁴⁶ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 24 Rn. 25; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 38 Rn. 3; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 308.

⁴⁷ BGH, Beschl. v. 28.10.1998 – 5 StR 176/98 = BGHSt 44, 204 (206 f.) = NJW 1999, 589; Ambos, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2022, StGB § 24 Rn. 23; Jescheck, ZStW 99 (1987) 111 (142); Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 551; Kudlich/Schuhr, in: SSW-StGB, 5. Aufl. 2021, § 24 Rn. 52, 55; Murmann, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 526; Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 24 Rn. 73, 106; Engländer, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 24 Rn. 72.

⁴⁸ Engländer, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 24 Rn. 72.

⁴⁹ Engländer, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 24 Rn. 72.

⁵⁰ Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 23 Rn. 51; so noch Vogler, in: LK-StGB, Bd. 1, 10. Aufl. 1985, § 24 Rn. 145; ders., ZStW 98 (1986), 331 (346 f.).

⁵¹ Vgl. Rotsch, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, Fall 1 Rn. 138, Fall 2 Rn. 53.

⁵² Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 52 i.V.m. Rn. 55.

Hartwig/Pommerenke: Ehe (es fünf vor zwölf ist)

7. Ergebnis

F ist nicht wegen versuchten Totschlags in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1 StGB strafbar.

Gesamtergebnis

F ist straflos.

Entscheidungsbesprechung

BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 2.22¹

Qualifizierter Grundrechtseingriff als Voraussetzung des Fortsetzungsfeststellungsinteresses in den Fällen sich typischerweise kurzfristig erledigender Maßnahmen

1. Das als Sachurteilsvoraussetzung der Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO erforderliche berechnete Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten Verwaltungsakts ist in den Fallgruppen der Wiederholungsgefahr, des Rehabilitationsinteresses sowie der Absicht zum Führen eines Schadensersatzprozesses anerkannt. Darüber hinaus kommt in den Fällen der sich typischerweise kurzfristig erledigenden Maßnahmen, in denen eine Überprüfung im gerichtlichen Hauptsacheverfahren nur im Rahmen einer Fortsetzungsfeststellungsklage möglich ist, ein fortbestehendes Rechtsschutzinteresse lediglich bei qualifizierten Grundrechtseingriffen in Betracht.
2. Ein das Fortsetzungsfeststellungsinteresse bei folgenlos erledigten Maßnahmen rechtfertigender qualifizierter Eingriff in das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) setzt typischerweise voraus, dass das individuelle Verhalten, welches mangels spezieller Grundrechtsgarantien nur dem Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG unterfällt, eine gesteigerte, dem Schutzgut der übrigen Grundrechte vergleichbare Relevanz für die Persönlichkeitsentfaltung besitzt.

(Amtliche Leitsätze)

VwGO § 113 Abs. 1 S. 4

GG Art. 2 Abs. 1, Art. 19 Abs. 4 S. 1

Wiss. Mitarbeiter Benjamin Poliak, Düsseldorf*

I. Einleitung

Gewisse hoheitliche Maßnahmen, insbesondere im Polizei- und Versammlungsrecht, sind dadurch charakterisiert, dass sie sich typischerweise kurzfristig erledigen;² Rechtsschutz ist in diesen Fällen regelmäßig nur nachträglich im Wege der Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO möglich.³ Diese erfordert ein besonderes – rechtliches, wirtschaftliches oder ideelles – Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten Verwaltungsakts.⁴ Zur Bestimmung dieses

* Benjamin Poliak ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und interdisziplinäre Rechtsforschung der Ruhr-Universität Bochum (Prof. Dr. Julian Krüper).

¹ Siehe BVerwG NVwZ 2024, 1027 ff. m. Anm. Ullrich/Hermes.

² Vgl. Riese, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 33. Lfg., Stand: Juni 2017, VwGO § 113 Rn. 121.

³ § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO erfasst grundsätzlich den Fall einer Erledigung nach Erhebung der Anfechtungsklage. Die Norm wird analog angewendet, wenn die Erledigung vor Klageerhebung eingetreten ist. Eine analoge Anwendung erfolgt auch bei Erledigung des Begehrens im Rahmen einer Verpflichtungsklage nach Klageerhebung, eine doppelt analoge Anwendung bei Erledigung vor Erhebung einer Verpflichtungsklage. Zum Ganzen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, Rn. 1421 ff..

⁴ Riese, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 33. Lfg., Stand: Juni 2017, VwGO § 113 Rn. 123

Interesses sind verschiedene Fallgruppen etabliert: Wiederholungsgefahr, Rehabilitierungsinteresse und Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses.⁵ Die hier besprochene Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts thematisiert eine vierte, umstrittenere Fallgruppe. Das Gericht entschied hierbei, dass ein berechtigtes Interesse i.S.d. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO auch dann gegeben ist, wenn sich ein belastender Verwaltungsakt typischerweise kurzfristig erledigt, soweit er – und das ist der entscheidende Aspekt – zusätzlich einen qualifizierten Grundrechtseingriff darstellt.

II. Sachverhalt

Per Bescheid wurde gegenüber dem Kläger ein räumlich auf Teile der Dortmunder Innenstadt und zeitlich auf zehn Stunden begrenztes Betretungs- und Aufenthaltsverbot angeordnet. Anlass war die Hochrisikobegegnung der 1. Fußball-Bundesliga zwischen Borussia Dortmund und Schalke 04. Die Risikoeinschätzung des Polizeipräsidiums Dortmund stützte sich auf die Anwesenheit verfeindeter, teilweise gewaltbereiter Ultras und ultra-naher Personen im und am Stadion. Der Kläger ist Capo (Vorsänger) der Dortmunder Ultras, hat also innerhalb der Fanszene eine bedeutsame Stellung. Laut Polizeipräsidium wies der Kläger ein hohes Gefahrenpotenzial auf; unter anderem war er zwei Jahre vor Erlass der Maßnahme im Zusammenhang mit einem Fußballspiel an einem Landfriedensbruch beteiligt. Seitdem trat er polizeilich nicht mehr in Erscheinung. Eine Klage gegen den Bescheid vor dem Verwaltungsgericht wurde als unzulässig abgewiesen.⁶ Auch die Berufung wurde vom Oberverwaltungsgericht zurückgewiesen.⁷ Mit der Revision zum Bundesverwaltungsgericht beehrte der Kläger die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Betretungs- und Aufenthaltsverbots.

III. Entscheidung

Das Bundesverwaltungsgericht wies die Revision mangels berechtigten Interesses an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des erledigten Aufenthalts- und Betretungsverbots analog § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO zurück.⁸ Eine Wiederholungsgefahr, ein Rehabilitationsbedürfnis und ein Präjudizinteresse des Klägers verneint das Gericht.⁹ Für die somit relevant werdende Fallgruppe der sich aufgrund ihrer Eigenart typischerweise kurzfristig erledigenden Verwaltungsakte bedürfe es wiederum „eines qualifizierten (tiefgreifenden, gewichtigen bzw. schwerwiegenden) Grundrechtseingriffs“.¹⁰

Begründet wird dieses zusätzliche Erfordernis wie folgt: Aus dem Wortlaut des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO und dem systematischen Zusammenhang zu § 42 VwGO folge der Ausnahmecharakter nachträglicher gerichtlicher Überprüfung erledigter Verwaltungsakte.¹¹ Da stets ein Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG angenommen werden könnte,¹² würde das spezifische Erfordernis des berechtigten Interesses

m.w.N. aus der Rspr.

⁵ Riese, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 33. Lfg., Stand: Juni 2017, VwGO § 113 Rn. 125.

⁶ VG Gelsenkirchen, Urt. v. 5.6.2020 – 17 K 2391/19.

⁷ OVG Münster, Urt. v. 7.12.2021 – 5 A 2000/20.

⁸ BVerwG NVwZ 2024, 1027 (1028 Rn. 15).

⁹ BVerwG NVwZ 2024, 1027 (1029 Rn. 17–19).

¹⁰ BVerwG NVwZ 2024, 1027 (1029 Rn. 21 f. – Zitat bei Rn. 22). Zu unterscheiden ist die hier gegebene Situation von Maßnahmen, die zwar schwerwiegende Grundrechtseingriffe darstellen, sich aber nicht typischerweise kurzfristig erledigen, vgl. Riese, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 33. Lfg., Stand: Juni 2017, VwGO § 113 Rn. 144.

¹¹ BVerwG NVwZ 2024, 1027 (1029 f. Rn. 24).

¹² Siehe zur Auslegung des Art. 2 Abs. 1 GG als allgemeine Handlungsfreiheit BVerfGE 80, 137 (152); Barczak, in: Dreier, GG, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 2 Abs. 1 Rn. 31 f.

nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO weitgehend leerlaufen, käme es nicht auf das zusätzliche Erfordernis eines qualifizierten Grundrechtseingriffs an.¹³ Bestätigt werde dies durch § 161 Abs. 2 S. 1 VwGO, mit welchem der Gesetzgeber Arbeitseinsparungen bei den Gerichten bezweckte; der Entlastungseffekt wäre stark eingeschränkt, würde bei sich typischerweise kurzfristig erledigenden Maßnahmen die kurzfristige Erledigung als solche für die Annahme eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses und somit für die Fortsetzung des Verwaltungsprozesses genügen.¹⁴ Diese Auslegung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO stünde zudem mit Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG in Einklang.¹⁵ Dieser garantiere auch bei erledigten Rechtsverletzungen effektiven Rechtsschutz, setze jedoch ein Rechtsschutzbedürfnis voraus.¹⁶ Ferner stünden weder bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung noch europarechtliche Vorgaben oder die Rechtsauffassung eines anderen Senats des Bundesverwaltungsgerichts entgegen.¹⁷

Zur Feststellung eines qualifizierten Grundrechtseingriffs ließen sich der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung Leitlinien als Orientierungshilfe entnehmen.¹⁸ Zulässig sein müsse eine nachträgliche Überprüfung bei einer möglichen Verletzung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), Grundrechtseingriffen, die unter Richtervorbehalt stehen, sowie bei objektiver Willkür (Art. 3 Abs. 1 GG).¹⁹ Eingriffe in Art. 2 Abs. 1 GG seien dagegen nur ausnahmsweise von solchem Gewicht, dass sie im Falle der Erledigung ein berechtigtes Interesse nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO begründen könnten; der weit gefasste Schutzbereich erfordere eine entsprechende Eingrenzung, um das Kriterium des Fortsetzungsfeststellungsinteresses nicht leerlaufen zu lassen.²⁰ Für die Annahme eines qualifizierten Eingriffs in Art. 2 Abs. 1 GG komme es somit darauf an, „dass das individuelle Verhalten [...] eine gesteigerte, dem Schutzgut der übrigen Grundrechte vergleichbare Relevanz für die Persönlichkeitsentfaltung besitzt“. ²¹ Im konkreten Fall verneint das Gericht einen qualifizierten Grundrechtseingriff.²² Der Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG beeinträchtige den Kläger lediglich in seinen „Möglichkeiten zur Gestaltung der Freizeit [...] und der Erledigung seiner alltäglichen Geschäfte“. ²³ Auf subjektive Gesichtspunkte dürfe nicht rekurriert werden, anzulegen sei ein objektiver Maßstab.²⁴

IV. Bewertung

In der Literatur ist es umstritten, ob es für die hier entscheidende Frage auf die Intensität des Grundrechtseingriffs ankommt.²⁵ Teilweise wird argumentiert, dass ein besonderes Interesse an der nachträglichen Feststellung der Rechtswidrigkeit bereits darin liege, dass Verwaltungsakte in Rede stehen, die sich ihrer Eigenart nach typischerweise kurzfristig erledigen, sodass Rechtsschutz regel-

¹³ BVerwG NVwZ 2024, 1027 (1030 Rn. 24).

¹⁴ BVerwG NVwZ 2024, 1027 (1030 Rn. 26).

¹⁵ BVerwG NVwZ 2024, 1027 (1030 Rn. 28).

¹⁶ BVerwG NVwZ 2024, 1027 (1030 Rn. 29).

¹⁷ BVerwG NVwZ 2024, 1027 (1030 f. Rn. 30 f., 1032 Rn. 36 ff. Vgl. zur bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung BVerfGE 110, 77 (86 Rn. 28); BVerfG NJW 2017, 545 (545 f. Rn. 11).

¹⁸ BVerwG NVwZ 2024, 1027 (1031 Rn. 32).

¹⁹ BVerwG NVwZ 2024, 1027 (1031 Rn. 33).

²⁰ BVerwG NVwZ 2024, 1027 (1031 Rn. 35).

²¹ BVerwG NVwZ 2024, 1027 (1031 Rn. 35).

²² BVerwG NVwZ 2024, 1027 (1032 Rn. 40–42).

²³ BVerwG NVwZ 2024, 1027 (1032 Rn. 41 f. – Zitat bei Rn. 42).

²⁴ BVerwG NVwZ 2024, 1027 (1032 Rn. 42). Abermals wird mit dem aus §§ 42, 113 Abs. 1 S. 4 VwGO folgenden Ausnahmecharakter gerichtlicher Überprüfung erledigter Verwaltungsakte argumentiert.

²⁵ Dagegen etwa *Riese*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 33. Lfg., Stand: Juni 2017, VwGO § 113 Rn. 143; dafür etwa *Unterreitmeier*, NVwZ 2015, 25 (28).

mäßig nicht erreicht werden kann.²⁶ Auf diese Weise liefe das Kriterium nicht leer, sondern bliebe auf bestimmte Maßnahmen, regelmäßig aus dem Polizei- und Versammlungsrecht, beschränkt. Die Frage eines berechtigten Interesses müsse sich an Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG orientieren, nicht (primär) an prozessökonomischen Erwägungen.²⁷ Das besondere Rechtsschutzinteresse, das Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG voraussetzt,²⁸ könne in der – der jeweiligen Maßnahme immanenten – fehlenden Möglichkeit rechtzeitigen Rechtsschutzes gesehen werden.

Dem ist entgegenzuhalten, dass eine Erledigung des Verwaltungsaktes, unabhängig davon, wann oder wie sie eintritt, tatbestandliche Voraussetzung des § 113 Abs. 1 S. 4 VGO ist. In der Art der Erledigung ein „berechtigtes“ Interesse zu sehen, führt zu einer Uminterpretation der Norm. Auch der Verweis auf Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG geht fehl, schließlich ist die grundsätzliche Möglichkeit nachträglichen Rechtsschutzes gem. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO gegeben. Die §§ 42, 113 Abs. 1 S. 4, 161 Abs. 2 S. 1 VwGO illustrieren, dass ein verwaltungsgerichtliches Verfahren bei Erledigung des Streitgegenstandes nicht ohne weiteres fortgeführt werden kann.²⁹ Insofern überzeugt die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts dahingehend, im Falle sich typischerweise kurzfristig erledigender Verwaltungsakte zusätzlich einen qualifizierten Grundrechtseingriff zu fordern.

Im vorliegenden Fall kommt es also darauf an, ob das unter Art. 2 Abs. 1 GG³⁰ fallende Verhalten „eine gesteigerte, dem Schutzgut der übrigen Grundrechte vergleichbare Relevanz für die Persönlichkeitsentfaltung besitzt“.³¹ Dies ist hier jedoch, entgegen der Ansicht des Gerichts, zu bejahen. Das Bundesverwaltungsgericht nimmt eine ausschließlich objektive Betrachtung vor.³² Die Frage, ob für die Bestimmung der Intensität eines Eingriffs objektive oder subjektive Kriterien anzulegen sind, kann an dieser Stelle nur aufgeworfen werden; im Zusammenhang mit der verfassungsrechtlichen Diskussion um eine allgemeine Impfpflicht während der Coronapandemie hatte sie Konjunktur.³³ Eine nähere Begründung, warum nicht zumindest ergänzend auf das Selbstverständnis des Klägers abzustellen ist, wäre wünschenswert gewesen. Auf Ebene des Schutzbereichs finden Selbstverständ-

²⁶ So schon BVerwGE 146, 303 (311 f. Rn. 32). Vgl. auch *Riese*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 33. Lfg., Stand: Juni 2017, VwGO § 113 Rn. 143 f. Siehe ferner *Lindner*, NVwZ 2014, 180 (183): „Eine Rechtsverletzung ist und bleibt [...] auch dann eine Rechtsverletzung, wenn der Betroffene davon nicht mehr betroffen ist“. Ähnlich *Funke*, in: Dreier, GG, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 19 Abs. 4 Rn. 78. Kritisch *Thiele*, DVBl. 2015, 954 (955 f.), der in der Unterscheidung von Dauerverwaltungsakten und sich kurzfristig erledigenden Verwaltungsakten einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG sieht; er stellt darauf ab, ob der Grundrechtseingriff „eine gewisse Qualität“ erreicht, *Thiele*, DVBl 2015, 954 (957).

²⁷ *Riese*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 33. Lfg., Stand: Juni 2017, VwGO § 113 Rn. 121. Freilich stehen hinter der (Rechtsschutz erweiternden) Fallgruppe des Präjudizinteresses ebenfalls prozessökonomische Erwägungen, vgl. *Unterreitmeier*, NVwZ 2015, 25 (28).

²⁸ Vgl. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 18. Aufl. 2024, Art. 19 Rn. 48.

²⁹ Vgl. *Unterreitmeier*, NVwZ 2015, 25 (28).

³⁰ Vgl. zu anderen in Betracht kommenden Grundrechten *Henseler*, Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, 2016, S. 266 ff.

³¹ BVerwG NVwZ 2024, 1027 (1031 Rn. 35).

³² BVerwG NVwZ 2024, 1027 (1032 Rn. 42).

³³ Vgl. insbesondere die Diskussionen auf dem Verfassungsblog: *Sacksofsky*, Verfassungsblog v. 21.1.2022, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/allgemeine-impfpflicht-ein-kleiner-piks-ein-groeses-verfassungsrechtliches-problem/> (24.9.2024); *Gärditz*, Verfassungsblog v. 24.1.2022, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/grundrechtsdogmatik-auf-dem-jahrmarkt-der-wahrheiten/> (24.9.2024); *Sacksofsky*, Verfassungsblog v. 28.1.2022, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/allgemeine-impfpflicht-ii-und-die-abwehr-des-subjektiven/> (24.9.2024); *Gärditz*, Verfassungsblog v. 29.1.2022, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/abwagungs-rationalitaet-und-subjektive-beliebigkeit/> (24.9.2024); *Bull*, Verfassungsblog v. 2.2.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/subjektivierung-der-grundrechte-eine-verfassungsrechtliche-sackgasse/> (24.9.2024); *Reinhardt/Hong*, Verfassungsblog v. 3.2.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/willkurfreiheit-und-impfpflicht/> (24.9.2024). Einordnung bei *Krüper*, in: Dreier, GG, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 76.

niserwägungen insbesondere bei Grundrechten mit gesteigertem Persönlichkeits- und Individualbezug, namentlich bei der Religions- und Kunstfreiheit, sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Rechtswissenschaft Berücksichtigung.³⁴ Mag das Füttern von Tauben, um ein Beispiel aus der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur zu bemühen, für die meisten Personen eine Banalität darstellen, kann dies für einen 90-jährigen Menschen wesentlicher Inhalt alltäglicher Beschäftigung und damit auch persönlichkeitsprägend sein.³⁵ Zwar kann eine subjektive Perspektive nicht in gleichem Maße wie für den Schutzbereich auch für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung, insbesondere die Abwägung mit widerstreitenden Interessen, Relevanz beanspruchen.³⁶ Jedoch ist die hier in Rede stehende Frage der Intensität eines Grundrechtseingriffs mit der Bestimmung des Inhalts und Umfangs eines Freiheitsrechts strukturell vergleichbar.³⁷ Um nicht jeder noch so abstrusen subjektiven Erwägung Tür und Tor zu öffnen, bedarf es eines objektiven Korrektivs in Gestalt einer Plausibilitätskontrolle.³⁸

Für den *Capo* einer Ultragruppierung sind Besuche von Fußballspielen wesentliche Eckpfeiler des eigenen Lebens. Ultras widmen ihre gesamte Freizeit dem Fußball und der Unterstützung einer Mannschaft, indem sie zeit- und kostenaufwendige Choreografien herstellen und am Spieltag selbst mittels Gesängen, Trommeln, Konfetti und Fahnen Stimmung im Stadion erzeugen.³⁹ Spiele gegen rivalisierende Mannschaften, wie hier im Falle des Klägers, weisen dabei einen besonders hohen emotionalen Wert auf. Objektives Indiz dafür, dem Besuch eines Fußballspiels eine persönlichkeitsprägende Dimension zuschreiben zu können, ist die Tatsache, dass der Fußball auch im Leben vieler anderer Menschen – gerade in Deutschland – eine wichtige, „quasireligiöse“ Rolle einnimmt.⁴⁰ Dies ist durch Fernsehquoten, Auslastungskapazitäten von Stadien, Anmeldungen in Amateurvereinen, sogar durch politische Entscheidungen wie die Öffnung von Fußballstadien während der Coronapandemie in gewisser Hinsicht belegbar. Dass die Verhinderung der Teilnahme an besagtem Fußballspiel für den Kläger eine qualifizierte Beeinträchtigung der Persönlichkeitsentfaltung darstellte, ist hinreichend plausibel. Es ist nicht überzeugend, eine geringe Eingriffsintensität ausschließlich mit der räumlichen und zeitlichen Begrenzung des Betretungs- und Aufenthaltsverbots zu begründen.

V. Prüfungsrelevanz und Fazit

Die Entscheidung eignet sich hervorragend für eine (Examens-)Klausur im Öffentlichen Recht: Zulässigkeitsprobleme im Rahmen einer Fortsetzungsfeststellungsklage können mit einer polizeirechtlichen Prüfung, etwa nach § 34 PolG NRW, kombiniert werden; der Grundrechtsbezug auf Ebene der

³⁴ Die Frage des Selbstverständnisses als Rechtskriterium hat lange Tradition, vgl. nur *Isensee*, Wer definiert die Freiheitsrechte?, 1980; *Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993. Vgl. zur Religionsfreiheit BVerfGE 24, 236 (247 f.); 153, 1 (34 f. Rn. 80); *Sydow*, in: Dreier, GG, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 4 Rn. 83 ff.; vgl. zur Kunstfreiheit etwa *Germelmann*, in: Dreier, GG, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 Rn. 43.

³⁵ Beispiel nach *Kahl*, Der Staat 43 (2004), 167 (185). Insoweit bleiben, entgegen der Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts, sehr wohl schwierige Abgrenzungsfragen im Einzelfall, vgl. auch BVerfGE 80, 137 (154) zur weiten Auslegung des Art. 2 Abs. 1 GG.

³⁶ Siehe auch *Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, S. 423 ff.

³⁷ Vgl. *Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, S. 428 f.

³⁸ Vgl. nur BVerfGE 83, 341 (353); 153, 1 (34 f. Rn. 80).

³⁹ Siehe zur Ultra-Bewegung etwa *Duttler/Haigis*, Ultras, 2016. *Kalscheuer*, FAZ Einspruch v. 11.6.2024, abrufbar unter <https://www.faz.net/einspruch/warum-der-fussball-staerker-durch-unsere-verfassung-geschuetzt-werden-muss-19781920.html> (24.9.2024) spricht von „kollektive[r] Teilhabe an (potentiell) symbolischer Unsterblichkeit“. Vgl. zum Künstlerischen des Auftretens aktiver Fans in Fußballstadien *Helmstetter*, Unerlaubte Kunst, 2022, S. 62 Fn. 76; *Poliak*, ZJS 2024, 19 (22 Fn. 24).

⁴⁰ So *Kalscheuer*, FAZ Einspruch v. 11.6.2024, abrufbar unter <https://www.faz.net/einspruch/warum-der-fussball-staerker-durch-unsere-verfassung-geschuetzt-werden-muss-19781920.html> (24.9.2024).

Zulässigkeit und Begründetheit, Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG, bietet zudem viel Raum für Argumentation. Auf Ebene der Zulässigkeit müsste im Rahmen der statthaften Verfahrensart festgestellt werden, dass § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog anzuwenden ist, weil es sich um eine Erledigung vor Klageerhebung handelt. Für die Klagebefugnis genügt, dass ein Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG möglich erscheint. Dargelegt werden muss das hier Besprochene im Rahmen des Prüfungspunktes „Fortsetzungsfeststellungsinteresse“. Es bietet sich an, zunächst die gängigen Fallgruppen (Wiederholungsgefahr, Rehabilitationsinteresse, Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses) zu prüfen – insbesondere eine Wiederholungsgefahr dürfte bei Fußballfans regelmäßig zu bejahen sein – und sodann zu diskutieren, ob und unter welchen Voraussetzungen auch eine vierte Fallgruppe sich typischerweise kurzfristig erledigender Verwaltungsakte in Betracht kommt.

Das Bundesverwaltungsgericht entschied, dass es für diese Fallgruppe darauf ankommt, dass die zugrundeliegende Maßnahme einen qualifizierten Grundrechtseingriff darstellt.⁴¹ Lediglich die Subsumtion überzeugt dabei nicht vollends, da sie eine subjektive Perspektive ausschließt. Anders als vom Gericht angenommen, kann die Persönlichkeitsentfaltung Einzelner durchaus davon abhängen, im Walde reiten,⁴² Tauben füttern oder Fußball schauen zu können. Wird dies (rechtswidrig) vereitelt, muss die Möglichkeit nachträglicher gerichtlicher Überprüfung offenstehen.

⁴¹ So nun auch VG München, Urt. v. 2.7.2024 – M 3 K 21.6299, Rn. 32 ff. (juris).

⁴² Anders BVerfGE 80, 137 (170) – Sondervotum *Grimm*: „Die Persönlichkeitsentfaltung des Einzelnen hängt nicht von der Möglichkeit ab, im Walde zu reiten.“ Dazu *Kahl*, *Der Staat* 43 (2004), 167 (191): „blanker Dezisionismus“. Auf einen Teil des Sondervotums von *Grimm* (BVerfGE 80, 137 [164 f.]) rekurriert das Bundesverwaltungsgericht explizit, BVerwG NVwZ 2024, 1027 (1031 Rn. 35).

Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 18.10.2023 – 1 StR 222/23¹

Beweisverwertungsverbot, Angehörige, Zeugnisverweigerungsrecht, Teilverzicht

Gestattet ein Zeuge trotz Ausübung seines Zeugnisverweigerungsrechts § 52 Abs. 1 StPO die Verwertung früherer Aussagen, so kann er dies nicht auf einzelne Vernehmungen beschränken. Ein Teilverzicht führt vielmehr dazu, dass sämtliche früheren Angaben – mit Ausnahme richterlicher Vernehmungen nach Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht – unverwertbar sind.

(Amtlicher Leitsatz)

StPO §§ 52, 252

Prof. Dr. Anne Schneider, LL.M., Düsseldorf*

I. Einführung

Während das Strafprozessrecht im Grundstudium in der Regel noch keine Rolle spielt, erfreuen sich strafprozessuale Fragestellungen in der staatlichen Pflichtfachprüfung recht großer Beliebtheit. Das gilt v.a. für die mündliche Prüfung, insbesondere soweit diese – wie in vielen Bundesländern üblich – auch von Praktikerinnen und Praktikern abgenommen wird. Aber auch in Klausuren sind immer wieder strafprozessuale Fragen zu beantworten, die entweder in die Fallbearbeitung integriert oder als Zusatzfrage gestellt werden. Besonders beliebt sind in diesem Zusammenhang Fragen zu § 252 StPO in Verbindung mit dem Zeugnisverweigerungsrecht der Angehörigen aus § 52 StPO. In diesen Kontext reiht sich die vorliegende Entscheidung des BGH zu der Frage ein, ob die Zeugnisverweigerungsberechtigte die Verwertung einzelner im Ermittlungsverfahren erfolgter Vernehmungen gestatten kann. Ohne Zweifel ist die Entscheidung deshalb für die staatliche Pflichtfachprüfung von höchster Relevanz und sollte von allen Examenskandidatinnen und -kandidaten gekannt werden.

II. Sachverhalt

Der Angeklagte war vom LG Konstanz wegen mehrfacher Vergewaltigung und gefährlicher Körperverletzung der Zeugin Z, seiner Schwester, verurteilt worden.² Z war im Ermittlungsverfahren durch die Polizei und eine Ermittlungsrichterin vernommen worden, außerdem hatte sie mit einer aussagepsychologischen Sachverständigen über die Sache gesprochen. In der Hauptverhandlung verweigerte die Zeugin gem. § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO die Aussage, gestattete aber die Verwertung der Angaben

* Anne Schneider ist Inhaberin des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=135839&pos=22&anz=1097> sowie veröffentlicht in NSTZ 2024, 173.

² Siehe BGH, Beschl. v. 18.10.2023 – 1 StR 222/23 = NSTZ 2024, 173; LG Konstanz, Urte. v. 30.1.2023 – 2 KLS 27 Js 12016/22 jug. = BeckRS 2023, 37468.

vor der Sachverständigen. Das LG verurteilte den Angeklagten zu einer mehrjährigen Jugendstrafe und stützte sich dabei auf die richterliche Vernehmung und die Angaben vor der Sachverständigen, nicht jedoch auf die polizeiliche Vernehmung, weil diese vom Einverständnis der Zeugin nicht umfasst war. Gegen diese selektive Verwertung richtet sich die Revision der Verteidigung.

III. Entscheidung

Der BGH hat der Revision stattgegeben. Es sieht in der selektiven Zustimmung zur Verwertung einen Verfahrensfehler, auf dem das Urteil i.S.d. § 337 StPO beruht, und hat die Sache zur erneuten Verhandlung an eine andere Jugendkammer des LG Konstanz zurückgewiesen.

Das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 Abs. 1 StPO diene dem Schutz des Zeugen, der nicht durch seine der Wahrheitspflicht unterliegende Aussage zur Belastung eines Angehörigen beitragen müsse.³ Der Zeuge habe bis zur Hauptverhandlung die Möglichkeit, über die Verwertung seiner früheren Aussage zu entscheiden, was im Beweisverwertungsverbot des § 252 StPO zum Ausdruck komme.⁴ Nach ständiger Rspr. könne der Zeuge zudem der Verwertung seiner früheren Angaben zustimmen und insoweit auf den Schutz des § 252 StPO verzichten, wobei die fehlende Möglichkeit einer konfrontativen Befragung bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden müsse.⁵

Allerdings sei es unzulässig, wenn der Zeuge nur für bestimmte Aussagen auf den Schutz durch § 252 StPO verzichte. Schutzzweck des § 252 StPO i.V.m. § 52 StPO sei es ausschließlich, dem Zeugen die Entscheidung darüber zu belassen, ob er sich als Beweismittel gegen seinen Angehörigen zur Verfügung stellen wolle oder nicht.⁶ Er habe hingegen kein schützenswertes Interesse daran, den Umfang der Verwertbarkeit seiner Angaben zu bestimmen.⁷ Insoweit seien dem Einfluss des Zeugen auf das Strafverfahren im Interesse der Wahrheitsforschung Grenzen zu ziehen.⁸

Da die Zeugin nur in Bezug auf die Angaben vor der Sachverständigen einen Verzicht auf den Schutz des § 252 StPO erklärt hatte, dieser Teilverzicht aber unzulässig war, liege insgesamt kein wirksamer Verzicht vor, so dass die Angaben vor der Sachverständigen nicht verwertet werden dürfen.⁹ Etwas Anderes gelte für die Angaben vor der Ermittlungsrichterin, die nach ständiger Rspr. verwertbar seien, wenn die Zeugin zuvor ordnungsgemäß über ihr Zeugnisverweigerungsrecht belehrt worden war.¹⁰

IV. Bewertung

In der hier besprochenen Entscheidung äußert sich der BGH erstmals zu der umstrittenen Frage, ob der Zeugnisverweigerungsberechtigte auch nur die Verwertung eines Teils seiner im Ermittlungsverfahren getätigten Aussagen gestatten kann. Schon die Fragestellung zu erfassen setzt vertiefte Kenntnisse des § 252 StPO voraus, die von Examenskandidatinnen und -kandidaten allerdings

³ BGH NStZ 2024, 173 (173).

⁴ BGH NStZ 2024, 173 (173).

⁵ BGH NStZ 2024, 173 (173 f.).

⁶ BGH NStZ 2024, 173 (174).

⁷ BGH NStZ 2024, 173 (174).

⁸ BGH NStZ 2024, 173 (174).

⁹ Siehe dazu schon BGH NJW 2020, 3537 (3538 f.).

¹⁰ BGH NStZ 2024, 173 (173). Siehe dazu grundlegend die Entscheidung des *Großen Senats für Strafsachen* in BGHSt 61, 221.

regelmäßig erwartet werden.¹¹ Daher soll im Folgenden zunächst ein kurzer Überblick über § 252 StPO gegeben werden, bevor näher auf die Entscheidung eingegangen wird.

1. Zur Auslegung von § 252 StPO

§ 252 StPO enthält dem Wortlaut nach nur das Verbot, die Aussage eines Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung das Zeugnis verweigert, zu verlesen. Entsprechendes gilt gem. § 255a Abs. 1 StPO für die Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung. Andere Beweismittel wie etwa die Vernehmung der vernehmenden Person als Zeugen wären danach zulässig. Nach ständiger Rspr. und nahezu einhelliger Ansicht in der Literatur sind allerdings auch solche Beweismittel grds. unzulässig, da die Regelung des § 252 StPO ansonsten leicht zu umgehen sei, d.h. aus § 252 StPO folgt grds. ein allgemeines Beweisverwertungsverbot.¹² Hierfür spricht auch, dass die Vorschrift ansonsten im Vergleich zu § 250 S. 2 StPO überflüssig wäre, der ebenfalls ein Verlesungsverbot enthält.¹³

Von diesem Beweisverwertungsverbot gibt es allerdings verschiedene Ausnahmen. Die wohl wichtigste und auch examensrelevanteste betrifft Vernehmungen, die durch den Ermittlungsrichter erfolgt sind (s. §§ 162 Abs. 1 S. 3, 168c StPO). Nach ständiger Rspr. ist es im Fall einer richterlichen Vernehmung gestattet, den Ermittlungsrichter als Zeugen über den Inhalt der Aussage zu vernehmen.¹⁴ Begründet wird diese Ausnahme mit der höheren Qualität der richterlichen ggü. der polizeilichen Vernehmung, die aus den Differenzierungen in § 251 StPO und auch § 255a Abs. 2 StPO sowie den Strafvorschriften der §§ 153 ff. StGB ersichtlich sei. Eine qualifizierte Belehrung hält der *Große Senat für Strafsachen* nicht für erforderlich.¹⁵ Die Verlesung des richterlichen Vernehmungsprotokolls sowie das Abspielen einer Bild-Ton-Aufzeichnung der richterlichen Vernehmung werden hingegen nach wie vor als unzulässig angesehen.¹⁶ Für bestimmte Straftaten wie z.B. Sexualdelikte sieht § 255a Abs. 2 StPO bei minderjährigen Zeugen allerdings die Möglichkeit einer Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung einer richterlichen Vernehmung vor, die nach Ansicht des BGH auch in den Fällen des § 252 StPO zulässig sein soll.¹⁷

In der Rspr. ist außerdem anerkannt, dass der Zeuge die Verwertung seiner im Ermittlungsverfahren getätigten Aussage gestatten kann.¹⁸ Die Aussage kann dann über die Vernehmung der Verhörsperson bzw. des Sachverständigen in die Hauptverhandlung eingeführt werden (nicht aber durch Verlesung des Protokolls). Problematisch ist daran, dass der Angeklagte dann ggf. keine Möglichkeit hatte, die Zeugenaussage zu hinterfragen, weil eine Konfrontation in der Hauptverhandlung gerade nicht stattfindet. Das kann eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren darstellen (Art. 6 Abs. 3

¹¹ Dies gilt auch dann, wenn Strafprozessrecht nur „im Überblick“ beherrscht werden soll. Für das Staatsexamen ist man daher gut beraten, sich intensiv mit § 252 StPO zu beschäftigen.

¹² Grundlegend BGHSt 2, 99; zusammenfassend BGHSt 61, 221 (230 ff. Rn. 31 ff.); siehe aus der Literatur nur *Velten*, in: SK-StPO, Bd. 5, 5. Aufl. 2016, § 252 Rn. 3 f.; *Kraatz*, Jura 2011, 170 (171); *Göken*, JA 2024, 39 (39).

¹³ *Jahn*, JuS 2024, 179 (179).

¹⁴ Ausführlich BGHSt 61, 221 (234 ff. Rn. 37 ff.) m.w.N. Siehe auch BVerfG BeckRS 2008, 31927; *El Ghazi/Merold*, StV 2012, 250 (250 ff.).

¹⁵ BGHSt 61, 221 (241 ff. Rn. 53 ff.).

¹⁶ Gerade in Bezug auf die Bild-Ton-Aufzeichnung wird kritisiert, dass es widersprüchlich sei, wenn das bessere Beweismittel (Video) nicht verwertet werden dürfte, wohl aber die naturgemäß nicht 100%ig präzise Erinnerung des Ermittlungsrichters herangezogen werden dürfe, siehe *Krüger*, in: MüKo-StPO, Bd. 2, 2. Aufl. 2024, § 255a Rn. 12.

¹⁷ BGH NStZ 2020, 181 (181).

¹⁸ Grundlegend BGHSt 45, 203 m. Anm. *Ranft*, NJW 2001, 1305 (1306 ff.).

lit. d EMRK). Diesem Umstand muss durch eine „vorsichtige Beweiswürdigung“ Rechnung getragen werden.¹⁹

2. Zur selektiven Gestattung der Verwertung früherer Vernehmungen

Vor diesen rechtlichen Prämissen geht der BGH der Frage nach, ob sich die Zustimmung des Zeugen auch nur auf einen Teil der Vernehmungen im Ermittlungsverfahren beziehen darf. Dies verneint er – der Zeuge könne nur die Verwertung aller Vernehmungen gestatten oder keine.²⁰ Diese Entscheidung ist in der Literatur überwiegend auf Zustimmung gestoßen.²¹ Die wenigen kritischen Stimmen wenden sich meist nicht gegen das Ergebnis an sich, sondern gegen die Begründung oder gegen die Prämissen des BGH.²² Die Entscheidung kann daher auf verschiedenen Ebenen kritisiert werden, die zu unterscheiden sind.

a) Kritik auf Basis der Prämissen des BGH

Legt man die vom BGH vertretenen Prämissen zugrunde, stellt sich die Frage, ob § 252 StPO eine selektive Verwertung früherer Vernehmungen gestattet. Der *Wortlaut* lässt dies zu, da § 252 StPO im Wortlaut nur die Verlesung von Protokollen verbietet, nicht aber die Vernehmung der Verhörsperson bzw. der Sachverständigen, die die Aussage wahrgenommen hat. Er legt allerdings die Verwertung einer früheren Aussage auch nicht unbedingt nahe.²³

Historisch war die Vorschrift geschaffen worden, um die Umentscheidungsfreiheit des Zeugen zu schützen und eine Umgehung des Zeugnisverweigerungsrechts zu verhindern.²⁴ Dies spricht dafür, der Entscheidung des Zeugen einen breiten Stellenwert einzuräumen, was für eine selektive Verwertung spricht.

In *systematischer Hinsicht* ist zu berücksichtigen, dass § 252 StPO sich auf das Zeugnisverweigerungsrecht bezieht und dieses akzentuiert: Einerseits steht dem Zeugen nicht nur die Freiheit zu, auszusagen oder das Zeugnis zu verweigern, sondern (zumindest im Fall der Angehörigen) gewährt § 252 StPO eine Umentscheidungsfreiheit.²⁵ Das Beweisverwertungsverbot ist von der Entscheidung des Zeugen abhängig. Wird dem Zeugen aber so ein weitreichendes Wahlrecht eingeräumt, spricht dies eher dafür, dem Zeugen auch eine Selektion zu erlauben, weil dem Zeugen so ein größerer Entscheidungsspielraum bleibt.²⁶ Andererseits findet sich die Regelung nicht im Kapitel zu den Zeugnisverweigerungsrechten, sondern bei den Unmittelbarkeitsvorschriften. Dies deutet darauf hin, dass es auch darum geht, den Unmittelbarkeitsgrundsatz zu wahren, indem es für unzulässig erklärt wird, die Aussage nur mittelbar durch Verlesung des Protokolls heranzuziehen. Die Systematik der Norm ist daher uneindeutig: die Umentscheidungsfreiheit spricht für die Verwertbarkeit früherer Aussagen, der Unmittelbarkeitsgrundsatz – unabhängig von einer Selektion – dagegen.

¹⁹ BGH NStZ 2024, 173 (173 f.).

²⁰ BGH NStZ 2024, 173 (174).

²¹ Deutscher, StRR 2024, 19 (21); Jahn, JuS 2024, 179 (179); Lorenz, FD-StrafR 2024, 800568; Wohlers, JR 2024, 372 (374 f.); trotz Kritik im Ergebnis auch v. Heintschel-Heinegg, NStZ 2024, 174 (174 f.); abl. aber Jäger, JA 2024, 429 (431); Gräbener, jurisPR-StrafR 4/2024 Anm. 3.

²² Siehe etwa Jäger, JA 2024, 429 (431); Wohlers, JR 2024, 372 (374 f.); v. Heintschel-Heinegg, NStZ 2024, 174 (175).

²³ Zutreffend Roxin, in: FS Rieß, 2002, S. 451 (455).

²⁴ Zu den Hintergründen Velten, in: SK-StPO, Bd. 5, 5. Aufl. 2016, § 252 Rn. 1.

²⁵ Siehe dazu auch Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2021, S. 135.

²⁶ So auch der Schluss von Gräbener, jurisPR-StrafR 4/2024 Anm. 3; Wollweber, NJW 2001, 3760 (3760 f.).

Der BGH stellt daher maßgeblich auf das *Telos* des § 252 StPO ab. Dieses bestimmt er akzessorisch zum Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 StPO. § 52 StPO solle dem Schutz des Zeugen davor dienen, durch die Aussage zur Belastung seines Angehörigen beitragen zu müssen.²⁷ Gleichwohl komme eine selektive Verwertung einzelner Aussagen nicht in Betracht, da sich der Schutz darauf beschränke, dass der Zeuge entscheiden könne, ob er sich als Beweismittel zur Verfügung stellt oder nicht. Den Umfang der Verwertbarkeit könne er hingegen nicht bestimmen.

Geht man mit dem BGH davon aus, dass § 52 StPO allein diesen Schutzzweck hat, stellt sich dennoch die Frage, warum eine selektive Verwertung von Aussagen nicht zulässig sein soll.²⁸ Es leuchtet nicht auf Anheb ein, warum die Entscheidung des Zeugen nur auf das „Ob“ der Beweisverwertung, nicht aber für den Umfang relevant sein soll. Vielmehr kann aus Sicht des Zeugen die vollständige Verwertung aller Aussagen stärkere Konflikte hervorbringen als die Selektion einer der Aussagen.²⁹ Das lässt sich besonders gut an dem Beispiel sehen, in dem der Zeuge im Ermittlungsverfahren zwei widersprüchliche Aussagen getätigt hat, also eine entlastende und eine belastende Aussage, von denen eine falsch ist. Könnte der Zeuge durch die Zustimmung zur Verwertung allein die Berücksichtigung der objektiv richtigen Aussage erreichen, wäre sein Konflikt wohl geringer, als wenn er die Widersprüchlichkeit seiner Aussagen und die Falschaussage im Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung einführen müsste.

Es trifft daher nicht zu, dass der Schutzzweck des § 52 StPO nicht so weit reicht bzw. der Zeuge kein Interesse an einer selektiven Verwertung der früheren Aussagen hat.³⁰ Vielmehr ist das Interesse, wie der BGH zutreffend ausführt, nicht „schützenswert“, weil insoweit dem Interesse an der Wahrheitsforschung Vorrang gebührt.³¹ § 252 StPO statuiert ein selbständiges Beweisverwertungsverbot für zuvor rechtmäßig unter Verzicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht getätigte Aussagen.³² Solche Beweisverwertungsverbote beruhen auf einer Interessenabwägung. Hier streitet das Interesse des Zeugen vor der Verhinderung der Mitwirkung an der Belastung seiner Angehörigen mit den Strafverfolgungsinteressen. Gerade im Fall widersprüchlicher Aussagen wäre es mit Blick auf die Wahrheitsfindung hochproblematisch, wenn der Zeuge darüber entscheiden könnte, ob die entlastende oder belastende Aussage in die Hauptverhandlung eingeführt werden solle.³³ Der Widerspruch, der Zweifel an der Glaubhaftigkeit der Aussage weckt, würde dadurch verschleiert und damit möglicherweise der Beweiswert der Aussage überschätzt. Der Zeuge würde damit zum „Herr des Verfahrens“.³⁴ Daher ist dem BGH darin zuzustimmen, dass die Entscheidungsfreiheit des Zeugen insoweit einzuschränken ist.

Nicht verkannt werden darf jedoch, dass es nach ständiger Rspr. im Strafverfahren schon jetzt häufig zu einer selektiven Verwertung von Vernehmungen im Ermittlungsverfahren kommt, nämlich dann, wenn der das Zeugnis verweigernde Zeuge der Verwertung der polizeilichen Vernehmung nicht zustimmt und daher nur die ermittelungsrichterliche Vernehmung – wie hier über die Vernehmung der Ermittlungsrichterin als Zeugin – in das Verfahren eingeführt wird. Das gilt auch im Fall eines Widerspruchs zwischen der verwertbaren ermittelungsrichterlichen Vernehmung und der

²⁷ BGH NStZ 2024, 173 (173).

²⁸ Gräbener, jurisPR-StrafR 4/2024 Anm. 3.

²⁹ Siehe auch v. Heintschel-Heinegg, NStZ 2024, 174 (175).

³⁰ Vgl. BGH NStZ 2024, 173 (174).

³¹ BGH NStZ 2024, 173 (174). Kritisch allerdings Gräbener, jurisPR-StrafR 4/2024 Anm. 3.

³² v. Heintschel-Heinegg, NStZ 2024, 174 (175).

³³ Siehe auch Deutscher, StRR 2024, 19 (21); Jäger, JA 2024, 429 (431); siehe schon Wollweber, NJW 2001, 3760 (3761).

³⁴ Keiser, NStZ 2000, 458 (458).

unverwertbaren polizeilichen.³⁵ Auch diese Verwertung einer Aussage im Ermittlungsverfahren verschärft den Konflikt des Zeugen, der sich nachher gegen die Aussage in der Hauptverhandlung entscheidet. Zudem hat der Zeuge es auch hier in der Hand, ob er die ermittelungsrichterliche Aussage so stehen lassen soll oder widersprüchliche andere Aussagen im Ermittlungsverfahren miteinbezogen werden sollen. Der Zeuge hat daher gerade durch die selektive Verwertung der ermittelungsrichterlichen Aussage die Wahl, ob er es bei der selektiven Verwertung belässt oder auch die Verwertung der anderen Aussagen im Ermittlungsverfahren gestattet.³⁶ Das Alles-oder-Nichts-Prinzip gilt für Aussagen vor dem Ermittlungsrichter gerade nicht.³⁷ Der BGH hätte näher begründen müssen, warum diese Form der selektiven Verwertung zulässig ist, die andere hingegen nicht.

b) Kritik der Prämissen des BGH

Mit Blick auf diese Ungereimtheiten stellt sich die Frage, ob es tatsächlich überzeugend ist, dem Zeugen die Möglichkeit zu geben, trotz Zeugnisverweigerung in der Hauptverhandlung durch Zustimmung die Verwertung der im Ermittlungsverfahren getätigten Aussagen zu erreichen.³⁸ Zu Recht wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass der Zeuge in diesem Fall nicht dem Konflikt, sondern nur der Konfrontation mit dem Angeklagten in der Hauptverhandlung aus dem Weg geht.³⁹ Bei der polizeilichen Vernehmung von Zeugen hat der Verteidiger - anders als bei der richterlichen Vernehmung, § 168c Abs. 2 StPO – kein Anwesenheitsrecht. Das gilt erst recht für den unverteidigten Angeklagten. Auch bei der Sachverständigenexploration ist der Verteidiger i.d.R. nicht zugegen. Gem. Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK muss der Beschuldigte aber die Möglichkeit haben, Belastungszeugen zu befragen. Sofern der Zeuge das Zeugnis in der Hauptverhandlung verweigert und im Ermittlungsverfahren keine Konfrontation stattgefunden hat, ist der Beweiswert der Aussage stark vermindert und reicht allein nicht für eine Verurteilung aus.⁴⁰

Letztendlich hat es damit der verweigerungsberechtigte Zeuge in der Hand, ob er aussagt und damit ein starkes Beweismittel schafft, oder ob er die Verwertung seiner früheren Aussagen gestattet und dadurch ein schwächeres Beweismittel schafft, oder ob er dem Verfahren das Beweismittel vollständig entzieht.⁴¹ Damit trifft genau das ein, was der BGH in der hier besprochenen Entscheidung ablehnt, denn der Zeuge entscheidet nicht nur darüber, ob er als Beweismittel in Betracht kommt, sondern auch über das „Wie“, nämlich über die Qualität des eigenen Aussagebeweises.⁴² Das mag bei einer ermittelungsrichterlichen Vernehmung, bei der der Verteidiger ein Anwesenheitsrecht hat, weniger extrem sein, wobei auch eine solche Aussage qualitative Einbußen aufweist, weil nicht das unmittelbare Beweismittel herangezogen wird.

Bezweifeln lässt sich außerdem, ob die Vermeidung des Konflikts des Zeugen tatsächlich der einzige Schutzzweck des § 52 StPO ist. Dafür gibt es drei Gründe: Erstens ist es zweifelhaft, ob das Inte-

³⁵ Siehe Jäger, JA 2024, 429 (431 f.).

³⁶ So auch Jäger, JA 2024, 429 (432).

³⁷ Kritisch auch Jäger, JA 2024, 429 (432); Keiser, NStZ 2000, 458 (458).

³⁸ Ablehnend etwa AE Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (58); Velten, in: SK-StPO, Bd. 5, 5. Aufl. 2016, § 252 Rn. 25a; Schmitt, NStZ 2013, 213 (214); Wollweber, NJW 2000, 1702 (1702); befürwortend aber Cirener/Sander, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, Bd. 6, 27. Aufl. 2020, § 252 Rn. 22; Ranft, NJW 2001, 1305 (1306 ff.).

³⁹ Roxin, in: FS Rieß, 2002, S. 451 (455); Wohlers, JR 2024, 372 (375).

⁴⁰ Siehe etwa EGMR (V. Sektion), Urt. v. 26.7.2018 – 59549/12 (Deutschland/N.K.) = NJOZ 2020, 48 m.w.N. Siehe auch Wohlers, JR 2024, 372 (375 f.).

⁴¹ Siehe auch die Kritik von Keiser, NStZ 2000, 458 (460); Gräbener, jurisPR-StrafR 4/2024 Anm. 3.

⁴² Schmitt, NStZ 2013, 213 (214); Wollweber, NJW 2000, 1702.

resse, Angehörige nicht belasten zu müssen, tatsächlich bei allen von § 52 StPO erfassten Personen-
gruppen besteht. Dagegen wird das Zeugnisverweigerungsrecht in offenkundig vergleichbaren
Konfliktsituationen, etwa bei einem beschuldigten nichtehelichen Lebensgefährten, nicht gewährt.⁴³
Zweitens gibt es in der StPO andere Vorschriften, die Ermittlungsmaßnahmen unter Verweis auf § 52
StPO einschränken, etwa §§ 81c Abs. 3, 95 Abs. 2 S. 2, 97 Abs. 1 Nr. 1, 100d Abs. 5 S. 3 StPO. Nicht alle
dieser Vorschriften lassen sich mit einem Konflikt des Zeugen erklären.⁴⁴ Drittens wird § 52 StPO auch
ansonsten nicht als reines Recht des Zeugen aufgefasst. Ginge es in § 52 StPO wirklich nur um ein
Recht des Zeugen, könnte der Beschuldigte dessen Verletzung, etwa durch eine fehlende Belehrung,
nicht mit der Revision rügen.⁴⁵

Diese Beispiele zeigen, dass der vom BGH propagierte Schutzzweck in der StPO nicht konsequent
umgesetzt wird. Dabei sind besonders Fälle von innerfamiliärer Gewalt und sexuellem Missbrauch
problematisch. Diese Fälle sind dadurch gekennzeichnet, dass in der Regel alle Zeugen ein Zeugnis-
verweigerungsrecht haben und die Zeugen oft unter sozialem Druck stehen, von ihrem Zeugnis-
verweigerungsrecht Gebrauch zu machen.⁴⁶ Sowieso ist das Dunkelfeld solcher Straftaten sehr
hoch.⁴⁷ Gerade bei innerfamiliären Straftaten wird der Konflikt des Zeugen durch § 252 StPO und die
dem Zeugen gewährte Umentscheidungsfreiheit verschärft. Das Zeugnisverweigerungsrecht führt
möglicherweise dazu, dass dysfunktionale Strukturen zementiert werden.⁴⁸

Das ist verfassungsrechtlich problematisch, weil der Staat verpflichtet ist, die Bürger vor Gewalt-
verbrechen zu schützen.⁴⁹ Es dürfte auch der Grund für die in ständiger Rspr. anerkannten Ausnah-
men für die ermittelungsrichterliche Vernehmung und die Zustimmung zur Verwertung sein: Man hofft
(nicht ganz unbegründet), hierdurch dem potenziellen Beweisnotstand zu entgehen, der im Fall der
Zeugnisverweigerung durch die Opferzeugen droht.⁵⁰ Mit dem Schutz des Zeugen vor einem Konflikt
zwischen der Belastung Angehöriger und der Wahrheit lassen sich die Ausnahmen jedenfalls nicht
erklären. Vorzugswürdig wäre es, eine gesetzliche Regelung für die in der Praxis besonders proble-
matischen Fälle der Opferzeugen zu finden, nach der in diesen Verfahren das Zeugnisverweigerungs-
recht und akzessorische Rechte im Interesse einer effektiven Strafverfolgung eingeschränkt wer-
den.⁵¹

⁴³ Siehe zum Personenkreis mit entsprechendem Interesse ausführlich *Schneider*, Strafprozessuale Ermittlungs-
maßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2021, S. 259 ff.

⁴⁴ Ausführlich dazu *Schneider*, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte,
2021, S. 572 ff.

⁴⁵ Das ist aber allgemein anerkannt, siehe *Kreicker*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 52 Rn. 80.

⁴⁶ Siehe *Bialek*, Das strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen unter besonderer
Berücksichtigung von Schutzzweck und Enumerationsprinzip, 2000, S. 69; *Bosch*, Jura 2012, 33 (38).

⁴⁷ Siehe *Jaklin*, NStZ 2021, 70 (71).

⁴⁸ *Bialek*, Das strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen unter besonderer Berück-
sichtigung von Schutzzweck und Enumerationsprinzip, 2000, S. 67 f.; *Gärditz/Stuckenberg*, in: Wolter/Schenke,
Zeugnisverweigerungsrechte bei (verdeckten) Ermittlungsmaßnahmen, 2002, S. 99 (117 f.); *Kremer*, Straf-
prozessuale Angehörigenprivilegien im Rechtsvergleich, 2018, S. 76; *Schneider*, Strafprozessuale Ermittlungs-
maßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2021, S. 481 f.

⁴⁹ *Schneider*, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2021, S. 493 f.

⁵⁰ *Schneider*, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2021, S. 494.

⁵¹ Siehe die Vorschläge von AE Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (55 ff.); *B. Neumann*, Zeugnisverweigerungsrechte
und strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, 2005, S. 373 ff. (§ 53b Abs. 2 S. 4 StPO-E); *Kremer*, Strafprozes-
suale Angehörigenprivilegien im Rechtsvergleich, 2018, S. 311 f.; *Schneider*, Strafprozessuale Ermittlungs-
maßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2021, S. 717 ff.

V. Ergebnis

Im Ergebnis ist der Entscheidung des BGH zuzustimmen: Die Zeugnisverweigerungsberechtigte sollte nicht durch die selektive Zustimmung zur Verwertung einzelner Aussagen noch mehr Einfluss auf das Verfahren gewinnen, als sie bereits hat. Die Begründung übergeht aber allzu nonchalant die Tatsache, dass Zeugnisverweigerungsberechtigte nach ständiger Rspr. bereits die Möglichkeit zur selektiven Verwertung haben und den Beweiswert seiner eigenen Aussagen mitbestimmen können.

In der Praxis werden die Ermittlungsbehörden nach wie vor auf eine ermittlungsrichterliche Vernehmung setzen, um unabhängig von der Zustimmung des Zeugnisverweigerungsberechtigten verwertbare Beweise zu erhalten und dadurch Opfer innerfamiliärer Straftaten effektiv schützen zu können.⁵² Eine Verurteilung nach Neuverhandlung ist im hier besprochenen Fall wegen der ermittlungsrichterlichen Vernehmung daher auch dann wahrscheinlich, wenn die Zeugin der Verwertung *aller* früheren Aussagen nicht zustimmt, zumal für die Vergewaltigungstaten auch § 255a Abs. 2 StPO anwendbar ist, also die Bild-Ton-Aufzeichnung der ermittlungsrichterlichen Vernehmung vorgeführt werden kann.⁵³

Dennoch offenbart der Fall die dunkle Seite des Zeugnisverweigerungsrechts: Verweigert der (Opfer-)Zeuge das Zeugnis und sind, wie oft in Fällen innerfamiliärer Straftaten, andere Beweismittel nicht vorhanden, ist eine effektive Strafverfolgung nicht möglich. Dass die Rechtsprechung sich hier mit allerlei ungeschriebenen Ausnahmen zu § 252 StPO helfen muss, ist auf das Versäumnis des Gesetzgebers zurückzuführen, Umfang und Grenzen des Zeugnisverweigerungsrechts eindeutig zu regeln.

⁵² *Deutscher*, StRR 2024, 19 (21). Für eine zeitnahe Vernehmung *Jaklin*, NStZ 2021, 70 (71 ff.).

⁵³ Vgl. LG Konstanz, Urt. v. 30.1.2023 – 2 KLs 27 Js 12016/22 jug. = BeckRS 2023, 37468.

Buchrezension

Mager, Ute: Staatsrecht II, Grundrechte, 8. Aufl., Verlag Kohlhammer, Stuttgart 2024, 371 S., 37 €.

*Stud. iur. Janne Fromberg, M.C.L. (Fribourg), Heidelberg**

I. Einleitung

Sechs Jahre nach Erscheinen der Voraufgabe hat die Heidelberger Staatsrechtlerin *Ute Mager* die nunmehr 8. Auflage ihres 1976 von *Ingo v. Münch* (damals noch unter dem Titel „Grundbegriffe des Staatsrechts“) begründeten Lehrbuchs zu den Grundrechten vorgelegt. Die erste Veränderung springt dabei schon bei einem Blick aufs Cover ins Auge, das zehn Jahre nach ihrem Hinzutreten jetzt nur noch *Magers* Namen trägt. Entsprechendes gilt bereits seit 2021 für das ebenfalls von ihr verantwortete und in derselben Reihe des Verlags Kohlhammer erscheinende Werk zum Staatsorganisationsrecht.¹ Im Dickicht der deutschen Lehrbuchliteratur zum Staatsrecht ist *Mager* seit der teilweisen Federübergabe *Jörn Ipsens* an *Ann-Katrin Kaufhold* und *Thomas Wischmeyer* damit die einzige Autorin, die allein für ein Lehrbuch sowohl zum Staatsorganisationsrecht als auch den Grundrechten verantwortlich zeichnet. Dieser Umstand könnte auch die im Verhältnis zu den praktisch jährlich bis zweijährlich neu aufgelegten sonstigen Standardwerken längere Aktualisierungsdauer erklären. Ein Blick in das Werk zeigt: trotz einzelner Kritikpunkte im Detail lohnt sich die Lektüre insbesondere für Fortgeschrittene, um nicht nur Einzelwissen, sondern Systemverständnis zu entwickeln.

II. Aufbau

Mit gerade einmal 352 Seiten Inhaltstext ist das anzuzeigende Lehrbuch eines der dünneren seiner Gattung. Mehr als 50 Seiten davon sind der ausformulierten Lösung von insgesamt 16 Übungsfällen gewidmet. Diese Übungsfälle sind fast allesamt Originalentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nachempfunden. Hinzu kommen diverse Aufbauschemata sowie hilfreiche tabellarische Übersichten.

Wie die Mehrzahl der Grundrechtslehrbücher bleibt *Mager* der Unterteilung in einen Allgemeinen und einen Besonderen Teil treu. Neu hinzugekommen ist zudem ein Kapitel, welches die Grundrechte in der Corona-Pandemie in den Blick nimmt. Vorangestellt ist eine Einführung, in der u.a. die grundrechtsbezogenen methodischen Herausforderungen unterstrichen werden (S. 1–6). Im ersten Teil werden auf ca. 14 Seiten sodann die (ideen-)geschichtliche Entwicklung der Grundrechte auf nationaler sowie internationaler Ebene beleuchtet und das grundrechtliche Mehrebenensystem aus GG – EMRK – GRCh aufgezeigt. Anschließend beginnt der dogmatische Teil des Lehrbuchs mit den allgemeinen Grundrechtslehren (S. 21–74).

Die einzelnen Grundrechte behandelt die *Autorin* nicht in der Reihenfolge des Grundgesetzes, sondern verfolgt eine thematische „Ordnung, die von der Person ausgeht und sodann gewissermaßen in konzentrischen Kreisen ihre verschiedenen Bezüge zur Umwelt in den Blick nimmt: Familie

* Der *Rezensent* studiert Rechtswissenschaften an der Universität Heidelberg und ist stud. Mitarbeiter am dortigen Institut für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht (IVR) bei Prof. Dr. Dr. h.c. *Wolfgang Kahl*, M.A. Transparenzhinweis: Zum organisatorisch ebenfalls am IVR Heidelberg angesiedelten Lehrstuhl der Autorin *Mager* bestanden und bestehen keine persönlichen, ausbildungsbezogenen oder beruflichen Kontakte.

¹ *Mager*, Staatsrecht I, 9. Aufl. 2021.

und Schule, Religion, Kommunikation, Wirtschaftsleben, Zugehörigkeit zum Staat“, wie sie es im Vorwort (S. V) beschreibt. Die Justizgrundrechte werden in dem Buch nicht behandelt, da *Mager* diese dogmatisch als Bestandteile des Rechtsstaatsprinzips einordnet und daher in Band I zum Staatsorganisationsrecht darstellt. Ähnliches gilt für die besonderen Diskriminierungsverbote, die sich außerhalb des Grundrechtsteils finden lassen (z.B. Art. 33 Abs. 3 GG). Auf die entsprechenden Fundstellen wird verwiesen, wer aber im Staatsorganisationsrecht nicht mit dem – empfehlenswerten – Buch von *Mager* arbeitet und das Grundrechtslehrbuch isoliert heranziehen möchte, sollte sich dieses Umstands bewusst sein.

Im neuen Kapitel zu den Grundrechten in der Corona-Pandemie wird die wichtigste Rechtsprechung zu den jeweils einzelnen Grundrechten auf ca. zehn Seiten zusammengefasst.

Der Platz wird entsprechend der Prüfungsrelevanz der verschiedenen Grundrechte alles in allem sinnvoll verteilt, Schwerpunkte gut nachvollziehbar gesetzt. Auffällig ist dabei der besondere Fokus, den das Buch auf das Kapitel zur Religions- und Gewissensfreiheit legt. Mit 31 Seiten wird der Religionsfreiheit mit Abstand am meisten Platz zugestanden, was sich zum einen aus dem wissenschaftlichen Schwerpunkt der *Verfasserin*² und zum anderen aus der Behandlung der gem. Art. 140 GG inkorporierten Weimarer Artikel erklären lässt; auch die Gewissensfreiheit erhält sieben Seiten inkl. eigenem Fall. Auf der anderen Seite werden die in staatsrechtlichen Prüfungsarbeiten sehr bedeutsamen Kommunikationsgrundrechte aus Art. 5 GG auf je drei bis sieben Seiten und mit insgesamt nur einem Übungsfall etwas zu knapp behandelt.

In den Fußnoten wird dabei nur das allernötigste an Rechtsprechungsnachweisen und wenige Literaturzitate geführt, dafür sind nach jedem Abschnitt weiterführende Sammelnachweise angeführt. Das steigert einerseits die Übersichtlichkeit, andererseits erschwert es aber das Auffinden vertiefender Literatur zu spezifischen Textpassagen ein wenig.

III. Inhalt

1. Historische Hintergründe und Allgemeiner Teil

Die *Autorin* beschränkt sich im Rahmen der (ideen-)geschichtlichen Fundamente und Entwicklung der Grundrechte auf das Wesentliche. Ausgehend von Humanismus, Aufklärung und rationalistischem Naturrecht werden die Meilensteine der Grundrechtsentwicklung sowie die deutsche Grundrechtsgeschichte auf wenigen Seiten dargestellt (S. 7–11). *Mager* erhebt hier keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Angesichts des Umstands, dass viele Studierende die historischen Grundlagenkapitel in Lehrbüchern aber ohnehin nur überfliegen, erscheint die knappe Darstellung sehr sinnvoll. Die Überblicke über die Entstehung und Änderungen des grundgesetzlichen Grundrechtsteils (S. 12 f.) und die Entwicklung des Grund- und Menschenrechtsschutzes weltweit, regional sowie auf Unions-ebene (S. 14 ff.) werden durch eine äußerst nützliche Vergleichsübersicht der Gewährleistungen von GG, EMRK und GRCh abgerundet.

Die Kapitel zu den Allgemeinen Grundrechtslehren sind inhaltlich allesamt äußerst lehrreich, weisen aber in ihrer Darstellungsart Licht und Schatten auf. Positiv hervorzuheben ist einerseits etwa der Abschnitt zur Grundrechtsmündigkeit (Rn. 68 ff.), in dem die in der Literatur nicht stets konsequent eingehaltene Differenzierung zwischen Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsausübung deutlich gemacht wird. Ebenfalls instruktiv präsentiert wird der für Studierende anspruchsvolle Themenkreis rund um die Grundrechtsträgerschaft juristischer Personen. Hier wird zunächst das Telos

² Siehe nur *Mager*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 4 Rn. 1 ff., Art. 140 Rn. 1 ff.

der Norm erarbeitet, bevor die einzelnen Tatbestandsmerkmale in systematischen Schritten seziert werden.

Andererseits erscheinen die Darstellungen zu Institutsgarantien (Rn. 53 ff.) sowie zu Grundrechtsbindung und -verpflichtung nicht besonders klausurorientiert. Die schwierigen Fragen des Beginns und Ende des Lebens werden zwar klar herausgearbeitet, hier könnten aber Verweise auf spätere Ausführungen i.R.v. Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 2 S. 1 GG einen besseren Überblick zu den vertretenen Positionen verschaffen. Die Eingriffsdogmatik wird gut verständlich vermittelt, wenngleich eine griffige(re) Definition für den modernen Eingriffsbegriff hilfreich wäre (Rn. 115 f.). Angemessen knapp wird auch auf die Rechtsprechung zur intertemporalen Freiheitssicherung eingegangen, wobei Gedanken zu deren Übertragbarkeit interessant wären (Rn. 117a).

Herzstück fast jeder Grundrechtsklausur ist die verfassungsrechtliche Rechtfertigung, deren Darstellung deutlich zu wenig Platz gewidmet wird. Das gilt zwar nicht für die Ausführungen zu den Grundrechtsschranken, jedoch für den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Dessen einzelne Bestandteile werden zwar dargestellt und definiert (Rn. 131). Aufgrund der überragenden Bedeutung für eine Klausurbearbeitung wären hier längere Ausführungen und (mehr) Beispiele für die einzelnen Prüfungsstufen hilfreich. Insbesondere wie eine Angemessenheitsprüfung zu strukturieren ist, wird leider nicht näher erläutert.³ Zudem erscheint es gerade für Anfänger*innen wichtig, die unterschiedlichen Bezugspunkte der Verhältnismäßigkeit des Schrankengesetzes und jener eines auf ihm beruhenden Einzelakts deutlicher präsentiert zu bekommen. Mit Blick auf die fehlende Klausurrelevanz nachvollziehbar ist, dass der Streit um die Bestimmung der Wesensgehaltsgrenze nur angedeutet wird, ohne dass die verschiedenen Ansätze präsentiert werden (Rn. 130).

Auf die für die Grundrechtsklausur bedeutendste Form des Rechtsschutzes, die Verfassungsbeschwerde, wird ebenfalls nur kurz eingegangen. Hier wären längere Ausführungen wünschenswert, da gute Kenntnisse für Klausurbearbeitende von überragender Relevanz sind und Leser*innen so zwingend auf die Hinzunahme anderer Lehrbücher angewiesen sind.

2. Einzelne Grundrechte

a) Vorzüge des Buchs

Die Ausführungen zu den einzelnen Grundrechten erweisen sich als äußerst prägnant; auf „überflüssige“ Füllsätze oder undienliche Wiederholungen wird im gesamten Buch verzichtet. Dieser dichte Schreibstil erleichtert einerseits den Lesefluss, verlangt dem/der Leser*in aber zugleich eine hohe Konzentration ab. Paradigmatisch hierfür ist etwa das Kapitel zum Allgemeinen Gleichheitssatz, der auf wenigen Seiten dargestellt wird, ohne an Details, wie den verschiedenen Rechtfertigungsmaßstäben, der Bedeutung für die Selbstbindung der Verwaltung oder die eingeschränkten Rechtsfolgen bei Feststellung einer Ungleichbehandlung zu sparen.

Besonders hervorzuheben ist *Magers* Fähigkeit, abstrakte Begriffe, die gerade nicht anhand einer griffigen Definition wiedergegeben werden können, auf ein handhabbares und klausurorientiertes Maß herunterzubrechen. Dies wird etwa bei den Ausführungen zum Begriff der Menschenwürde, aber auch zur objektiv-berufsregelnden Tendenz bei Art. 12 Abs. 1 GG erkennbar.

Ferner zeichnet sich das Buch durch eine besondere Betonung von Zusammenhängen und der Bereitstellung von Kontexten aus. Das gelingt zum einen durch die oft nur wenigen, aber äußerst hilfreichen, weil einordnenden einleitenden Sätze zu jedem Grundrecht, durch ganze einführende

³ Instruktiv *Michael/Morlok*, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 624 ff.; *Michael*, ZJS 2023, 788 (801 ff.).

Abschnitte wie zum Gleichheitssatz, aber selbstverständlich auch durch die Hauptausführungen zu den einzelnen Grundrechten. So wird z.B. bei Art. 2 Abs. 1 GG nicht nur auf die Weite des Schutzbereichs verwiesen, sondern auch die daraus resultierenden Konsequenzen in der gesamten Rechtsordnung (Adressatentheorie im Verwaltungsrecht, Privatautonomie im Zivilrecht) anschaulich vermittelt. Auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) wird nicht schlicht als richterrechtliche Erfindung bezeichnet, sondern von seinen Anfängen in der Rechtsprechung des BGH her äußerst verständlich und stets mit Blick auf die notwendige Entwicklungsoffenheit rekonstruiert. Bei der Eigentumsfreiheit des Art. 14 GG verlieren die Ausführungen zwar teilweise ein wenig an Prägnanz. Das Grundrecht lässt sich jedoch mit seiner feingliedrigen und historisch begründeten, für Studierende alles andere als leicht zu durchdringende Sonderdogmatik kaum ohne fundierte Hintergrundkenntnisse erschließen. Diese Kenntnisse vermittelt das Buch. Wenngleich praktisch nie prüfungsrelevant verschafft auch die Lektüre zum Asylgrundrecht (Art. 16a GG) zugleich einen hervorragenden Überblick über relevante Völker- und Unionsrechtsakte und veranschaulicht die komplexen Verflechtungen im Mehrebenensystem der Grundrechte.

Insbesondere den Darstellungen zu den Kommunikationsgrundrechten kommt es zudem zugute, dass *Mager* sich nicht in einer Fülle ausdifferenzierender Rechtsprechung verliert, sondern sich auf wesentliche Leitentscheidungen fokussiert. Ihr gelingt es dadurch, (auch mit Blick auf Klausuren) hilfreiche Richtlinien herauszukristallisieren.

Wie bereits erwähnt stellen die Glaubens- und Weltanschauungsfreiheit sowie die Gewissensfreiheit einen Schwerpunkt der *Verfasserin* dar, was sich nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ positiv bemerkbar macht. Die Ausführungen gehen inhaltlich über das üblicherweise für eine Klausur Notwendige z.T. hinaus und eignen sich auch für Interessenten des Religionsverfassungsrechts. Insoweit von der Rechtsprechung des BVerfG oder der h.M. abweichende Auffassungen vertreten werden (bspw. zu subj. Recht auf staatliche Neutralität [Rn. 378] oder Art. 4 GG als allg. Handlungsfreiheit für glaubensbasiertes Verhalten [Rn. 384]), überzeugen *Magers* anschauliche Argumentationen. Neben der Rechtsprechung des BVerfG werden hier zudem auch wichtige Entscheidungen des EuGH zu religionsspezifischen Kleidungsstücken und deren Verbot dargelegt (Rn. 379). Positiv hervorzuheben ist neben der besonderen Betonung der praktisch (und in der Klausur) besonders relevanten Probleme rund um Religion im staatlich organisierten Bereich (Rn. 393 f.) auch der Abschnitt zu den durch Art. 140 GG inkorporierten Artikel der Weimarer Reichsverfassung. Hier zeigt *Mager* nicht nur hilfreiche historische Hintergründe auf, sondern stellt auch stets das Verhältnis der jeweiligen Vorschrift zu Art. 4 GG klar. Eine erwägenswerte Ergänzung wäre lediglich ein Hinweis auf die Sprengkraft, welche der Rechtssache *Egenberger* (Rn. 403a) mit Blick auf das Verhältnis von BVerfG und EuGH zukommt.⁴

Das Buch wird mit einem neuen Kapitel zu den Grundrechten in der Corona-Pandemie abgeschlossen. Während bei den einzelnen Grundrechten nur vereinzelt auf Corona als „ungeheure Herausforderung für das Grundrechtssystem der Bundesrepublik Deutschland“ (Rn. 704) eingegangen wurde, werden auf zehn Seiten praktisch alle Grundrechte noch einmal im Schnelldurchlauf vor dem Hintergrund der Pandemie beleuchtet. Dieser Blockansatz birgt zwar die Gefahr, dass die corona-bedingten Entwicklungen von Leser*innen nicht hinreichend in Bezug zur Dogmatik des jeweiligen Grundrechts gesetzt werden, etwa hinsichtlich des Eingriffs in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG durch die Bundesnotbremse (vgl. unten). Gegenüber einem integrativen Ansatz verdeutlicht dieses Vorgehen jedoch noch einmal, was in Vergessenheit zu rücken droht:

⁴ Stellv. *Kahl*, ZEvKR 65 (2020), 107 ff.

„Während der COVID-19 Pandemie kam es zu Grundrechtsbeschränkungen in zuvor unvorstellbarem Umfang“ (Rn. 674).

Der Überblick bleibt in weiten Teilen deskriptiv, was angesichts der vielseitigen (und wichtigen) Debatten über jede einzelne Entscheidung nachvollziehbar ist. Überzeugend kommt *Mager* aber zum Schluss, dass die meisten Maßnahmen „nicht zu beanstanden“ waren (Rn. 704).

Oftmals wird ein Lehrbuch zudem besonders lehrreich, wo es herrschende Ansichten hinterfragt und kritisiert. Wo die *Autorin* dies tut, weist sie meist⁵ auf ein Abweichen von der überwiegenden Ansicht hin und hilft Studierenden dadurch ihre Positionen auch ins Gesamtbild einzuordnen.

b) Kritikpunkte

aa) Allgemeine Kritikpunkte

Das Buch ist wie dargelegt äußerst prägnant und knapp geschrieben. Leider führt das mitunter dazu, dass „Standardstreitigkeiten“ entweder nur kurz oder nicht sonderlich klausurorientiert dargestellt werden. Das gilt etwa für die Diskussion über die Abgrenzung von Ausgestaltung und Eingriff bei normativ geprägten Grundrechten,⁶ die Prüfung des BVerfG am Maßstab der europäischen Grundrechte,⁷ den (überkommenen) Streit über die Drittwirkung der Grundrechte⁸ sowie die Anwendbarkeit von Deutschengrundrechten für EU-Bürger, aber auch für den Streit über das mit den Schranken des Art. 13 GG schwer vereinbare Nachschaurecht⁹ oder ob die Pflichtmitgliedschaft in öffentlich-rechtlichen Zwangsverbänden in den Schutzbereich von Art. 9 Abs. 1 GG fällt. An anderen Stellen hingegen wäre eine stärkere Fokussierung auf griffige(re) Definitionen oder Merksätze statt längerer Umschreibungen noch hilfreicher (z.B. zur Pflege und Erziehung in Rn. 348 oder zum Pflichtunterricht in Rn. 362 f.).

bb) Ausgewählte Kritikpunkte zu einzelnen Grundrechten

Art. 2 Abs. 1 GG: Das Kapitel würde durch nähere Ausführungen, wann die Subsidiarität der allgemeinen Handlungsfreiheit eintritt,¹⁰ und zur Frage der Bagatellgrenze bei Eingriffen gewinnen.

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG: Der in vielerlei Hinsicht umstrittene Gewährleistungsgehalt des Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 GG stellt Studierende regelmäßig vor größere Herausforderungen. Hilfreich ist zwar die einleitende (und später konsequent wiederholte) Bemerkung, die Freiheit der Person schütze die tatsächliche körperliche Bewegungsfreiheit (Rn. 203). Nähere Ausführungen zu den Streitständen, ob Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG auch ein Recht beinhaltet, beliebige Orte aufzusuchen¹¹ oder Orte zu meiden bzw. an Orten zu bleiben (sog. negative Freiheit)¹² fehlen aber. Beim Eingriff wird das Erfordernis des kör-

⁵ Klarer könnte eine abw. Meinung in den Rn. 76 (Prozessfähigkeit) und 225 (Aufenthalt i.S.v. Art. 11 GG) gekennzeichnet werden.

⁶ Für die Klausur hilfreicher etwa *Epping/Lenz/Leydecker*, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Rn. 435 ff.; *Kingreen/Poscher*, Staatsrecht II, 39. Aufl. 2023, Rn. 172 ff.

⁷ Vgl. die insofern gelungene Darstellung bei *Kingreen/Poscher*, Staatsrecht II, 39. Aufl. 2023, Rn. 82 ff., 1464.

⁸ Klausurorientierter *Epping/Lenz/Leydecker*, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Rn. 343 ff.

⁹ Siehe etwa Fall 13 bei *Degenhart*, Klausurenkurs im Staatsrecht I, 6. Aufl. 2022, Rn. 545 ff.

¹⁰ Zum Streitstand *Lang*, in: BeckOK GG, Stand: 15.5.2023, Art. 2 Rn. 63.

¹¹ So BVerfGE 149, 293 (319); *Rixen*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 229; A.A. *Epping/Lenz/Leydecker*, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Rn. 717; *Jarass*, in: Jarass/Piero, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 2 Rn. 130 m.w.N.

¹² Zum Meinungsbild siehe *Epping/Lenz/Leydecker*, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Rn. 720.

perlichen Zwangs verlangt (Rn. 201, 203), ohne Hinweise darauf, dass das BVerfG einen Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG bereits bei psychischem Zwang unter bestimmten Bedingungen annimmt.¹³ Auch zur Frage, ob entgegen dem Wortlaut von Art. 104 Abs. 1 GG („auf Grund eines förmlichen Gesetzes“) mit dem BVerfG Grundrechtseingriffe unmittelbar *durch* ein formelles Gesetz gerechtfertigt erfolgen können,¹⁴ finden sich im Kapitel leider keine Ausführungen.

Art. 3 Abs. 1 GG: Das Verbot, Ungleiches gleich zu behandeln, wird nicht erwähnt.

Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG: Zur Pressefreiheit könnten noch ein paar mehr Sätze zur Frage der Erweiterung der Pressefreiheit auf digitale Inhalte und somit einer Lösung vom Körperlichkeitskriterium Studierenden dienlich sein.¹⁵

Art. 6 und 7 GG: Zur Ehefreiheit vertritt *Mager* die Ansicht, die Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe durch den Gesetzgeber habe die Institutsgarantie der Ehe verletzt (Rn. 329). Diese – m.E. nicht überzeugende¹⁶ – Ansicht ist fraglos verbreitet. Leider wird aber nicht darauf eingegangen, dass auch das BVerfG in seiner (andernorts berücksichtigten) Entscheidung zu ausländischen Kinderehen die Verschiedengeschlechtlichkeit nicht (mehr) als Strukturmerkmal des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs erwähnt.¹⁷ Die Ausführungen zum Schutz der Familie leiden bedauerlicherweise an fehlender Aktualität. So wird unter Berufung auf eine BVerfG-Entscheidung aus dem Jahr 1981¹⁸ festgehalten:

„Über das unmittelbare Eltern-Kind-Verhältnis hinausreichende Verwandtschaftsbeziehungen sind von dem Begriff der Familie in Art. 6 Abs. 1 GG nach herrschender Auffassung, für welche die Rechtsklarheit spricht, nicht erfasst“ (Rn. 339).

Unerwähnt bleibt aber, dass das BVerfG von dieser Rechtsprechung bereits vor zehn Jahren ausdrücklich Abstand genommen hat.¹⁹ Auch wären Hinweise hilfreich, wie sich der Familienbegriff gegenüber sozialem Wandel verhält. Art. 7 GG wird zwar gut verständlich dargeboten. Das neue Grundrecht auf schulische Bildung²⁰ wird allerdings ohne nähere Konturierungen nur erwähnt (Rn. 361).

IV. Gesamtwürdigung

Das Buch berücksichtigt die meisten wichtigen neuen Entscheidungen des BVerfG seit der letzten Auflage, wenngleich an manchen Stellen neuere Judikate, die entweder in der Literatur oder auch in den Medien Aufmerksamkeit erregten, nicht aufgenommen wurden.²¹

¹³ BVerfGE 90, 145 (171 f.); 153, 182 (307 Rn. 332); 159, 223 (331 Rn. 246).

¹⁴ So BVerfGE 159, 223 (338 ff. Rn. 267 ff.); A.A. *Kingreen/Poscher*, Staatsrecht II, 39. Aufl. 2023, § 10 Rn. 599 m.w.N.; *Wißgott*, VerBlog v. 2.12.2021, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/doch-eine-self-executing-ausgangssperre/> (5.9.2024).

¹⁵ So wäre ein Verweis auf BVerfGE 152, 152 (193 f. Rn. 95), wo auch das BVerfG dies nunmehr unter Verweis auf eine a.A. in der Literatur vertritt, sinnvoll.

¹⁶ Siehe umfassend *Wollenschläger*, in: *Wollenschläger/Coester-Waltjen*, Ehe für alle, 2018, S. 1 ff.

¹⁷ BVerfG NJW 2023, 1494 (1494 Ls. 1, 1496 Rn. 109).

¹⁸ BVerfGE 59, 52 (63).

¹⁹ BVerfGE 136, 382 (389 Rn. 23); BVerwG BeckRS 2018, 6031 Rn. 37; folgend die h.L. stellv. *Uhle*, in: BeckOK GG, Stand: 15.6.2024, Art. 6 Rn. 14a m.w.N.

²⁰ BVerfGE 159, 355 (382 ff. Rn. 47 f.); dazu der an der Entscheidung beteiligte RiBVerG *Christ*, NVwZ 2023, 1 ff.

²¹ Keine Berücksichtigung finden BVerfG NJW 2020, 1282 ff. (Blindenhunde, Art. 3 Abs. 3 S. 2); BVerfG NJW 2023, 2405 (Gefangenenvergütung II, Art. 12 Abs. 3 GG); BVerfG NJW 2024, 425 ff. (Zeugnisvermerk der Legasthenie, Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG); BVerwGE 175, 346 ff. (Protestcamps, Art. 8 Abs. 1 GG); BVerwG NVwZ 2024, 677 ff.

In eleganter, aber nicht verschnörkelter und gut verständlicher Sprache geleitet *Mager* Lesende durch den Grundrechtsabschnitt der Verfassung. Dabei verbindet das Buch dogmatischen Anspruch mit prägnanter Vermittlung und glänzt insbesondere durch hilfreiche (historische) Hintergründe, Kontextualisierungen und Verknüpfungen des Stoffes. Die vorgetragenen Kritikpunkte dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Buch ohne nennenswerte Vorbehalte empfohlen werden kann. Viele der aufgezeigten Kritikpunkte beziehen sich zumal auf die Knappheit der Darstellungen. Auf Studierende, die Wert auf aktuelle (z.T. politische) Debatten²², möglichst viele kleine Randprobleme im Detail²³ oder auf jeden Irrpfad sowie jede ältere Theorie²⁴ legen, scheint das Buch daher nicht ausgerichtet zu sein. Im Gegenteil versteht *Mager* es, durch einen gezielten Fokus auf den typischerweise prüfungsrelevanten Stoff das Verständnis für das gegenwärtige Grundrechtssystem als Ganzes zu vermitteln. Die prüfungsrelevanten Inhalte werden dabei insgesamt äußerst ansprechend auf den Punkt gebracht.

Mager gelingt es insbesondere hervorragend, sowohl die besonders prüfungsrelevanten Grundrechte in den Vordergrund zu stellen, dem Buch aber dennoch auch eine persönliche Note zu verleihen. Das gelingt etwa durch die längeren und detaillierteren Ausführungen zu ihren Forschungsschwerpunkten (Art. 3 Abs. 2, 4 Abs. 1 und 2, 5 Abs. 3 S. 1 GG), aber auch indem bei übrigen Grundrechten Bezüge zu diesen hergestellt werden (bspw. bei Art. 9 zum kirchlichen „Dritten Weg“, Rn. 628 oder den lehrreichen Ausführungen zum Religionsunterricht). Gerade diese Kapitel können auch von Fortgeschrittenen gewinnbringend gelesen werden.

Das Werk versteht sich ausweislich des Vorworts (S. V) als Anleitung zum Selbststudium. Das gelingt dem Werk durchaus, regt es doch immer wieder zum Nachdenken und auch zum Widerspruch an, selbst – und vielleicht gerade – wenn man bereits über Grundkenntnisse verfügt. Seine volle Wirkung kann das Buch jedoch nur entfalten, wenn es von dem/der Leser*in auch tatsächlich dahingehend verstanden wird. Insbesondere (aber nicht nur) zu den Kommunikationsgrundrechten ist eine Lektüre, zumindest aber ein Überfliegen der im Anschluss an jedes Grundrecht bereitgestellten Rechtsprechungshinweise dringend zu empfehlen, um ein Gefühl für die z.T. fein ausdifferenzierte Dogmatik zu erhalten.

Das Buch empfiehlt sich insbesondere für diejenigen Studierenden, die mit einer tendenziell abstrakteren Darstellung gut zurechtkommen und nicht zu jedem Punkt zahlreiche Beispiele suchen, sondern eher an ausgewählten wenigeren, dafür ausführlicheren Beispielen interessiert sind. Auch für Fortgeschrittene und Examenskandidaten und -kandidatinnen, die bereits Vorkenntnisse der Grundrechtslehren haben und weniger Wert auf ausführliche Darstellungen von Standardstreitständen oder eine Anleitung für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung und dafür mehr Wert auf

(Söder'scher Kreuzerlass, Art. 4 GG); EuGH, Urte. v. 28.11.2023 – C-148/22, OP vs. Commune d'Ans (Kopftuchverbot im öff. Dienst, Art. 4 GG).

²² Nicht erwähnt werden bspw. die Debatte zur Sozialisierung von Wohnflächen in Berlin (siehe dazu *Expertenkommission zum Volksentscheid, Vergesellschaftung großer Wohnungsunternehmen, Abschlussbericht*, Juni 2023, abrufbar unter <https://www.berlin.de/kommission-vergesellschaftung/assets/abschlussbericht-vergesellschaftung-grosser-wohnungsunternehmen-230627.pdf?ts=1702396025> [27.8.2024]) oder ob auf Grund von Art. 18 GG auch das Wahlrecht entzogen werden kann (dazu *Butzer*, in: BeckOK GG, Stand: 15.1.2024, Art. 18 Rn. 14.1 m.w.N.).

²³ Zu Recht keine Erwähnung finden bspw. Randprobleme i.R.v. Art. 10 GG, die Fragen nach dem Schutz von Scheinehen (siehe *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar*, 18. Aufl. 2024, Art. 6 Rn. 5 m.w.N.) oder nach der Zulässigkeit von landesrechtlichen Anerkennungsverfahren für Privatschulen (dazu *Kingreen/Poscher*, *Staatsrecht II*, 39. Aufl. 2023, § 16 Rn. 926).

²⁴ Zu Recht ausgelassen werden etwa die Evidenzkontrolle als Alternative zum Untermaßverbot (dazu *Britz*, *NVwZ* 2023, 1449 [1453 f.]), die Kulturvölkerformel zu Art. 4 GG (BVerfGE 12, 1 [4]) oder die *Heckel'sche* Formel und die Bereichsscheidungslehre zu Art. 137 Abs. 3 WRV. Erwähnenswert, da in Klausuren i.d.R. kurz abzulehnen wäre aber die Lehre von den besonderen Gewaltverhältnissen.

Mager: Staatsrecht II, Grundrechte (*Fromberg*)

Systemverständnis, Kontext und Hintergrund legen, erscheint das Buch in besonderem Maße geeignet. Dem Buch ist fraglos eine breite Rezeption zu wünschen.