

# 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. Julian Krüper, 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

**Geschäftsführende Herausgeber:** Akad. Rat a.Z. Dr. Jonas Brinkmann, Prof. Dr. Markus Wagner, Prof. Dr. Johanna Wolff

1/2025  
18. Jahrgang

S. 1–183

## Inhalt

### AUFSÄTZE

#### Zivilrecht

Die deliktische Haftung für klimaschutzmotivierte Straßenblockaden

Ref. iur. Lennart Dethlefs, Frankfurt am Main 1

Reform des Aktienrechts: Die Berücksichtigung von Allgemeinwohlbelangen  
in der Unternehmensleitung

Wiss. Mitarbeiter Manuel Fink, Stud. iur. Tim Oswald, B.A., München 15

#### Öffentliches Recht

Der Wahltag

Wiss. Mitarbeiterin Johanna Mittrop, maîtr. en droit (Paris II), LL.M. (KCL), Leipzig 40

#### Strafrecht

Gewahrsam von Sterbenden und Strafbarkeit wegen Diebstahls und Raubes

Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam 51

### ÜBUNGSFÄLLE

#### Zivilrecht

Fortgeschrittenenhausarbeit: Von Casanova zu casa nueva?

Wiss. Mitarbeiterin Julia Buschmann, Stud. Hilfskraft Catharina Jakubka, Bielefeld 64

Anfängerklausur im Sachenrecht: Bei der Probefahrt falsch abgebogen?

Wiss. Mitarbeiterin Clara Ffion Wenzel, Stud. Hilfskraft Jonas Krones, Augsburg 84

#### Öffentliches Recht

Examensübungsklausur: Not ready for departure

Wiss. Mitarbeiter Florian Brüderlin, Passau 98

## **Strafrecht**

- Fortgeschrittenenübungsklausur: Raufhandel mit ungewisser Kausalität  
Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Abraham, Hamburg 123
- Fortgeschrittenenübungsklausur: Mehr Schein als Sein – Greenwashing  
und „Probefahrt“  
Jan Günther, Oxford 140

## **ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN**

### **Strafrecht**

- BGH, Urt. v. 20.8.2024 – 5 StR 326/23  
(Zur Strafbarkeit einer in einem nationalsozialistischen Konzentrationslager  
beschäftigten Zivilangestellten – Zur Beihilfe durch „Organisationstätigkeit“)  
(RiOLG Prof. Dr. Janique Brüning, Kiel) 158
- BGH, Beschl. v. 30.4.2024 – 1 StR 152/24  
(Zum Konkurrenzverhältnis zwischen versuchter Nötigung und Bedrohung)  
(Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, Wiss. Mitarbeiter Julius Bayón, Hamburg) 173

## **BUCHREZENSIONEN**

### **Öffentliches Recht**

- Schoch, Friedrich/Eifert, Martin (Hrsg.): Besonderes Verwaltungsrecht,  
2. Aufl. 2023  
(Dr. Christoph Halder, Bayreuth) 178
- Kirk W. Junker/Nico S. Schmidt (Übers.): US-amerikanische Rechtskultur, 2023  
(Dr. Hannes Pohle, Hamburg) 182

**Schriftleitung**  
Prof. Dr. Markus Wagner

**Webmaster**  
Prof. Dr. Markus Wagner

**Internetauftritt**  
René Grellert

**ISSN**  
1865-6331

**Redaktion Zivilrecht**  
Akad. Rat a.Z. Dr. Jonas Brinkmann, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Prof. Dr. Matthias Fervers

**Redaktion Öffentliches Recht**  
Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Julian Krüper, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann,  
Prof. Dr. Johanna Wolff

**Redaktion Strafrecht**  
Prof. Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, Prof. Dr. Konstantina Papathanasiou, Prof. Dr.  
Holm Putzke, Prof. Dr. Anne Schneider, Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn, Prof. Dr. Markus Wagner

**Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung**  
Irina Isabel Pommerenke

# Die deliktische Haftung für klimaschutzmotivierte Straßenblockaden

Ref. iur. Lennart Dethlefs, Frankfurt am Main\*

Der Klimawandel und seine Auswirkungen zählen zu den größten Herausforderungen unserer Zeit. Diejenigen, die sich für weitreichendere Klimaschutzmaßnahmen einsetzen, machen auf ihre Position immer wieder durch Blockadeaktionen, bis vor kurzem auch durch Straßenblockaden, aufmerksam. Während die strafrechtlichen Folgen solcher Proteste seit langem gerichtlich aufgearbeitet werden, sind ihre deliktischen Haftungsfolgen weitgehend ungeklärt. Die durch sie verursachten Rechts- oder Rechtsgutsverletzungen können den Protestierenden i.R.v. § 823 Abs. 1 BGB nicht zugerechnet werden. Mangels Schutzzweckzusammenhangs gilt dies ebenfalls bei § 823 Abs. 2 BGB. Denkbar ist allein eine einzelfallabhängige Haftung nach § 826 BGB. Die Alltäglichkeit der Protestform „Verkehrsstau“ macht eine deliktische Haftung insgesamt unwahrscheinlich.

## Sachverhalt

In den Jahren 2022, 2023 und bis in das Jahr 2024 hinein rief das Bündnis „Letzte Generation“ zu Straßenblockaden auf.<sup>1</sup> Im Rahmen solcher Aktionen setzten sich Protestierende auf der gesamten Breite einer Fahrbahn nebeneinander und kleben sich mit ihren Handflächen auf dieser fest, sodass die Straße unpassierbar wurde und Verkehrsstaus entstanden. In dieser Situation kann es zu verschiedenen Schadensszenarien kommen. Denkbar sind vor allem Schäden aufgrund von verzögerten Rettungsmaßnahmen und Schäden, die aufgrund der staubedingten Verzögerung eintreten, wenn etwa Termine nicht oder nur verspätet wahrgenommen werden können. Als Anspruchsgrundlagen kommen §§ 823 Abs. 1, 823 Abs. 2 und 826 BGB in Frage.

## Lösungsvorschlag

<b>I. Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB .....</b>	<b>2</b>
1. Schäden unter Mitwirkung Dritter .....	2
2. Vermögensschäden aufgrund der staubedingten Verzögerung .....	4
a) Schutzzumfang des § 823 Abs. 1 BGB .....	4
b) Eigentumsverletzung durch Nutzungsbeeinträchtigung .....	4
aa) Voraussetzungen .....	5
(1) Vollständige Aufhebung der Nutzbarkeit .....	5
(2) Dauer .....	6

\* Der Autor hat im August 2024 seine Erste Juristische Staatsprüfung abgelegt und ist seit Januar 2025 Referendar am Landgericht Frankfurt am Main.

<sup>1</sup> Siehe hierzu Pressemitteilung „Strategie für 2024“, abrufbar unter <https://letztegeneration.org/pm/strategie-fuer-2024/> (21.1.2025).

(3) Unmittelbarkeit.....	6
(4) Restriktion in der Literatur.....	7
(5) Zwischenergebnis.....	8
bb) Bewertung von Verkehrsstaus in der Literatur.....	8
cc) Kritik.....	9
(1) Vollständige Nutzungsaufhebung durch Verkehrsstaus.....	9
(2) Dauer.....	9
(3) Unmittelbarkeit als Wertungskriterium.....	9
(4) Andere Wertungskriterien.....	9
dd) Zwischenergebnis.....	10
c) Sonstige Rechte.....	10
d) Allgemeines Lebensrisiko.....	10
3. Ergebnis.....	11
<b>II. Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB.....</b>	<b>11</b>
1. Nötigung § 240 StGB.....	11
2. Verbotene Eigenmacht § 858 Abs. 1 BGB.....	11
3. Weitere Schutzgesetze.....	12
4. Ergebnis.....	12
<b>III. Haftung nach § 826 BGB.....</b>	<b>12</b>
<b>IV. Ergebnis.....</b>	<b>14</b>

### I. Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB

Aus Gründen der Übersichtlichkeit werden die Schadensszenarien i.R.d. § 823 Abs. 1 BGB getrennt betrachtet.

#### 1. Schäden unter Mitwirkung Dritter

Die Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB setzt eine Rechts- oder Rechtsgutverletzung voraus. Bei einer Straßenblockade sind Verletzungen von Leben, Leib und Gesundheit durch die Verzögerung von Rettungsmaßnahmen denkbar. Traurige Berühmtheit erlangte der Fall, bei dem sich ein Rettungsfahrzeug auf dem Weg zu einer lebensgefährlich verletzten Radfahrerin befand und wegen eines durch eine Sitzblockade ausgelösten Staus erst verzögert an der Unfallstelle eintraf.<sup>2</sup>

Die Besonderheit in derartigen Sachverhaltskonstellationen liegt darin, dass die deliktische Handlung, also die Blockade der Fahrbahn, nicht unmittelbar zu den jeweiligen Rechts- oder Rechtsgutverletzungen führt, sondern erst das Verhalten Dritter. Auch wenn die Straßenblockade als adäquat kausal unterstellt wird, sind es die Staubeteiligten selbst, die die letzte kausale Ursache für die Verletzung setzen. Erst deren Anwesenheit verhindert das Durchkommen von Rettungsfahrzeugen.

<sup>2</sup> LTO v. 13.4.2023 [https://www.lto.de/persistent/a\\_id/51533/](https://www.lto.de/persistent/a_id/51533/) (21.1.2025).

Das Hinzutreten eigenverantwortlicher Handlungsbeiträge anderer Verkehrsteilnehmer lässt zwar eine bestehende äquivalente Kausalität nicht ohne Weiteres entfallen,<sup>3</sup> ihr sonst ausufernder Charakter wird jedoch durch Zurechnungskriterien beschränkt, durch die das Verhalten Dritter oder der Geschädigten selbst berücksichtigt werden kann.<sup>4</sup>

Das Dazwischentreten Dritter kann bei wertender Betrachtung den Zurechnungszusammenhang unterbrechen. Wem ein tatbestandlicher Erfolg letztlich zuzurechnen ist, ist eine Frage der Verantwortungsbereiche.<sup>5</sup> Über den eigenen Verantwortungsbereich hinaus besteht ein Zurechnungszusammenhang, wenn die eigenverantwortliche Verletzungshandlung eines anderen durch das eigene pflichtwidrige Vorverhalten herausgefordert wurde.<sup>6</sup> Stellt dieses jedoch lediglich eine Motivation für ein eigenmächtiges pflichtwidriges Verhalten dar, reicht dies für eine Zurechnung nicht aus.<sup>7</sup>

Den fließenden Verkehr nicht durch Blockaden zu stören, fällt in den Verantwortungsbereich der Protestierenden (vgl. § 315b StGB; § 1 Abs. 2 StVO). Ein Verkehrsstau begründet für die Betroffenen jedoch selbstständige Pflichten. Kommt es außerorts oder auf Autobahnen zur Staubildung, ist gem. § 11 Abs. 2 StVO für die Durchfahrt von Rettungsfahrzeugen eine freie Gasse zu bilden. Hierdurch wird eine Handlungspflicht für jeden einzelnen Staubetroffenen begründet, die unabhängig von der Ursache des Staus nur an die Situation, also den bestehenden Stau selbst anknüpft. Es kommt nicht darauf an, ob die Durchfahrt von Rettungsfahrzeugen notwendig wird, etwa, weil der Stau durch einen Unfall verursacht wurde. Da die Staubetroffenen die Ursache des Staus häufig nicht kennen können, wäre eine hiervon abhängige Pflicht auch nicht sinnvoll. Sie haben also immer eine Rettungsgasse zu bilden, sobald der Verkehr ins Stocken gerät. Diese Pflicht liegt in ihrem alleinigen Verantwortungsbereich. So besteht nicht etwa eine Pflicht der für die Stauursache Verantwortlichen, eine Rettungsgasse einzufordern oder durchzusetzen. Besteht also aufgrund der örtlichen Gegebenheiten die Möglichkeit zur Bildung einer Rettungsgasse und nehmen die verpflichteten Staubetroffenen diese nicht wahr, verstoßen sie frei- und eigenverantwortlich gegen § 11 Abs. 2 StVO. Da die Pflicht zur Bildung einer Rettungsgasse von der Stauursache unabhängig ist und die Stauverursacher selbst nicht Adressaten dieser Pflicht sind, ist auch der Verstoß gegen diese Pflicht vom vorangegangenen Pflichtverstoß der Protestierenden abstrahiert.

Ein Zurechnungszusammenhang zwischen der Blockade der Fahrbahn und der Verzögerung der Einsatzkräfte besteht daher nur, wenn der nachfolgende Pflichtverstoß durch den vorangegangenen Pflichtverstoß herausgefordert wurde. Das lässt sich bei einer Straßenblockade nicht ohne Weiteres begründen. Zwar mag eine fehlende Rettungsgasse bei Staubildung nicht ungewöhnlich sein, die Verletzung einer Pflicht wird aber nicht schon dadurch herausgefordert, dass sie überhaupt erst ausgelöst wird. Für die eigenverantwortliche und freie Entscheidung, keine Rettungsgasse zu bilden, ist die Stauverursachung nicht mehr als ein Anlass und damit lediglich eine Motivation. Dies reicht für eine Zurechnung nicht aus.<sup>8</sup> Der Zurechnungszusammenhang wird daher regelmäßig entfallen.<sup>9</sup>

Auch Innerorts haben die Verkehrsteilnehmer dafür Sorge zu tragen, dass Einsatzfahrzeuge einen Stau passieren können. Hier besteht gem. § 38 Abs. 1 S. 2 StVO die Pflicht aller Verkehrsteilnehmer, Platz für Rettungsfahrzeuge zu schaffen. Die Situation unterscheidet sich insofern, als der Anknüp-

<sup>3</sup> Nur wenn diese vollkommen unabhängig von der Handlung des Schädigers erfolgen, entfällt die äquivalente Kausalität BGHZ 58, 162 (165 f.) = NJW 1972, 904 (905 f.).

<sup>4</sup> Looschelders, Schuldrecht, Besonderer Teil, 19. Aufl. 2024, § 60 Rn. 31.

<sup>5</sup> Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 16 Rn. 155 Fn. 393.

<sup>6</sup> BGHZ 58, 162 (167) = NJW 1972, 904 (906 f.).

<sup>7</sup> BGHZ 58, 162 (167) = NJW 1972, 904 (906 f.).

<sup>8</sup> BGHZ 58, 162 (167) = NJW 1972, 904 (906 f.).

<sup>9</sup> So auch Lutz, JuS 2023, 385 (389).

fungspunkt für diese Pflicht nicht die Staubildung selbst, sondern die Anwesenheit von Einsatzfahrzeugen mit entsprechenden Einsatzsignalen ist. Ebenso wie außerorts trifft die Pflicht aber eben nur die Verkehrsteilnehmer, die den Einsatzfahrzeugen den Weg versperren. Im Grundsatz gelten die soeben angestellten Erwägungen zur Staubildung außerorts also auch hier.

Die Zurechnung von Rechtsgutverletzungen aufgrund der Verzögerung von Rettungsmaßnahmen wird daher regelmäßig entfallen.

## 2. Vermögensschäden aufgrund der staubedingten Verzögerung

Häufiger als Substanzschäden an Körper und Eigentum dürften ohnehin Vermögensschäden aller Art sein, die sich aus der staubedingten Verzögerung ergeben. Kommt es zu einer Blockade, besteht immer die Gefahr, dass die Staubetroffenen beispielsweise Termine verpassen und sich dies vermögensschädigend auswirkt. Solche Sachverhalte zeichnen sich dadurch aus, dass sie auf den ersten Blick als primäre Vermögensschäden daherkommen, die also nicht kausal auf eine Rechts- oder Rechtsverletzung gestützt werden können. Für solche gewährt § 823 Abs. 1 BGB jedoch keinen Schutz.<sup>10</sup>

### a) Schutzzumfang des § 823 Abs. 1 BGB

Das deutsche Deliktsrecht sieht keine allgemeine Haftung für durch einen anderen herbeigeführte Schädigungen vor.<sup>11</sup> Es existiert keine Generalklausel, sondern ein Katalog an Haftungstatbeständen, die den Kreis der Berechtigten definieren und eine ausufernde Haftung, die ihrerseits die allgemeine Handlungsfreiheit über die Maßen beschneiden würde, verhindern.<sup>12</sup> I.R.d. § 823 Abs. 1 BGB erfolgt diese Begrenzung durch die Anknüpfung der Haftung an die Verletzung eines Rechts- oder Rechtsguts und dem damit einhergehenden Ausschluss einer Haftung für primäre Vermögensschäden.<sup>13</sup> Kann also ein Vermögensschaden nicht auf eine Rechts- oder Rechtsgutsverletzung zurückgeführt werden, kommt eine Haftung nach der Konzeption des Deliktsrechts nur in den Ausnahmefällen von §§ 823 Abs. 2, 824 und 826 BGB in Betracht.<sup>14</sup> Für den Ersatz von Vermögensschäden aufgrund der staubedingten Verzögerung nach § 823 Abs. 1 BGB ist es also Voraussetzung, dass sie erst aufgrund einer Rechts- oder Rechtsgutsverletzung entstanden sind.

### b) Eigentumsverletzung durch Nutzungsbeeinträchtigung

In Betracht kommt eine Eigentumsverletzung durch Nutzungsbeeinträchtigung. Der deliktische Schutz durch § 823 Abs. 1 BGB erstreckt sich ausdrücklich auf das Eigentumsrecht und gilt für jede seiner Dimensionen. Neben der Substanz und der rechtlichen Zuordnung des Eigentums sind daher auch die dem Eigentümer durch §§ 903, 906, 1004 BGB zugewiesenen Ausschluss- und Nutzungsrechte umfasst.<sup>15</sup> Durch den Stau kann allein die Nutzungsfunktion des Eigentums beeinträchtigt sein. Die Schwierigkeit bei der Feststellung einer Eigentumsverletzung durch Nutzungsbeeinträchtigung liegt darin, dass hieraus in aller Regel Vermögensschäden resultieren.<sup>16</sup> Durch die Reichweite des Schutzes der Nutzungsfunktion wird also auch die Ersatzfähigkeit von Vermögensschäden defi-

<sup>10</sup> Förster, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2024, § 823 Rn. 3.

<sup>11</sup> Förster, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2024, § 823 Rn. 2.

<sup>12</sup> Förster, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2024, § 823 Rn. 1 f.

<sup>13</sup> Förster, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2024, § 823 Rn. 3.

<sup>14</sup> Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 823 Rn. 16.

<sup>15</sup> Förster, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2024, § 823 Rn. 128.

<sup>16</sup> Hager, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2017, § 823 Rn. B 89; Greger, NZV 2023, 42 (44 f.).

niert. Um die gesetzgeberische Entscheidung gegen eine deliktische Fahrlässigkeitshaftung für primäre Vermögensschäden nicht zu unterlaufen, ist eine Eigentumsverletzung durch Nutzungsbeeinträchtigung bereits auf Tatbestandsebene restriktiv zu handhaben.<sup>17</sup> Umgekehrt darf hierbei nicht der deliktische Eigentumsschutz ausgehöhlt werden. In diesem Spannungsfeld ist die Reichweite des Eigentumsschutzes zu bestimmen.

#### aa) Voraussetzungen

Die Frage nach den Voraussetzungen einer Eigentumsverletzung durch Nutzungsbeeinträchtigung war bereits vielfach Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen.<sup>18</sup> Die Rechtsprechung hat zur Abgrenzung zwischen eigentumsrelevanten Nutzungsbeeinträchtigungen und hinzunehmenden Einschränkungen bereits verschiedene Kriterien diskutiert. Zu diesen gehören die vollständige Aufhebung der bestimmungsgemäßen Nutzbarkeit,<sup>19</sup> die zeitliche Erheblichkeit der Beeinträchtigung<sup>20</sup> und die Unmittelbarkeit der Einwirkung auf die Sache selbst.<sup>21</sup>

#### (1) Vollständige Aufhebung der Nutzbarkeit

Ihren Anfang nahm die Bewertung dieser Thematik in der Rechtsprechung mit dem „Fleet-Fall“<sup>22</sup>. Geklagt hatte der Eigentümer mehrerer Transportschiffe, die einen bestimmten Hafen anfahren sollten, der nur über einen Kanal zu erreichen war. Dieser Kanal stürzte ein und wurde für die Transportschiffe unpassierbar. Eines dieser Schiffe war hierdurch in der Bucht eingeschlossen, anderen wurde es so unmöglich, den Hafen zu erreichen, obwohl dies ihr eigentliches Ziel war.

Der BGH nahm eine Eigentumsverletzung wegen Nutzungsbeeinträchtigung allein für das eingeschlossene Transportschiff an. Dieses konnte sich nur noch im Hafenbecken bewegen und war so seinem bestimmungsgemäßen Gebrauch als Transportmittel vollständig entzogen.<sup>23</sup> Für die übrigen Transportschiffe desselben Eigentümers, die die besagte Bucht nach dessen Willen zwar ansteuern sollten aber nicht konnten, ihre Bewegungsfreiheit im Übrigen aber behielten, wurde die Eigentumsverletzung abgelehnt, da diese zwar nicht wunschgemäß, aber dennoch bestimmungsgemäß genutzt werden konnten.<sup>24</sup>

Demnach stellt nicht jede beliebige Einschränkung der Nutzbarkeit einer Sache eine Eigentumsverletzung dar. Kann die Sache zwar nicht in der gewünschten Art und Weise verwendet werden, ist der bestimmungsgemäße Gebrauch aber nach wie vor möglich, liegt hierin keine Eigentumsverletzung.<sup>25</sup> Das Eigentumsrecht schützt nicht den Willen zu einer bestimmten Nutzung. Es vermittelt zwar gem. § 903 S. 1 BGB das Recht, mit ihr nach Belieben zu verfahren, dieses Recht besteht aber nur in Bezug auf die Sache selbst und nicht gegen Dritte. So ist die Ausübung des Gemeingebrauchs an öffentlichen Einrichtungen nicht durch das Eigentumsrecht geschützt.<sup>26</sup> Auch sonst vermittelt das

<sup>17</sup> Förster, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2024, § 823 Rn. 128; Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 823 Rn. 315; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, Halbbd. 2, 13. Aufl. 1994, § 76 II 3c).

<sup>18</sup> BGHZ 55, 153; 105, 346; 137, 89; BGH NJW 1977, 2264; BGH NJW 2015, 1174; BGH NJW 2022, 3789; BGH NJW-RR 2005, 673; BGH NJW-RR 2017, 219.

<sup>19</sup> BGHZ 55, 153 (159) = NJW 1971, 886 (888).

<sup>20</sup> BGH NJW-RR 2017, 219 (221); BGH NJW 2022, 3789 (3790).

<sup>21</sup> BGH NJW 2015, 1174 (1175); 2022, 3789 (3790); kritisch Picker, NJW 2015, 2304 (2305); Ostendorf, JZ 2023, 253 (254); Wagner, JZ 2015, 682 (683).

<sup>22</sup> BGHZ 55, 153 = BGH NJW 1971, 886.

<sup>23</sup> BGHZ 55, 153 (159) = NJW 1971, 886 (888).

<sup>24</sup> BGHZ 55, 153 (160) = NJW 1971, 886 (888).

<sup>25</sup> BGHZ 55, 153 (160) = NJW 1971, 886 (888).

<sup>26</sup> BGHZ 55, 153 (160) = NJW 1971, 886 (888).

Eigentumsrecht keinen Anspruch darauf, zur Ausübung des eigenen Nutzungsrechts das Eigentum Dritter verwenden zu dürfen.<sup>27</sup> Vielmehr kollidiert das Nutzungsrecht des Eigentümers mit deren allgemeiner Handlungsfreiheit, die bei der Bestimmung seiner Reichweite berücksichtigt werden muss.<sup>28</sup>

Geschützt ist also nur die Möglichkeit, das Eigentum ganz grundsätzlich nutzen zu können. Eine Eigentumsverletzung liegt daher erst dann vor, wenn die bestimmungsgemäße Nutzbarkeit vollständig aufgehoben ist.<sup>29</sup> Diese Situation kommt einer Sachentziehung gleich.<sup>30</sup> Durch die Berücksichtigung dieses harten Kriteriums, das sich aus der rechtlichen Natur des Eigentumsrechts selbst ergibt, verringert sich der Kreis der potentiell Berechtigten und damit auch die Gefahr einer ausufernden deliktischen Haftung.

## (2) Dauer

Als eine weitere Voraussetzung wurde eine gewisse zeitliche Erheblichkeit der Nutzungsaufhebung angesehen, nachdem der BGH entschieden hatte, eine Eigentumsverletzung sei abzulehnen, „wenn [ein Transportmittel] unter Beibehaltung seiner Bewegungsmöglichkeit im Übrigen nur wenige Stunden an einer konkret geplanten Fahrt gehindert und dadurch lediglich seine wirtschaftliche Nutzung vorübergehend eingeengt“<sup>31</sup> werde. Zuletzt stellte der BGH jedoch klar, dass es bei einer vollständigen Nutzungsaufhebung „nicht zusätzlich der Überschreitung einer zeitlich definierten Erheblichkeitsschwelle“<sup>32</sup> bedürfe und erteilte diesem Kriterium damit eine klare Absage.

## (3) Unmittelbarkeit

In seinem Urteil vom 9.12.2014 hat der BGH die Unmittelbarkeit der Beeinträchtigung als Voraussetzung für eine eigentumsrelevante Nutzungsbeeinträchtigung diskutiert.<sup>33</sup> Geklagt hatte der Betreiber einer Raststätte an der A5. Die Autobahn wurde wegen Baumaßnahmen für eine längere Zeit vollständig gesperrt; die Raststätte lag zwar nicht an dem gesperrten Autobahnabschnitt, jedoch kurz dahinter. Aufgrund der Sperrung und der im Radio verbreiteten Empfehlung, den Bereich großräumig zu umfahren, entschied sich der Betreiber, die Raststätte für die Dauer der Bauarbeiten zu schließen und verlangte Ersatz des entgangenen Gewinns.<sup>34</sup>

I.R.v. § 823 Abs. 1 BGB verneinte der BGH eine Eigentumsverletzung. Eine solche setze zwar nicht zwingend eine Substanzverletzung voraus, sondern läge auch bei einer nicht unerheblichen Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Nutzung vor, diese müsse ihren Ursprung aber stets in einer „unmittelbaren Einwirkung auf die Sache selbst“<sup>35</sup> haben. Die Eigentumsverletzung sei daher abzulehnen, wenn „die wirtschaftliche Nutzung einer Anlage nur deshalb vorübergehend eingeengt wird, weil sie von Kunden infolge einer Störung des Zufahrtswegs nicht angefahren werden kann, ohne dass zugleich in die Sachsubstanz der Anlage eingegriffen [...] wurde.“<sup>36</sup>

Diese Formulierung legt nahe, dass die Unmittelbarkeit im Sinne einer physischen Unmittelbarkeit, also im Sinne einer Einwirkung auf die Sachsubstanz zu verstehen ist. Eine solche Vorausset-

---

<sup>27</sup> Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, Halbbd. 2, 13. Aufl. 1994, § 76 II 3c).

<sup>28</sup> Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 16 Rn. 30.

<sup>29</sup> BGHZ 55, 153 (159) = NJW 1971, 886 (888).

<sup>30</sup> BGH NJW-RR 2017, 219 (221).

<sup>31</sup> BGH NJW-RR 2005, 673 (674).

<sup>32</sup> BGH NJW-RR 2017, 219 (221); BGH NJW 2022, 3789 (3790).

<sup>33</sup> BGH NJW 2015, 1174 (1175).

<sup>34</sup> Zum Sachverhalt BGH NJW 2015, 1174.

<sup>35</sup> BGH NJW 2015, 1174 (1175).

<sup>36</sup> BGH NJW 2015, 1174 (1175).

zung stünde jedoch im Widerspruch zu der wenige Sätze zuvor getroffenen Feststellung, dass eine Eigentumsverletzung einen Eingriff in die Sachsubstanz gerade nicht voraussetze<sup>37</sup> und würde eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechungslinie bedeuten, nach der ein Substanzeingriff gerade nicht notwendig ist. Eine Eigentumsverletzung alleine aufgrund der vollständigen Aufhebung der Nutzbarkeit wäre damit ausgeschlossen. Das Kriterium der Unmittelbarkeit ist daher auf vielseitige Kritik gestoßen,<sup>38</sup> und wurde etwa als „wenig trennscharf“<sup>39</sup> oder „Widerspruch in sich“<sup>40</sup> bezeichnet.

In späteren Entscheidungen ging der BGH weiterhin davon aus, dass Nutzungsbeeinträchtigungen ohne Einwirkung auf die Sachsubstanz eigentumsrelevant sind.<sup>41</sup> Zudem soll mit Verweis auf den Fleet-Fall, bei dem es eben keine unmittelbar physische Einwirkung auf die Sache gab, eine eigentumsrelevante Nutzungsbeeinträchtigung an Fahrzeugen nach wie vor bereits dann vorliegen, wenn diese ihre Bewegungsmöglichkeit verlieren und ihrer Funktion als Transportmittel beraubt werden.<sup>42</sup>

Durch das Unmittelbarkeitskriterium sollte also nicht die physische Einwirkung zur Voraussetzung gemacht,<sup>43</sup> sondern vielmehr eine Finalität, also ein wertender Zusammenhang zwischen Schädigungsursache und -wirkung hergestellt werden. Auf diese Weise ließen sich bloße Reflex- und Zufallsschäden von der Haftung ausschließen und so ein ausuferndes Schadensbild begrenzen.

#### (4) Restriktion in der Literatur

Die Notwendigkeit einer weitergehenden Restriktion wird auch in der Literatur gesehen. Vergleichbar ist etwa der Vorschlag, dies durch eine funktionale Abgrenzung anhand der Wertung des Gesetzgebers gegen eine allgemeine deliktische Fahrlässigkeitshaftung für Vermögensschäden zu erreichen.<sup>44</sup> Der Alltag birgt stets die Gefahr, fahrlässig die Nutzungsmöglichkeit fremden Eigentums einzuschränken. Ein Bedürfnis für eine Restriktion der Haftung für derartige Schadensfälle soll daher überall dort bestehen, wo es zwar zu einer vollständigen Aufhebung der bestimmungsgemäßen Nutzbarkeit einer Sache kommt, deren Intensität aber so gering ist, dass ihre Anerkennung als Eigentumsverletzung die Haftungspotentialität ausufern ließe.<sup>45</sup> Das soll bei solchen Nutzungsbeeinträchtigungen der Fall sein, die eine Vielzahl von Personen gleichartig, gleichmäßig und zufällig treffen und „im Rahmen des im gesellschaftlichen Zusammenlebens einzukalkulierenden“<sup>46</sup> liegen.

Umgekehrt kann aber auch bezweifelt werden, ob es einer weiteren Restriktion auf Ebene der Rechtsverletzung bedarf. So wäre die Einführung des Unmittelbarkeitskriteriums in dem Verfahren der geschlossenen Raststätte gar nicht notwendig gewesen, denn die Nutzbarkeit der Raststätte war gerade nicht vollständig aufgehoben, sondern lediglich dadurch eingeschränkt, dass ein Zufahrtsweg abgeschnitten war. Sie war also grundsätzlich durchaus noch zu erreichen; selbst wenn aber der einzige Zufahrtsweg gesperrt gewesen wäre, wäre die Nutzbarkeit der Raststätte an sich hiervon nicht berührt. Die Nutzung fremder Infrastruktur ist vom Eigentumsrecht an der Sache nicht umfasst, sodass sich aus der fehlenden Zufahrtsmöglichkeit allein eben keine Eigentumsverletzung ergibt.<sup>47</sup>

<sup>37</sup> BGH NJW 2015, 1174 (1175).

<sup>38</sup> Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 823 Rn. 316; Picker, NJW 2015, 2304 (2305); Ostendorf, JZ 2023, 253 (254); Wagner, JZ 2015, 682 (683).

<sup>39</sup> Wagner, JZ 2015, 682 (683).

<sup>40</sup> Picker, NJW 2015, 2304 (2305).

<sup>41</sup> BGH NJW-RR 2017, 219 (221); BGH NJW 2022, 3789 (3790).

<sup>42</sup> BGH NJW-RR 2017, 219 (221); BGH NJW 2022, 3789 (3790).

<sup>43</sup> Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 16 Rn. 30.

<sup>44</sup> Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 823 Rn. 317.

<sup>45</sup> Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 823 Rn. 317.

<sup>46</sup> Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 823 Rn. 317.

<sup>47</sup> So auch in BGH NJW 1977, 2264 (2265).

Die Eigentumsverletzung wäre also schon mangels vollständiger Aufhebung der bestimmungsgemäßen Nutzbarkeit auszuschließen gewesen.

Damit ist die Frage nach dem Umgang mit „diffusen Schadensbildern“<sup>48</sup> mit einer großen Anzahl zufällig betroffener Geschädigter natürlich noch nicht beantwortet, allerdings dürften die meisten Grenzfälle durch eine konsequente Anwendung des Leitkriteriums der vollständigen Aufhebung der bestimmungsgemäßen Nutzbarkeit in der weit überwiegenden Anzahl der Fälle zu einer zufriedenstellenden Lösung führen. Darüber hinaus besteht keine Notwendigkeit, den Umfang des Eigentumsrechts weiter zu beschränken. Der Eigentumsschutz des Einzelnen kann nicht davon abhängen, mit wie vielen anderen Personen er gleichzeitig betroffen ist.<sup>49</sup> Für den Einzelnen spielt es keine Rolle, ob er von einer Blockade alleine oder gemeinsam mit vielen anderen betroffen ist. Derartige Zufälligkeiten sind dem Geschädigten nicht aufzuerlegen. Hierfür bedürfte es jedenfalls nachvollziehbarer Grenzen. Gerade bei der zufälligen Betroffenheit einer Vielzahl von Personen, dürfte daher eine Lösung über die Zurechnung der Rechtsverletzung der bessere Weg sein.<sup>50</sup>

#### (5) Zwischenergebnis

Erste und zwingende Voraussetzung für das Vorliegen einer Eigentumsverletzung durch Nutzungsbeeinträchtigung ist damit die vollständige Aufhebung der bestimmungsgemäßen Nutzbarkeit einer Sache, wobei es auf die Dauer dieser Beeinträchtigung nicht ankommt. Eine klare Linie, unter welchen Umständen eine unmittelbare Beeinträchtigung vorliegen soll, ist nicht zu erkennen. Eine physische Einwirkung auf die Sachsubstanz ist hierdurch nicht vorausgesetzt. Allenfalls ist hierin eine funktionale Abgrenzung zur Restriktion der Haftung für eine große Menge an zufällig in geringen Umfang Geschädigten zu sehen, die jedoch konturlos bleibt. Es ist insofern fraglich, ob es eines weiteren Einschränkungskriteriums überhaupt bedarf oder ob nicht die Anforderung der vollständigen Nutzungsaufhebung ausreichend ist.

#### bb) Bewertung von Verkehrsstaus in der Literatur

Eine höchstrichterliche Entscheidung zur Frage der Eigentumsverletzung bei Verkehrsstaus existiert noch nicht.<sup>51</sup> In der Literatur wurde diese schon häufiger aufgeworfen und wird mit Blick auf die Straßenblockaden erneut diskutiert, überwiegend aber verneint.<sup>52</sup> Hierzu werden verschiedene Begründungen herangezogen. So soll eine Eigentumsverletzung deswegen nicht vorliegen, weil Verkehrsstaus in das allgemeine Lebensrisiko fallen,<sup>53</sup> nicht vom Schutzzweck der verletzten Norm umfasst sind<sup>54</sup> oder die Beeinträchtigung zeitlich nicht ausreichend erheblich ist.<sup>55</sup> Deutlich wird jedenfalls,

---

<sup>48</sup> Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 823 Rn. 317.

<sup>49</sup> Förster, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2024, § 823 Rn. 132.

<sup>50</sup> Förster, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2024, § 823 Rn. 132; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, Halbbd. 2, 13. Aufl. 1994, § 76 II 3c).

<sup>51</sup> Ausdrücklich offengelassen von BGH NJW 2022, 3789 (3791).

<sup>52</sup> Spindler, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2023, § 823 Rn. 137; Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 823 Rn. 317; Zeuner, in: FS Flume, 1978, S. 755 (787); Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, Halbbd. 2, 13. Aufl. 1994, § 76 II 3c); Lutz, JuS 2023, 385 (388); Hager, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2017, § 823 Rn. B 91; Behme, NJW 2023, 327 (328).

<sup>53</sup> Spindler, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2023, § 823 Rn. 137; Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 823 Rn. 317; Behme, NJW 2023, 327 (328); Wagner, JZ 2015, 682 (683); Greger, NZV 2023, 42 (45).

<sup>54</sup> Zeuner, in: FS Flume, 1978, S. 755 (786); Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, Halbbd. 2, 13. Aufl. 1994, § 76 II 3c).

<sup>55</sup> Lutz, JuS 2023, 385 (388).

dass eine Haftung für die Herbeiführung von Verkehrsstaus vermieden werden soll. Dies wird offenbar als Fall einer „ausufernden“ deliktischen Haftung gesehen.

### cc) Kritik

Nach den von der Rechtsprechung vorgegebenen Leitlinien liegt eine Eigentumsverletzung durch Nutzungsbeeinträchtigung jedoch vor.

#### (1) Vollständige Nutzungsaufhebung durch Verkehrsstaus

Die im Stau stehenden Fahrzeuge sind zunächst an der konkret geplanten Fahrt gehindert. Hierin besteht noch keine Eigentumsverletzung, weil dies allein die gewünschte Nutzung, nicht aber die Nutzbarkeit an sich betrifft. Wenn in einem Stau aber nicht gerade eine Ausweichmöglichkeit besteht, etwa über eine freie Spur oder eine Umleitung, ist es den Eigentümern gänzlich unmöglich ihr Fahrzeug zu bewegen und die bestimmungsgemäße Nutzbarkeit damit vollständig aufgehoben. Das bloße Rangieren, etwa zur Bildung einer Rettungsgasse, reicht, vergleichbar zu dem in der Bucht eingeschlossenen Schiff im Fleet-Fall, nicht zur Erfüllung des Bestimmungszwecks aus. Eine solche Situation ist in einem Stau regelmäßig anzunehmen. Dieser Zustand ist mit der Entziehung der Sache selbst vergleichbar.

#### (2) Dauer

Nachdem der BGH das Kriterium einer zeitlichen Erheblichkeit nunmehr ausdrücklich zurückgewiesen hat, kann eine Ablehnung der Eigentumsverletzung nicht mehr hierauf gestützt werden. Ob eine Beeinträchtigung aufgrund ihrer kurzen Dauer hinzunehmen ist, ist eine Frage der Sozialadäquanz einer bereits erfolgten Rechtsverletzung und kann bei deren Feststellung daher keine Rolle spielen.

#### (3) Unmittelbarkeit als Wertungskriterium

Nach dem oben Gesagten muss möglicherweise die Unmittelbarkeit der Beeinträchtigung als Wertungskriterium berücksichtigt werden. Nach Ansicht des BGH reicht es bei Fahrzeugen aber aus, dass diese in ihrer Funktion als Transportmittel ausgeschaltet sind.<sup>56</sup> Eine physische Einwirkung ist nicht erforderlich. Insofern kommt es nicht darauf an, dass sich die Protestierenden nicht an den Fahrzeugen selbst, sondern auf die Straße geklebt haben. Eine unmittelbare Einwirkung auf die Sache ist in einem Verkehrsstau daher gegeben.

#### (4) Andere Wertungskriterien

Die Reichweite des Eigentumsschutzes ist nach dem Zweck des Deliktsrechts aber möglicherweise anderweitig einzuschränken. Es handelt sich bei der Verursachung eines Staus typischerweise um ein solches Szenario, bei dem Eigentümer zufällig und in großer Zahl von der gleichen Verletzungshandlung betroffen sind und diese nicht nur eine individuell finale Wirkung entfaltet. Weiterhin ist die Intensität der Nutzungsbeeinträchtigung durch eine Verzögerung in einem Verkehrsstau wohl als niedrig zu werten. Das Eigentumsrecht könnte von vorneherein um solche alltäglichen Eingriffe gekürzt sein. Die Notwendigkeit einer solchen Beschneidung des Eigentumsrechts ist jedoch nach dem oben Gesagten für sich schon fraglich. Im konkreten Fall gibt es zudem keinen Anlass, die Schädiger vor einer ausufernden Haftung zu schützen. Zwar hängt auch hier vom Zufall ab, wer vom Stau betroffen ist, dieser wird aber vorsätzlich herbeigeführt. Den Schädigern ist bewusst, dass durch ihre

---

<sup>56</sup> BGH NJW-RR 2017, 219 (221); BGH NJW 2022, 3789 (3790); auch BAGE 152, 240 (246) = NJW 2016, 666 (667).

Aktion eine große und unbestimmte Menge an Personen betroffen sein wird. Die oben angestellten Restriktionsüberlegungen zum Schutz des Schädigers vor einer ausufernden Haftung können daher in diesem Fall nicht greifen.

#### dd) Zwischenergebnis

Eine Eigentumsverletzung durch die Aufhebung der Nutzbarkeit von Fahrzeugen im Verkehrsstau liegt damit vor.

#### c) Sonstige Rechte

Von § 823 Abs. 1 BGB sind außerdem sonstige Rechte geschützt. Umfasst ist jedenfalls der unmittelbare berechtigte Besitz.<sup>57</sup> Die oben dargestellten Wertungen zur Eigentumsverletzung durch Nutzungsbeeinträchtigung sind hierauf übertragbar,<sup>58</sup> sodass auch dieser hier betroffen ist. Eine hier ebenfalls denkbare Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb würde subsidiär zu einer Verletzung des Eigentumsrechts hinter dieser zurücktreten.

#### d) Allgemeines Lebensrisiko

Die Zurechnung von Rechtsverletzungen hängt auch davon ab, ob diese vom Schutzzweck der Norm umfasst sind.<sup>59</sup> Dabei besteht kein Schutz vor der Realisierung des allgemeinen Lebensrisikos.<sup>60</sup> Dieses umfasst „alle mit der natürlichen Existenz des Geschädigten als solcher üblicherweise verbundenen Möglichkeiten, rechtlich relevante Nachteile zu erleiden“<sup>61</sup>, also Risiken, die mit dem bloßen Dasein eines Jeden verbunden und im Alltag in Rechnung zu stellen sind. Wer sich im öffentlichen Verkehrsraum bewegt, muss damit rechnen, dass dieser auch von anderen genutzt wird und ihm nicht uneingeschränkt zur freien Verfügung steht. Verkehrsstaus entwickeln sich zudem oft unvorhergesehen und betreffen den Einzelnen ungezielt. Sie stellen daher ein allgemeines Lebensrisiko dar.<sup>62</sup>

Aus dem Umstand, dass es sich im hier betrachteten Fall um vorsätzlich herbeigeführte Verkehrsstaus handelt, ergibt sich nichts anderes.<sup>63</sup> Auf einen „inneren Zusammenhang zwischen dem Risiko und dem es begründenden Momentum“<sup>64</sup> kommt es nicht an. Die Erhöhung einer Gefahr mag zwar nicht mehr unter das allgemeine Lebensrisiko fallen,<sup>65</sup> wer aber gerade eine solche Gefahr verursacht, die sich im Rahmen dessen bewegt, „was im täglichen Zusammenleben ohnehin unter Billigung der Rechtsordnung [...] hingenommen werden muss“<sup>66</sup>, der erhöht keine Gefahr, sondern setzt eine Ursache für ihre Realisierung. Das Risiko bleibt inhaltlich unverändert, lediglich die individuelle Eintrittswahrscheinlichkeit wird erhöht. Das allgemeine Lebensrisiko besteht hier also nicht darin, auf einen verkehrsspezifischen Staugrund zu treffen, sondern in der Verkehrsspezifität der Stau-

---

<sup>57</sup> *Sprau*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 823 Rn. 13.

<sup>58</sup> BGH NJW 1977, 2264 (2265); BGH NJW-RR 2005, 673 (675); BGH NJW-RR 2017, 219 (221).

<sup>59</sup> *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 16 Rn. 143.

<sup>60</sup> *Oetker*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 194.

<sup>61</sup> *Mädritch*, Das allgemeine Lebensrisiko, 1980, S. 130.

<sup>62</sup> *Mädritch*, Das allgemeine Lebensrisiko, 1980, S. 59; *Spindler*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2023, § 823 Rn. 137; *Patros/Pollithy*, NJOZ 2023, 1 (2); wohl auch *Behme*, NJW 2023, 327 (328); *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 823 Rn. 317.

<sup>63</sup> A.A. *Patros/Pollithy*, NJOZ 2023, 1 (2).

<sup>64</sup> *Patros/Pollithy*, NJOZ 2023, 1 (2).

<sup>65</sup> *Patros/Pollithy*, NJOZ 2023, 1 (3).

<sup>66</sup> *Oetker*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 194.

bildung an sich. Nur dieses realisiert sich, sodass die Zurechnung entfällt.

### 3. Ergebnis

Bei typisierter Betrachtung kommt eine Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB für Straßenblockaden also nicht in Betracht. Zwar kommt es hierbei zu Recht- oder Rechtsgutsverletzungen, regelmäßig werden diese den Schädigern jedoch nicht zuzurechnen sein.

## II. Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB

Eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB setzt die Verletzung eines Schutzgesetzes voraus.

### 1. Nötigung § 240 StGB

§ 240 StGB stellt ein solches Schutzgesetz dar.<sup>67</sup> Gegen die Protestierenden wurden bereits zahlreiche Strafverfahren wegen Nötigung geführt.<sup>68</sup> Die Verwirklichung des Tatbestands lässt sich unter Rückgriff auf die „Zweite Reihe Rechtsprechung“ des BGH<sup>69</sup> bejahen. Die nach § 240 Abs. 2 StGB erforderliche Verwerflichkeit wird mit Blick auf die Ausübung von Grundrechten der Protestierenden intensiv diskutiert<sup>70</sup> und von den Gerichten meist bejaht,<sup>71</sup> die zugleich eine auf die drohende Klimakatastrophe gestützte Rechtfertigung ablehnen.<sup>72</sup> Eine Strafbarkeit ist daher in der Rechtsprechung nach überwiegender Auffassung gegeben. Jedoch sind auch durch § 823 Abs. 2 BGB nur solche Schäden ersatzfähig, die in den Schutzbereich der verletzten Norm fallen.<sup>73</sup> § 240 StGB schützt die freie Willensentschließung und -betätigung,<sup>74</sup> also nicht das Vermögen, sodass hierfür kein Schadenersatz verlangt werden kann.<sup>75</sup>

### 2. Verbotene Eigenmacht § 858 Abs. 1 BGB

Durch die Beeinträchtigung des unmittelbaren, berechtigten Besitzes liegt eine Besitzstörung i.S.d. § 858 Abs. 1 BGB vor, welcher ebenfalls ein Schutzgesetz darstellt.<sup>76</sup> Zwar sind hieraus folgende Vermögensschäden über § 823 Abs. 2 BGB grundsätzlich ersatzfähig,<sup>77</sup> jedoch sind die §§ 858 ff. BGB selbst auf die Wiederherstellung der rechtmäßigen Besitzverhältnisse gerichtet. In ihren Schutzzweck fallen daher nur solche Vermögensschäden, die hiermit in Verbindung stehen. Da die Auflösung der Blockaden ohne Kosten für die betroffenen Verkehrsteilnehmer erfolgt, kommt auch hier kein Schadenersatz in Frage.

---

<sup>67</sup> BGH NJW 1962, 910; BGH NJW 1976, 1143 (1145).

<sup>68</sup> LTO v. 21.9.2023, abrufbar unter [https://www.lto.de/persistent/a\\_id/52758/](https://www.lto.de/persistent/a_id/52758/) (21.1.2025).

<sup>69</sup> BGHSt 41, 182 (185 f.) = NJW 1995, 2643 (2644).

<sup>70</sup> Preuß, NZV 2023, 60 (67); Homann, JA 2023, 554 (557); Zimmermann/Griesar, JuS 2023, 402 (406).

<sup>71</sup> LG Berlin, Urt. v. 18.1.2023 – 518 Ns 31/22; AG Freiburg (Breisgau) KlimR 2023, 62; AG Berlin-Tiergarten NSTz 2023, 242; a.A. AG Freiburg (Breisgau) KlimR 2023, 59; AG Berlin-Tiergarten NSTz 2023, 239.

<sup>72</sup> AG München, Urt. v. 30.11.2022 – 864 Ds 113, Js 200103/22; BayObLG, Beschl. v. 21.4.2023 – 205 StRR 63/23; AG Freiburg (Breisgau) KlimR 2023, 62 (64).

<sup>73</sup> BGHZ 19, 114 (126) = NJW 1956, 217 (219); Staudinger, in: Schulze u.a., BGB, Handkommentar, 12. Aufl. 2024, § 823 Rn. 149.

<sup>74</sup> Sinn, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 240 Rn. 2.

<sup>75</sup> Behme, NJW 2023, 327 (329); Patros/Pollithiy, NJOZ 2023, 1 (4).

<sup>76</sup> BGHZ 181, 233 (238) = NJW 2009, 2530 (2531).

<sup>77</sup> BGHZ 181, 233 = NJW 2009, 2530.

### 3. Weitere Schutzgesetze

Darüber hinaus kommen Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit, die Behinderung von hilfeleistenden Personen (§ 323c Abs. 2 StGB) oder auch ein gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (§ 315b StGB) in Frage. Sie alle sind Schutzgesetze,<sup>78</sup> werden jedoch aus den oben erörterten Gründen mangels Zurechenbarkeit in der Regel nicht verletzt sein. § 315b StGB setzt zudem eine konkrete Gefahr voraus,<sup>79</sup> die in den meisten Fällen nicht gegeben sein dürfte. Je nach Sachverhalt können auch Normen der StVO verletzt worden sein, die zwar nicht das Vermögen an sich,<sup>80</sup> vereinzelt aber Leib, Leben und Eigentum schützen.<sup>81</sup> Eine Haftung für primäre Vermögensschäden kommt daher auch hiernach aber nicht in Betracht.

### 4. Ergebnis

Auch eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB wird regelmäßig ausscheiden.

### III. Haftung nach § 826 BGB

Zuletzt kommt eine Haftung nach § 826 BGB in Betracht. Dieser sieht eine Haftung für primäre Vermögensschäden im Falle einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung vor und durchbricht damit den Grundsatz, nach dem solche durch das Deliktsrecht nicht ersatzfähig sein sollen.<sup>82</sup> Der Eintritt eines Schadens ist haftungsbegründendes Tatbestandsmerkmal.<sup>83</sup> Die Schädigungshandlung muss sittenwidrig sein, wobei als sittenwidrig gilt, was gegen das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“<sup>84</sup> verstößt. Die Rechtsprechung sieht dies bei einer besonderen Verwerflichkeit der Schädigungshandlung gegeben,<sup>85</sup> während die Literatur einen normativen Ansatz wählt<sup>86</sup> und sich insbesondere an der objektiven Werteordnung des Grundgesetzes orientiert,<sup>87</sup> die durch General Klauseln mittelbar auch im Zivilrecht wirkt.<sup>88</sup> Letztlich ist nach beiden Ansichten eine umfassende Interessenabwägung unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls anzustellen.<sup>89</sup>

Straßenblockaden können Versammlungen i.S.d. Art. 8 GG darstellen.<sup>90</sup> Der Eröffnung des Schutzbereichs steht nicht entgegen, dass es sich dabei nach überwiegender Ansicht der Rechtsprechung um strafbare Nötigungen handelt, da die durch eine rein passive Blockade verübte Gewalt eine Versammlung nicht unfriedlich werden lässt.<sup>91</sup> Zur Reichweite des Schutzes von Blockadeaktionen durch Art. 8 GG hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass niemand berechtigt sei, „tätlich in die Rechte anderer einzugreifen [...], um auf diese Weise die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit zu

---

<sup>78</sup> Förster, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2024, § 823 Rn. 291.

<sup>79</sup> Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315b Rn. 54.

<sup>80</sup> BGH NJW 2004, 356 (357).

<sup>81</sup> BGH NJW 2005, 2923 (2924).

<sup>82</sup> Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 826 Rn. 4.

<sup>83</sup> Looschelders, Schuldrecht, Besonderer Teil, 19. Aufl. 2024, § 65 Rn. 2.

<sup>84</sup> BGHZ 10, 228 (232) = NJW 1953, 1665; BGH NJW 2014, 383 (384).

<sup>85</sup> BGH NJW 2017, 250 (251); 2019, 2164 (2165).

<sup>86</sup> Looschelders, Schuldrecht, Besonderer Teil, 19. Aufl. 2024, § 65 Rn. 4; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, Halbbd. 2, 13. Aufl. 1994, § 78 II 1a).

<sup>87</sup> Looschelders, Schuldrecht, Besonderer Teil, 19. Aufl. 2024, § 65 Rn. 4.

<sup>88</sup> BVerfGE 7, 198 (206) = NJW 1958, 257.

<sup>89</sup> Looschelders, Schuldrecht, Besonderer Teil, 19. Aufl. 2024, § 65 Rn. 5.

<sup>90</sup> BVerfGE 73, 206 (249) = NJW 1987, 43 (47).

<sup>91</sup> BVerfGE 73, 206 (248) = NJW 1987, 43 (47).

erregen und eigenen Interessen oder Auffassungen Geltung zu verschaffen“<sup>92</sup>. Diese Ansicht wurde in Bezug auf § 240 StGB dahingehend weiterentwickelt, dass „Behinderungen und Zwangswirkungen [...] nur soweit durch Art. 8 GG gerechtfertigt [sind], wie sie als sozial-adäquate Nebenfolge mit [...] Demonstrationen verbunden sind und sich auch durch zumutbare Auflagen nicht vermeiden lassen“<sup>93</sup>. An einer Sozialadäquanz soll es fehlen, wenn die Beeinträchtigung Dritter nicht nur Folge, sondern Zweck der Versammlung ist.<sup>94</sup> Das allein lässt jedoch nur die Rechtfertigung durch Art. 8 GG entfallen.<sup>95</sup> Die Verwerflichkeit einer Nötigung ist dennoch aufgrund der Umstände des Einzelfalls festzustellen.<sup>96</sup> Für die Feststellung der Sittenwidrigkeit kann insofern nichts anderes gelten.

Es ist demnach weiterhin zu berücksichtigen, ob der Protest ein kommunikatives Anliegen verfolgt und ob dieses in einem inhaltlichen Bezug zum eingesetzten Mittel steht.<sup>97</sup> Der Zweck der Blockadeaktionen liegt letztlich darin, auf die drohende Klimakatastrophe aufmerksam zu machen und auf politische Gegenmaßnahmen hinzuwirken.<sup>98</sup> Dieser Zweck lässt sich als Weg zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen verstehen, der als Staatsziel in Art. 20a GG niedergelegt ist. Mit ihrem Protest richten sich die Beteiligten gegen Personen, die durch ihr Verhalten jedenfalls geringfügig an der Verursachung von Klimaveränderungen beteiligt sind. Die Protestierenden verfolgen also ein kommunikatives Anliegen, das in einem sachlichen Bezug zur Schädigungshandlung steht.<sup>99</sup> Darüber hinaus fließt der Schutz der Lebensgrundlagen schon aufgrund seiner verfassungsrechtlichen Verankerung in Art. 20a GG als Teil der Werteordnung in die Abwägung mit ein.

Weitere in die Abwägung mit einzubeziehende Aspekte sind die Dauer der Beeinträchtigung, ob es Ausweichmöglichkeiten gibt, wie schnell solche eingerichtet werden können, ob zuvor auf die Aktion hingewiesen wurde und sich Behörden und Verkehrsteilnehmer deshalb auf diese einstellen konnten.<sup>100</sup> Auch die Sicherheitsrelevanz der Aktion kann eine Rolle spielen,<sup>101</sup> wenn etwa ein Stau an einer besonders gefahrgeneigten Stelle entsteht. Zu berücksichtigen sind auch etwaige Dringlichkeitsgründe in der Person des Geschädigten.<sup>102</sup> Hier kann berücksichtigt werden, ob besonders dringende Transporte, etwa Rettungsfahrten oder Organtransporte, aufgehalten werden. Im Rahmen der Sittenwidrigkeit sind zudem die Motive des Schädigers<sup>103</sup> sowie die Folgen der Schädigung zu berücksichtigen.<sup>104</sup> In diesem Zusammenhang ist den Protestierenden ihre altruistische Motivation zugute zu halten. Diese wird vom Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts<sup>105</sup> jedenfalls im Grundsatz getragen. Es wird weiterhin zu berücksichtigen sein, dass sich in der Schädigung nach dem oben Gesagten lediglich das allgemeine Lebensrisiko realisiert. Anders als im Rahmen der Zurechnung fließt hier jedoch in die Wertung mit ein, dass die Realisierung dieses Risikos vorsätzlich herbeigeführt wird, was zulasten der Protestierenden ins Gewicht fällt.

<sup>92</sup> BGHSt 23, 46 (56) = NJW 1969, 1770 (1773).

<sup>93</sup> BVerfGE 73, 206 (250) = NJW 1987, 43 (47).

<sup>94</sup> BVerfGE 73, 206 (250) = NJW 1987, 43 (47).

<sup>95</sup> BVerfGE 73, 206 (250) = NJW 1987, 43 (47).

<sup>96</sup> BVerfGE 73, 206 (255 f.) = NJW 1987, 43 (49).

<sup>97</sup> BVerfGE 104, 92 (112) = NJW 2002, 1031 (1034).

<sup>98</sup> Zu den Zielen der „Letzten Generation“ siehe <https://letztegeneration.org/strategie/> (21.1.2025).

<sup>99</sup> So auch Spindler, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2023, § 826 Rn. 109; Patros/Pollithy, NJOZ 2023, 1 (4); Lutzi, JuS 2023, 385 (389); a.A. Behme, NJW 2023, 327 (329).

<sup>100</sup> BVerfGE 104, 92 (112) = NJW 2002, 1031 (1034).

<sup>101</sup> Spindler, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2023, § 826 Rn. 109.

<sup>102</sup> Spindler, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2023, § 826 Rn. 109.

<sup>103</sup> Looschelders, Schuldrecht, Besonderer Teil, 19. Aufl. 2024, § 65 Rn. 5; Staudinger, in: Schulze u.a., BGB, Handkommentar, 12. Aufl. 2024, § 823 Rn. 7.

<sup>104</sup> Staudinger, in: Schulze u.a., BGB, Handkommentar, 12. Aufl. 2024, § 823 Rn. 7.

<sup>105</sup> BVerfGE 157, 30 = NJW 2021, 1723.

Als Leitlinie lässt sich daher festhalten, dass, je kürzer die Beeinträchtigung ist, dem ein umso bedeutenderes Interesse gegenüberstehen muss, gerade zum Blockadezeitpunkt an der blockierten Stelle vorbei fahren zu wollen. Bei Verzögerungen, wie sie im Berufsverkehr nahezu alltäglich vorkommen, ist eine Sittenwidrigkeit daher regelmäßig abzulehnen.<sup>106</sup>

#### IV. Ergebnis

Eine Haftung für Schäden wegen Straßenblockaden dürfte den Protestierenden im Ergebnis wohl nicht drohen, was letztlich auf den restriktiven Vermögensschutz durch das Deliktsrecht zurückzuführen ist.

I.R.d. § 823 Abs. 1 BGB ist die Verletzung von Rechten oder Rechtsgütern als Voraussetzung der Haftung für Vermögensschäden zwar denkbar, wird den Schädigern jedoch nur in besonderen Sachverhaltskonstellationen zugerechnet werden können, weil die von ihnen verursachten Verkehrsstaus ein Alltagsphänomen darstellen, auf das sich die Betroffenen ohnehin einzustellen haben und das darüber hinaus für sie eigene Pflichten begründet, die sie unabhängig von deren Ursache zu erfüllen haben. Schutzgesetzverletzungen als Voraussetzung des § 823 Abs. 2 BGB liegen zwar ebenfalls vor, die relevanten Vermögensschäden sind von ihrem Schutzzweck jedoch regelmäßig nicht umfasst.

Es bleibt im Einzelfall also allein die Möglichkeit einer Haftung nach § 826 BGB. Diese ist aufgrund des restriktiven deliktischen Vermögensschutzes nicht vorschnell zu bejahen. Auch hier wird zu berücksichtigen sein, dass der Vermögensschaden auf ein Alltagsphänomen zurückzuführen ist.

---

<sup>106</sup> So im Ergebnis auch *Spindler*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2023, § 826 Rn. 109; *Patros/Pollithy*, NJOZ 2023, 1 (5).

# Reform des Aktienrechts: Die Berücksichtigung von Allgemeinwohlbelangen in der Unternehmensleitung

*Wiss. Mitarbeiter Manuel Fink, Stud. iur. Tim Oswald, B.A., München\**

<b>I. Einführung.....</b>	<b>16</b>
<b>II. Gegenstand der Untersuchung: Begriff des Allgemeinwohlbelangs im Kontext des Unternehmensrechts .....</b>	<b>17</b>
1. Abstrakter Definitionsversuch: Freiwilliges und altruistisches Vorstandshandeln .....	17
2. Konkrete Aufzählung möglicher berücksichtigenswerter Anliegen .....	18
<b>III. Berücksichtigung auf Grundlage des Gesellschaftsvertrags – Allgemeinwohlbelange als Teil des Shareholder-Value .....</b>	<b>19</b>
1. Die Relevanz des Gesellschaftsvertrags für den Leitungsmaßstab .....	19
2. Unmittelbar allgemeinwohlbegünstigender Gesellschaftsvertrag .....	19
3. Gewinnzieldominiertes Gesellschaftsvertrag .....	20
a) Die Legitimität des Gewinnziels .....	20
b) Der Stakeholderbezug des Gewinnziels .....	21
c) Insbesondere: Verhaltenssteuerung über comply-or-explain-Modelle de lege lata und de lege ferenda .....	21
aa) Funktionsweise .....	22
bb) Erklärungspflichten de lege lata .....	22
(1) DCGK und Entsprechungserklärung, § 161 AktG .....	22
(2) Bilanzrechtliche Berichtspflichten, §§ 289c, 289f HGB .....	23
cc) Die Klimaquote de lege ferenda .....	23
<b>IV. Berücksichtigung fern des Gesellschaftsvertrags – Allgemeinwohlbelange als Teil des Stakeholder-Value .....</b>	<b>25</b>
1. Historischer und verfassungsrechtlicher Kontext .....	25
2. Theoretische Fundierung und Umfang der Berücksichtigung sozialer Aspekte fern des Gesellschaftsvertrags im kapitalgesellschaftsrechtlichen Leitungsmaßstab de lege lata .....	26
a) Problematik .....	26

---

\* *Manuel Fink* ist Wiss. Mitarbeiter, *Tim Oswald* ist Stud. Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Privatrechtstheorie von Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

b)	Ausstrahlungswirkung als taugliche Grundlage zur Verfolgung hoheitlicher Zielsetzungen im kapitalgesellschaftsrechtlichen Leitungsmaßstab .....	27
aa)	Die Ausstrahlungswirkung des Art. 14 Abs. 2 GG (mittelbare Drittwirkung von Grundrechten).....	27
bb)	Ausstrahlung des einfachen Rechts .....	29
c)	Umfang der Berücksichtigung de lege lata auf dieser Basis .....	30
3.	Reformvorschläge .....	31
a)	Grundlagen: Mögliche Intensität der sozialen Ausrichtung .....	31
aa)	Konkrete Erfolgspflichten .....	31
bb)	Bemühenspflicht.....	32
(1)	Pflicht zur Verfolgung von Allgemeinwohlbelangen .....	32
(2)	Pflicht zur Berücksichtigung von Allgemeinwohlbelangen .....	32
cc)	Bloßes Berücksichtigungsrecht.....	33
b)	Stellungnahme zur Normierung einer Berücksichtigungspflicht .....	34
c)	Normierung des Umfangs des Berücksichtigungsrechts: Plädoyer für eine Social Judgment Rule, § 93 Abs. 1 S. 3 AktG n.F. ....	35
aa)	Hintergrund: Rechtsunsicherheiten beim bestehenden Berücksichtigungsrecht .....	35
bb)	Idee einer „Social Judgment Rule“: Vorschlag für § 93 Abs. 1 S. 3 AktG n.F. .	36
<b>V.</b>	<b>Zusammenfassung und Ausblick .....</b>	<b>38</b>

## I. Einführung

Die Daseinsberechtigung von Unternehmen, die in erster Linie die eigene Profitmaximierung im Blick haben, wird heute vielfach in Frage gestellt. Ein Unternehmen bedürfe eines sozialen Zwecks, der ihm als „Nordstern“ seine Richtung weise, liest man etwa in einem Fachbuch aus der Strategieberatung.<sup>1</sup> Doch auch der Rechtswissenschaft ist diese gesellschaftliche Entwicklung keineswegs entgangen. Um das deutsche Gesellschaftsrecht für die Herausforderungen unserer Zeit bereit zu machen, hat jüngst ein von der wissenschaftlichen Vereinigung für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (VGR) ins Leben berufener Arbeitskreis, bestehend aus einer Vielzahl namhafter Gesellschaftsrechtler, über mögliche Reformen diskutiert.<sup>2</sup> Daneben war namentlich die Bewältigung der Klimakrise durch das Gesellschaftsrecht Gegenstand der wirtschaftsrechtlichen Abteilung des 74. Deutschen Juristentags 2024.<sup>3</sup> Hierdurch wurde auch der grundlegende und althergebrachte Diskurs um die Ausrichtung des Leitungsmaßstabs wieder aufgeworfen, inwiefern die Leitungsorgane der Aktiengesellschaft<sup>4</sup> an den Willen ihrer Anteilseigner gebunden sind oder zugleich gesellschaftspolitische

<sup>1</sup> Bruce/Jeromin, Corporate Purpose – das Erfolgskonzept der Zukunft, 2020, S. 1, 16.

<sup>2</sup> Berichtend Habersack/Vetter, FAZ v. 13.6.2024; dies., in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Reformbedarf im Aktienrecht, 2024, S. XI f.; dies., AG 2024, 377.

<sup>3</sup> Siehe dazu Weller, Gutachten F zum 74. DJT, 2024, S. F1 ff.

<sup>4</sup> Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich, wie im derzeitigen Diskurs üblich (vgl. etwa Bachmann, ZHR 2023, 166 [168]), auf die Rechtslage der Aktiengesellschaft. Inwieweit sich die Überlegungen rund um

Anliegen berücksichtigen dürfen bzw. müssen.<sup>5</sup>

Aus methodischer Sicht bettet sich die Diskussion dabei in die Frage ein, in welchem Umfang das bürgerliche Recht einer „Materialisierung“ zugänglich ist, inwiefern also die im Ausgangspunkt formale über die Privatautonomie gewährleistete Gestaltungsfreiheit durch materielle, auf der Vorstellung sozialer Verantwortung beruhende Erwägungen überlagert wird.<sup>6</sup> Hierzu soll im Folgenden zunächst der der Diskussionsfrage zugrundeliegende Terminus des „Allgemeinwohlbelangs“ aufgegriffen und einer Definition zugeführt werden (II.). Im Folgenden wird erörtert, in welchem Umfang Allgemeinwohlbelange *de lege lata* und *de lege ferenda* berücksichtigungsfähig sind bzw. sein können – dargestellt anhand ihrer Übereinstimmung (III.) bzw. Diskrepanz (IV.) mit dem als Anknüpfungspunkt der Privatautonomie dienenden Gesellschaftsvertrag.

## II. Gegenstand der Untersuchung: Begriff des Allgemeinwohlbelangs im Kontext des Unternehmensrechts

Eine abschließende Auflistung aller berücksichtigungswerten Allgemeinwohlbelange ist kaum möglich und jegliche Form der Eingrenzung stets kontingent hinsichtlich der konkreten zeitlichen und sozialen Umstände einer Gesellschaft.<sup>7</sup> Nichtsdestotrotz ist es sinnvoll, kurz darzulegen, welche Gemeinwohlbelange gegenwärtig als inhaltlich besonders berücksichtigungswert für die unternehmensleitenden Organe gelten sollten und durch welche Art von Vorstandshandeln Allgemeinwohlbelange berücksichtigt werden.

### 1. Abstrakter Definitionsversuch: Freiwilliges und altruistisches Vorstandshandeln

*Empt* fasst unter den Begriff der sozialen Verantwortung von Unternehmen (Corporate Social Responsibility) all solche Handlungsweisen, die freiwillig und altruistisch sind.<sup>8</sup> Hierbei bezeichnet Freiwilligkeit die Abwesenheit zwingender gesetzlicher Vorgaben, während über das Element des Altruismus nur solche Handlungen erfasst werden sollen, die nicht mit dem Ziel langfristiger Profitmaximierung für die Anteilseigner vereinbar sind.<sup>9</sup> Für die nachfolgende Untersuchung wird das Kriterium der Freiwilligkeit übernommen – es ist allgemeine Meinung, dass der Vorstand über die Legalitätspflicht verpflichtet ist, zwingendes (inländisches) Recht einzuhalten.<sup>10</sup> Andererseits soll – in den Grenzen der Freiwilligkeit – umfassend Handeln mit Allgemeinwohlbezug beleuchtet werden. Der Begriff des Altruismus<sup>1</sup> wird daher weiter gefasst als bei *Empt* und soll auch solches Vorstandshandeln miteinbeziehen, bei dem kein zwingender Konflikt mit dem Ziel langfristiger Profitmaximie-

---

eine staatliche Inanspruchnahme auch auf die GmbH übertragen lassen, stellt eine Folgeproblematik dar, die erst dann sinnvoll zu diskutieren ist, wenn die Konturen für die Aktiengesellschaft geschärft sind.

<sup>5</sup> Zu den Erkenntnissen des Arbeitskreises hierzu *Habersack/Vetter/Bergmann*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Reformbedarf im Aktienrecht, 2024, S. 44 ff.; *Habersack/Vetter*, AG 2024, 377 (379 f. Rn. 12 ff).

<sup>6</sup> Grundlegend zu Materialisierungstendenzen im allgemeinen bürgerlichen Vertragsrecht *Canaris*, AcP 200 (2000), 273. Zur dort auf S. 282 ff. aufgeworfenen „materialen Ethik sozialer Verantwortung“ bereits *Wieacker*, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, 1974, S. 24; aufgegriffen auch von BVerfGE 89, 214 (233) – Bürgerschaftsverträge (1993). Gemünzt auf den hiesigen gesellschaftsrechtlichen Kontext *Weller/Fischer*, ZIP 2022, 2253 (2258 f.).

<sup>7</sup> *Harbarth*, ZGR 2022, 533 (535); *Schockenhoff*, AG 2024, 597 (601 Rn. 18).

<sup>8</sup> *Empt*, Corporate Social Responsibility, 2004, S. 25.

<sup>9</sup> *Empt*, Corporate Social Responsibility, 2004, S. 25–28.

<sup>10</sup> *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, Kommentar, 6. Aufl. 2024, AktG § 93 Rn. 7a; *Koch*, Aktiengesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, § 93 Rn. 9 ff. m.w.N.; zur Frage, ob der Vorstand über die Legalitätspflicht auch an ausländisches Recht gebunden ist, Rn. 13 ff.

rung für die Anteilseigner besteht, die Berücksichtigung von Stakeholderinteressen oder altruistischer Motive aber handlungsleitend ist und nicht bloß reflexartig eintritt.<sup>11</sup>

## 2. Konkrete Aufzählung möglicher berücksichtigungswerter Anliegen

Die im Privatrecht zu berücksichtigenden Allgemeinwohlbelange wurden in der Literatur schon verschiedentlich aufgearbeitet, insbesondere im Rahmen der (jüngeren) Nachhaltigkeitsdebatte.<sup>12</sup> Ausgangspunkt für die vorliegenden Überlegungen sind die de lege lata bereits zu berücksichtigenden ESG-Belange,<sup>13</sup> wie etwa die Pflicht des Vorstandes gem. § 264 Abs. 1 S. 1 und 3 HGB i.V.m. § 78 Abs. 1 S. 1 AktG zur Aufstellung eines jährlichen Lageberichts, der auch eine nicht-finanzielle Erklärung enthalten muss. Die Inhaltsvorgaben für die nicht-finanzielle Erklärung in § 289c Abs. 2 HGB zeigen, welche Allgemeinwohlbelange der (europäische) Gesetzgeber<sup>14</sup> für besonders berücksichtigungswert im Rahmen der Unternehmenstätigkeit erachtet:<sup>15</sup> Umwelt- und Klimabelange (Nr. 1), Arbeitnehmerbelange (Nr. 2), Sozialbelange (Nr. 3), Achtung der Menschenrechte (Nr. 4) sowie Bekämpfung von Korruption und Bestechung (Nr. 5). Dies stellt eine im hiesigen Kontext beachtenswerte gesetzgeberische Wertung dar, wenngleich die Auflistung darüber hinaus in vielerlei Hinsicht ergänzungsbedürftig ist.<sup>16</sup> Beispielsweise hat der rapide Fortschritt bei der Nutzung von künstlicher Intelligenz, sowohl im zivilen als auch militärischen Kontext, die Frage nach der ethischen Nutzung von Technologien (wieder) in den Fokus der öffentlichen Debatte gerückt.<sup>17</sup> Auch wenn die KI-Regulierung auf europäischer Ebene langsam Form annimmt und sich ein verpflichtender Rahmen für die Nutzung von KI abzeichnet,<sup>18</sup> besteht für Vorstände weiterhin die tatsächliche Notwendigkeit Lösungen für potenzielle Zielkonflikte zwischen ethischer Nutzung von Technologie und dem Gewinnziel zu finden.<sup>19</sup>

---

<sup>11</sup> Zu den Problemen der Bestimmung von Handlungsmotiven *Empt*, Corporate Social Responsibility, 2004, S. 28 ff.

<sup>12</sup> Vgl. z.B. *Hellgardt/Jouannaud*, AcP 222 (2022), 163 (167 ff.); *Schirmer*, Nachhaltiges Privatrecht, 2023, S. 13 ff.; *Harbarth*, ZGR 2022, 533 (552 f.).

<sup>13</sup> Zur Übersicht *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, Stand: 1.10.2024, § 76 Rn. 42 ff.

<sup>14</sup> Mit §§ 289b–289e, 315b–315d HGB wurde die Richtlinie 2014/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.10.2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Unternehmen und Gruppen national umgesetzt.

<sup>15</sup> *Harbarth*, ZGR 2022, 533 (552) nennt § 52 Abs. 2 S. 1 AO als weiteren Anknüpfungspunkt für die Bestimmung konkreter Allgemeinwohlbelange.

<sup>16</sup> *Vetter*, ZGR 2018, 338 (369); *Harbarth*, ZGR 2022, 533 (552 f.), der zudem auf § 52 AO verweist.

<sup>17</sup> Vgl. im Hinblick auf die Idee einer „Corporate Digital Responsibility“ in Bezug auf das Aktienrecht *Möslein*, in: FS Hopt, 2020, S. 805 ff.

<sup>18</sup> Vgl. den AI-Act der Europäischen Union, Verordnung (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und Rats vom 13.6.2024 und den Kommissionsvorschlag für eine „AI Liability Directive“, KOM (2022) 496 endg.

<sup>19</sup> Näher zur Reformdiskussion um § 76 AktG *Kremer/Langenbacher*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Reformbedarf im Aktienrecht, 2024, S. 76 ff.; vgl. auch die Bemühungen von *Sam Altman*, CEO von OpenAI, der sich für eine stärkere KI-Regulierung einsetzt und sein Unternehmen zu „responsibleAI“ verpflichtet hat, *Kang*, The New York Times v. 16.5.2023, abrufbar unter [nytimes.com/2023/05/16/technology/openai-altman-artificial-intelligence-regulation.html](https://www.nytimes.com/2023/05/16/technology/openai-altman-artificial-intelligence-regulation.html) (22.1.2025); *Davalos*, Fortune v. 4.5.2024, abrufbar unter [fortune.com/2024/03/04/openai-signs-open-letter-ai-salesforce-sam-altman-elon-musk/](https://fortune.com/2024/03/04/openai-signs-open-letter-ai-salesforce-sam-altman-elon-musk/) (22.1.2025).

### III. Berücksichtigung auf Grundlage des Gesellschaftsvertrags– Allgemeinwohlbelange als Teil des Shareholder-Value

#### 1. Die Relevanz des Gesellschaftsvertrags für den Leitungsmaßstab

Wie einleitend bereits festgestellt, werden Pflichten im bürgerlichen Recht als Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) gemeinhin über deren privatautonome Eingehung begründet.<sup>20</sup> Die Möglichkeit privatautonomer Gestaltung beschränkt sich dabei im Gesellschaftsrecht auf den Organisationsvertrag.<sup>21</sup> Dieser ist zum einen Grundlage für die Ausübung der Privatautonomie der Gesellschafter, die so über die Verwendung des von ihnen zur Verfügung gestellten Kapitals bestimmen können.<sup>22</sup> Zum anderen ist der Organisationsvertrag Anknüpfungspunkt für die Ermittlung des privatautonomen Willens der Gesellschaft selbst (vgl. Art. 19 Abs. 3, 2 Abs. 1 GG).<sup>23</sup>

#### 2. Unmittelbar allgemeinwohlbegünstigender Gesellschaftsvertrag

Im Organisationsvertrag niedergelegt ist zunächst der Gesellschaftszweck. An diesen sind als oberste Kooperations- und Leitungsmaxime die Verwaltungsorgane und über die soziale Treupflicht die Gesellschafter umfassend gebunden.<sup>24</sup> In Konsequenz des Gesellschaftsvertrags als Anker der Privatautonomie kann der Gesellschaftszweck in den Grenzen der §§ 134, 138 BGB frei bestimmt werden (Grundsatz der Zweckfreiheit, vgl. § 1 GmbHG).<sup>25</sup> Zulässige Gesellschaftszwecke sind damit insbesondere auch unmittelbar allgemeinwohlbezogene Zwecke, wie etwa die Förderung der Künste, die Umsetzung von Maßnahmen gegen den Klimawandel oder die Versorgung der Bevölkerung.<sup>26</sup> Als Beispiel für die Aufnahme von Allgemeinwohlbelangen in den Gesellschaftszweck dient die DB InfraGO AG, hundertprozentige Infrastrukturtochter der DB AG, deren Satzung in § 2 Abs. 1 Nr. 8 etwa die „Förderung des Klimaschutzes“ als Gesellschaftszweck ausweist.<sup>27</sup> Eine nachträgliche (allgemeinwohlbegünstigende) Änderung des Gesellschaftszwecks unterliegt aufgrund dessen Eigenschaft als „kleinster gemeinsamer Nenner“<sup>28</sup> der Gesellschaftervereinbarung dem Einstimmigkeitserfordernis analog § 33 Abs. 1 S. 2 BGB und ist daher gerade bei Aktiengesellschaften mit hohem free float faktisch undenkbar.<sup>29</sup> Unterhalb der Schwelle des Gesellschaftszwecks kann vor allem der Unternehmensgegenstand herangezogen werden, um die Satzung mit einem allgemeinwohlbezogenen Impetus zu versehen. Einfache Satzungsänderungen lassen sich gem. § 179 Abs. 2 S. 1 AktG bereits mit einer Dreiviertelmehrheit durchsetzen.

---

<sup>20</sup> Grundlegend zur allgemeinen Handlungsfreiheit als Grundlage für die Privatautonomie, Vertrags- sowie unternehmerischer Freiheit *Eichberger*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 2 Rn. 116 ff. Zur formalen Vertragsfreiheit und deren Materialisierung siehe bereits Fn. 6.

<sup>21</sup> *Grigoleit*, in: Grigoleit, AktG, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 76 Rn. 17.

<sup>22</sup> Die Funktion der Aktionäre als Kapitalgeber betonend *Beneke/Heidel/Lochner*, AG 2024, 528 (529 Rn. 7).

<sup>23</sup> Zur Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 3 GG auf die allgemeine Handlungsfreiheit *Lang*, in: BeckOK GG, Stand: 15.6.2024, Art. 2 Rn. 43.

<sup>24</sup> *Grigoleit*, in: Grigoleit, AktG, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 1 Rn. 10.

<sup>25</sup> *Grigoleit*, in: Grigoleit, AktG, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 1 Rn. 9.

<sup>26</sup> Näher zur vermeintlichen Selbstverständlichkeit eines Rechts zur Allgemeinwohlorientierung vor dem Hintergrund der fehlenden demokratischen Legitimierung der damit einhergehenden Definitions- und Verteilungsmacht *Harbarth*, ZGR 2022, 533 (540 ff.).

<sup>27</sup> Gesellschaftsvertrag v. 30.1.2024, abgerufen im Handelsregister am 25.11.2024; vgl. auch [bundestag.de/presse/hib/kurzmeldungen-956852](https://www.bundestag.de/presse/hib/kurzmeldungen-956852) (22.1.2025).

<sup>28</sup> *Grigoleit*, in: Grigoleit, AktG, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 1 Rn. 5.

<sup>29</sup> *Paefgen*, DZWIR 2022, 555 (560).

Die Ausrichtung des Gesellschaftsvertrags ist im Kontext der Legitimierung unternehmerischen Handelns mittels eines „Corporate Purpose“ von besonderem Interesse. Primär als Management-Konzept erdacht, ist die gesellschaftsrechtliche Erfassung des „Corporate Purpose“ zwar noch größtenteils unklar. Aktiengesellschaften können zur Umsetzung eines solchen jedoch bereits jetzt wie beschrieben ihren Gesellschaftszweck frei wählen, bestimmte allgemeinwohlschädliche Handlungen vom Unternehmensgegenstand ausschließen oder den Vorstand qua deklaratorischer Allgemeinwohlklausel zur Verfolgung (bestimmter) Allgemeinwohlbelange ermächtigen.<sup>30</sup> Zurückzuweisen ist demgegenüber das Ansinnen, Gesellschaften künftig zu einem solchen sozialen Bekenntnis zu verpflichten.<sup>31</sup> Die damit verbundene weitreichende Relativierung des Gewinnziels als tauglichen (vgl. § 1 GmbHG) Gesellschaftszweck ist vor allem aus Effektivitäts- und demokratietheoretischen Gründen nicht geboten (dazu sogleich).

### 3. Gewinnzieldominiertes Gesellschaftsvertrag

#### a) Die Legitimität des Gewinnziels

Von den gegebenen Möglichkeiten der Sozialausrichtung über den Gesellschaftsvertrag wird in der Praxis kaum Gebrauch gemacht,<sup>32</sup> den unstreitigen Normalzweck der Aktiengesellschaft bildet vielmehr das Gewinnziel.<sup>33</sup> Dies ist auch keineswegs verwerflich. Das Gewinnziel vermag die im Ausgangspunkt vielfältigen divergierenden (ggf. auch sozialen) Individualinteressen der Aktionäre in sich zusammenzuführen und ihre dezentrale, aggregiert optimale Verfolgung durch den Einzelnen ermöglichen.<sup>34</sup> Der Staat erhält mit der Gewinnerzielung seitens der Gesellschaften eine steuerliche Beteiligung, die er demokratisch legitimiert zur Verfolgung von Allgemeinwohlbelangen nutzen kann.<sup>35</sup> Insbesondere kapitalmarktorientierte Gesellschaften müssten bei einem Abweichen vom Gewinnziel damit rechnen, dass Anleger eine geringere Gewinnerwartung inferieren und entsprechend einpreisen.<sup>36</sup> Fremdkapitalkosten werden bei einem Abweichen ebenso gesteigert.<sup>37</sup> Die Senkung von Transaktionskosten ist aus Effizienzgesichtspunkten gesamtwirtschaftlich wünschenswert und entspricht, wie allgemein die Achtung des Gewinnziels, der legitimen Erwartung der Marktteilnehmer, ja sichert gar die Legitimität des Auftretens unter einem haftungsbeschränkten Rechtsträger.<sup>38</sup>

<sup>30</sup> Näher zu verschiedenen Auffassungen über den Inhalt des Corporate Purpose-Konzepts insbesondere im Kontext mit dem damit verbundenen Mehrheitserfordernis *Vetter*, ZGR 2018, 338 (371 ff.); *Paefgen*, DZWIR 2022, 555, (559 f.); *Fleischer*, ZIP 2021, 5 (11 f.); *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, Stand: 1.10.2024, § 76 Rn. 49; *E. Vetter*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, Kommentar, 6. Aufl. 2024, AktG § 23 Rn. 13; *Kort*, NZG 2012, 926 (930).

<sup>31</sup> So auch *Habersack/Vetter/Bergmann*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Reformbedarf im Aktienrecht, 2024, S. 44 f.

<sup>32</sup> Eine kurze Übersicht über die (wenigen) gemeinnützige Aktiengesellschaften in Deutschland bieten *Binnewies/Hertwig*, AG 2020, 739 ff.

<sup>33</sup> Ganz h.M. *Pentz*, in: MüKo-AktG, Bd. 2, 6. Aufl. 2024, § 23 Rn. 71; *Bergmann*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar, Bd. 9, 5. Aufl. 2024, § 179 Rn. 90; *E. Vetter*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, Kommentar, 6. Aufl. 2024, AktG § 23 Rn. 13; *Grigoleit*, in: Grigoleit, AktG, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 1 Rn. 7; *Koch*, Aktiengesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, § 23 Rn. 22; *Habersack*, in: FS Windbichler, 2020, S. 707.

<sup>34</sup> *Grigoleit*, in: Grigoleit, AktG, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 1 Rn. 7; *Weber*, in: Hölter/Weber, AktG, Kommentar, 4. Aufl. 2022, § 76 Rn. 19.

<sup>35</sup> Vgl. *Harbarth*, ZGR 2022, 533 (542).

<sup>36</sup> *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, Stand: 1.10.2024, § 76 Rn. 34; *Harenberg*, KritV 2019, 393 (419); *Haubold*, Die Normierung der Unternehmensziele der Aktiengesellschaft im Lichte der Nachhaltigkeit, 2024, S. 147.

<sup>37</sup> *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH, 2006, S. 62.

<sup>38</sup> Zur Gewinnverfolgung als ökonomische Funktionsbedingung der Haftungsbeschränkung *Grigoleit*, Gesell-

## b) Der Stakeholderbezug des Gewinnziels

Daneben ist darauf hinzuweisen, dass auch eine Ausrichtung der Gesellschaft auf das Gewinnziel es dem Vorstand erlaubt, Allgemeinwohlbelange im Rahmen seines Leitungsermessens zu berücksichtigen. Obgleich in Teilen der öffentlichen Debatte der Eindruck erweckt wird, dass die Ausrichtung der Aktiengesellschaft auf das Gewinnziel stets mit der Verfolgung von Stakeholderbelangen konfliktiert, ist dies keine logische Notwendigkeit. Besonders naheliegend ist der mit der Gewinnverfolgung und der damit verbundenen Sicherung der Haftungsmasse erreichte Gläubigerschutz, dem angesichts des Auftretens unter haftungsbeschränkten Rechtsträgern hohe Bedeutung beizumessen ist.<sup>39</sup>

Das Gewinnziel ist in temporaler Hinsicht zudem am langfristigen Aktionärsinteresse im Sinne eines nachhaltigen Wachstums zu verstehen, was zwangsläufig erfordert, die Interessen aller Stakeholder der Gesellschaft im Blick zu behalten.<sup>40</sup> So steht die (langfristig rentable) Incentivierung von Arbeitnehmern keineswegs mit dem Gewinnziel in Widerspruch.<sup>41</sup> Maßnahmen gegen Umweltverschmutzung oder Lärm an einem Fabrikstandort, ebenso Spenden an Vereine, Stiftungen, Parteien oder zu anderen sozialen Zwecken können sich im Rahmen von Reputations-, Profil- bzw. Werbeeffekten ebenso als mittelbare Verfolgung des Gewinnziels darstellen.<sup>42</sup> Gerade der Aspekt der Reputation führt folglich zu einem weitgehenden Gleichlauf von Stakeholder- und Shareholderinteressen, wodurch der dazwischen bestehende Konflikt über die Ausrichtung des Leitungsmaßstabs nur selten praxisrelevant wird.<sup>43</sup>

Begrenzt wird der Ermessensspielraum des Vorstandes im Rahmen des Gewinnziels jedoch von der Voraussetzung, dass der Kapitaleinsatz der damit zusammenhängenden unternehmerischen Entscheidungen ex ante rentabel, also von einem positiven Erwartungswert getragen ist.<sup>44</sup> Nicht vom Gewinnziel gedeckt sind daher all solche allgemeinwohlbezogenen Vermögensabflüsse, von denen ein (zumindest langfristiger) positiver Einfluss auf den Gewinn der Gesellschaft nicht zu erwarten ist. So führt namentlich der Reputationsaspekt nur dann zu einer Übereinstimmung mit dem Gewinnziel, wenn der allgemeinwohlbezogene Vermögensabfluss im Sinne der Maxime „Tu Gutes und sprich darüber“ öffentlich gemacht wird, was nicht immer im Interesse aller Parteien stehen mag.<sup>45</sup>

## c) Insbesondere: Verhaltenssteuerung über comply-or-explain-Modelle de lege lata und de lege ferenda

Anknüpfend an den gewinnzielrelevanten Reputationsaspekt setzt der Gesetzgeber national wie international seit der Jahrtausendwende vermehrt darauf, Unternehmen durch sog. comply-or-explain-Mechanismen zur Verfolgung ausgewählter Allgemeinwohlbelange anzuhalten.<sup>46</sup>

---

schafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH, S. 55 ff., 71 f.

<sup>39</sup> Grigoleit, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH, S. 55 ff. und passim.

<sup>40</sup> Koch, Aktiengesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, § 76 Rn. 68; Grigoleit, in: Grigoleit, AktG, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 76 Rn. 26.

<sup>41</sup> Grigoleit, in: Grigoleit, AktG, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 76 Rn. 20.

<sup>42</sup> Grigoleit, in: Grigoleit, AktG, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 76 Rn. 31 f.

<sup>43</sup> Grigoleit, in: Grigoleit, AktG, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 76 Rn. 20; Koch, Aktiengesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, § 76 Rn. 68; Fleischer, in: BeckOGK AktG, Stand: 1.10.2024, § 76 Rn. 38; Bachmann, ZHR 187 (2023), 166 (178, 197).

<sup>44</sup> Grigoleit, in: Grigoleit, AktG, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 76 Rn. 26; Kort, NZG 2012, 926 (929).

<sup>45</sup> Habersack, AcP 220 (2020), 594 (637); Vetter, ZGR 2018, 338 (346 ff.).

<sup>46</sup> Vgl. zur internationalen Verbreitung Seidl/Sanderson/Roberts, Journal of Management and Governance 2013, 791 (792). Die erste Ausformulierung des comply or explain Modell findet sich im britischen Cadbury Report von 1992, vgl. Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance, 1992.

## aa) Funktionsweise

Bestimmend für den Regulierungsansatz des comply-or-explain ist, dass die durch die entsprechende Norm adressierte Gesellschaft regelmäßig nicht zur Befolgung einer bestimmten Regelung bzw. eines Regelwerks verpflichtet wird, sondern lediglich eine zwingende Erklärung abgeben muss, inwiefern sie der in Bezug genommenen Regelung entspricht (comply). Sofern die Gesellschaft abweicht, ist sie jedoch verpflichtet, ihre Abweichung offenzulegen und zu erklären (explain).

Bezweckt wird damit, die Verfolgung von Allgemeinwohlbelangen zum Wettbewerbsfaktor zu erheben. Die Idee hinter diesem regulatorischen Ansatz liegt darin, durch Transparenz und die damit verbundenen Auswahl- und Steuerungsprozesse der Marktteilnehmer Anreize bzw. einen „sanften Druck“<sup>47</sup> zur Selbstregulierung und Verbesserung der eigenen Aktivitäten des erklärungsspflichtigen Unternehmens zu schaffen.<sup>48</sup>

Maßgeblicher Motivationsfaktor für Unternehmen ist dabei das Reputationsinteresse: Das Bestreben, sich zum „good“ bzw. „better corporate citizen“ zu entwickeln, erfüllt entsprechende Erwartungen von Investoren und der Marktgegenseite (etwa der Endverbraucher),<sup>49</sup> wodurch sich die Gesellschaft einen Wettbewerbsvorteil verschaffen kann. Umgekehrt führt eine Nichtbefolgung zu marktbedingten Sanktionswirkungen, da die Nichtbefolgung bei Investoren regelmäßig auf Ablehnung stößt und die Kapitalkosten dadurch langfristig steigen.<sup>50</sup> Das comply-or-explain-Modell richtet so ursprünglich gewinnzielferne Aspekte über das Vehikel des Reputationsinteresses am Gewinnziel neu aus: Negative Externalitäten, sprich Belastungen Dritter, der Umwelt etc., werden teilweise internalisiert, sie führen also gerade auch zu negativen Konsequenzen bei den handelnden Unternehmen.<sup>51</sup> In der Konsequenz stellt sich die Berücksichtigung der Allgemeinwohlbelange für sie nicht (nur) als Altruismus, sondern als eigene Interessenverfolgung dar. Konflikte mit den bereits originär gewinnzielrelevanten Belangen sind sodann keine Frage eines Selbstschädigungsrechts, sondern Gegenstand einer unternehmerischen Entscheidung i.S.v. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG.<sup>52</sup>

## bb) Erklärungspflichten de lege lata

### (1) DCGK und Entsprechungserklärung, § 161 AktG

Der Gesetzgeber setzt comply-or-explain-Mechanismen de lege lata verschiedentlich ein.<sup>53</sup> Prominentes Beispiel im Bereich der Corporate Governance ist die Entsprechungserklärung nach § 161 Abs. 1 AktG, die Vorstand und Aufsichtsrat einer börsennotierten AG jährlich hinsichtlich der Befolgung des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) abgeben müssen.<sup>54</sup> Der DCGK greift Allgemeinwohlbelange wiederholt auf und empfiehlt eine entsprechende Berücksichtigung im Rahmen der Corporate Governance.<sup>55</sup> Die hohe Befolgungsquote des DCGK legt die Schlussfolgerung nahe,

<sup>47</sup> Habersack, AcP 220 (2020), 594 (629).

<sup>48</sup> Habersack, AcP 220 (2020), 594 (629); Kroker, CCZ 2015, 120 (123); Spießhofer, NZG 2018, 441 (444).

<sup>49</sup> Habersack, AcP 220 (2020), 594 (629).

<sup>50</sup> Koch, Aktiengesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, § 161 Rn. 1; Bayer/Scholz, in: BeckOGK AktG, Stand: 1.2.2024, § 161 Rn. 8; W. Goette, in: MüKo-AktG, Bd. 3, 6. Aufl. 2024, § 161 Rn. 37 f.

<sup>51</sup> Vgl. Bachmann, ZHR 187 (2023), 166 (175 f.).

<sup>52</sup> Habersack, AcP 220 (2020), 594 (629, 633).

<sup>53</sup> Siehe als weiteres nicht-behandeltes Beispiel auch die Zielgröße für den Frauenanteil im Vorstand in § 76 Abs. 4 AktG, vgl. Koch, Aktiengesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, § 76 Rn. 162 ff.

<sup>54</sup> Weiterführend Koch, Aktiengesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, § 161 Rn. 10 ff.

<sup>55</sup> Vgl. DCGK (2022) Empfehlung A. 1 (ökologischen und sozialen Auswirkungen der Unternehmenstätigkeit), Empfehlung A. 2 (Diversität), Empfehlung A. 2 (nachhaltigkeitsbezogener Daten), Empfehlung B. 1 (Diversität).

dass der soeben beschriebene comply-or-explain-Mechanismus hier effektiv wirkt,<sup>56</sup> Allgemeinwohlbelange durch die (sozial-faktische) Bindungswirkung des DCGK und der Entsprechungserklärung nach § 161 Abs. 1 AktG also vielfach Einzug in die Unternehmensführung finden.

## (2) Bilanzrechtliche Berichtspflichten, §§ 289c, 289f HGB

Die gem. § 289f Abs. 1 HGB für die börsennotierte AG<sup>57</sup> verpflichtende Erklärung zur Unternehmensführung zeigt eine ähnliche Regelungstendenz. So muss der Vorstand einer Aktiengesellschaft, die große Kapitalgesellschaft ist, etwa nach § 289f Abs. 2 Nr. 6 HGB ein Diversitätskonzept zur Besetzung des vertretungsberechtigten Organs und Aufsichtsrats vorlegen. Durch die öffentliche Ablehnung einer Zielgröße von „Null“ soll das Verhalten der Gesellschaften indirekt hin zu mehr Diversität gesteuert werden.<sup>58</sup>

Daneben führt die unter den Voraussetzungen des § 289b HGB greifende Pflicht zur Abgabe einer nicht-finanziellen Erklärung (§ 289c HGB) in der beschriebenen Weise zu einer indirekten Verhaltenssteuerung. Im Rahmen dessen muss die Kapitalgesellschaft darlegen, ob sie ein Konzept zum Umgang mit einem nichtfinanziellen Aspekt entwickelt hat. Hat sie ein Konzept, muss sie das Konzept und seine Ergebnisse darstellen, § 289c Abs. 3 Nrn. 1 und 2 HGB.<sup>59</sup> Sofern sie kein Konzept entwickelt hat, muss sie das Fehlen nach § 289c Abs. 4 HGB unter Angabe von Gründen erläutern.<sup>60</sup> Die berichtspflichtigen Aspekte umfassen insbesondere auch Sozial- und Nachhaltigkeitsbelange (siehe oben). Ziel des Unionsgesetzgebers, auf den § 289c HGB zurückgeht, ist es, durch die stärkere Rechenschaftspflicht Nachhaltigkeitsaspekte in die Entscheidungsprozesse der Unternehmen miteinfließen zu lassen.<sup>61</sup> Eine Rechtspflicht zur Verfolgung der berichtspflichtigen Aspekte besteht nach h.M. jedoch nicht.<sup>62</sup>

In einer kürzlich veröffentlichten Studie wurden die ersten Erfahrungen mit den ESG-bezogenen Berichtspflichten evaluiert: Sie legt nahe, dass die gesetzlichen Transparenzvorgaben zwar tatsächlich wesentliches Motiv zur Ausweitung der Nachhaltigkeitsbemühungen der Unternehmen sind,<sup>63</sup> ihrem Nutzen stehen jedoch mindestens ebenso gewichtige Bedenken hinsichtlich des Bürokratisierungsaufwands gegenüber.<sup>64</sup>

## cc) Die Klimaquote de lege ferenda

Im Hinblick auf Maßnahmen gegen den Klimawandel verdient die von *Weller* jüngst vorgeschlagene

<sup>56</sup> Bayer/Scholz, in: BeckOGK AktG, Stand: 1.2.2024, § 161 Rn. 31; W. Goette, in: MüKo-AktG, 6. Aufl. 2024, Bd. 3, § 161 Rn. 37 f.; v. Werder/Danilov/Schwarz, DB 2021, 2097.

<sup>57</sup> Zudem werden Aktiengesellschaften adressiert, die ausschließlich andere Wertpapiere als Aktien zum Handel an einem organisierten Markt i.S.d. § 2 Abs. 11 des WpHG ausgegeben haben und deren ausgegebene Aktien auf eigene Veranlassung über ein multilaterales Handelssystem i.S.d. § 2 Abs. 8 S. 1 Nr. 8 des WpHG gehandelt werden.

<sup>58</sup> Zur indirekten Verhaltenssteuerung durch § 289f HGB Kleindiek, in: BeckOGK HGB, Stand: 1.11.2023, § 289f Rn. 12.

<sup>59</sup> Merkt, in: Hopt, Handelsgesetzbuch, Kommentar, 43. Aufl. 2024, § 289c Rn. 16.

<sup>60</sup> Merkt, in: Hopt, Handelsgesetzbuch, Kommentar, 43. Aufl. 2024, § 289c Rn. 16.

<sup>61</sup> Erwägungsgrund 3 RL 2014/95/EU; Begr. RegE CSR-RL-UG, BT-Drs. 18/9982, S. 26; Kajüter, in: MüKo-HGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2024, §§ 289b–289e Rn. 2; ders., KoR 2016, 230; Seibt, DB 2016, 2707 (2708); zur empirischen Bewertung der Berichterstattung aus Unternehmensseite Favoccia/Berger/Heldt/Göres/v. Altenbockum, AG 2024, 538.

<sup>62</sup> Begr. RegE, BR-Drs. 547/16, 53; Fleischer, in: BeckOGK AktG, Stand: 1.10.2024, § 76 Rn. 45; Koch, Aktiengesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, § 76 Rn. 80; Weber, in: Hölters/Weber, AktG, Kommentar, 4. Aufl. 2022, § 76 Rn. 22a; Habersack, AcP 220 (2020), 594 (628 f.); Bachmann, ZGR 2018, 231 (235 f.); Fleischer, AG 2017, 509 (522); Mock, ZIP 2017, 1195 (1196); a.A. Hommelhoff, NZG 2015, 1329 (1330); ders., NZG 2017, 1361 (1362).

<sup>63</sup> Favoccia/Berger/Heldt/Göres/v. Altenbockum, AG 2024, 538 (539 Rn. 15).

<sup>64</sup> Favoccia/Berger/Heldt/Göres/v. Altenbockum, AG 2024, 538 (540 ff. Rn. 21 ff.).

Klimaquote in einem neueinzufügenden § 76a AktG besondere Aufmerksamkeit. *Wellers* Vorschlag zeichnet sich durch zwei zentrale Elemente aus:<sup>65</sup> (1.) Die Verpflichtung für börsennotierte und mitbestimmte Gesellschaften, Klimaneutralität<sup>66</sup> bis spätestens 2045 zu erreichen, vgl. Vorschlag für § 76a Abs. 2 AktG. (2.) Der Weg zur Zielgröße der Klimaneutralität wird der Gesellschaft freigestellt; verpflichtend ist lediglich der Beschluss eines Klimatransformationsplans mit einer Jahreszielgröße zur Verringerung von Treibhausgasemissionen (Klimaquote) durch den Vorstand, vgl. Vorschlag für § 76a Abs. 1 AktG. Dieser Klimatransformationsplan und die Klimaquote sind gem. §§ 289b, 289f HGB veröffentlichungs- und begründungspflichtig, vgl. Vorschlag für § 76a Abs. 4 AktG. *Wellers* Vorschlag geht, indem eine feste Endzielgröße (Klimaneutralität) vorgegeben wird, somit in Teilen über bekannte comply-or-explain-Mechanismen hinaus, die regelmäßig keine klare Zielvorgabe vorsehen.<sup>67</sup>

*Wellers* Vorschlag gründet auf der Annahme, dass die öffentlich-rechtliche Pflicht zur Klimaneutralität aus § 3 Abs. 2 KSG<sup>68</sup> einer weitergehenden Konkretisierung – auch im Gesellschaftsrecht – bedarf.<sup>69</sup> Hierbei ist ihm dahingehend zuzustimmen, dass unter dieser Prämisse die Klimaquote ein „privatautonomiekonformes Instrument“ darstellt, das es der Unternehmensleitung erlaubt, den Weg zur Klimaneutralität mit Blick auf das jeweilige Geschäftsmodell flexibel und unter Nutzung der eigenen Innovationskraft auszugestalten.<sup>70</sup> Der Vorteil von *Wellers* Klimaquote im Vergleich zu vielen der diskutierten Nachhaltigkeitsklauseln in § 76 AktG oder § 93 AktG (dazu noch unten) besteht darin, dass sie das Tagesgeschäft der Unternehmensleitung nicht überfrachtet: Klimabelange müssen nicht bei jeder Entscheidung beachtet werden. Stattdessen ist es dem Unternehmen anheimgestellt, Klimaneutralität durch wenige große oder viele kleine Maßnahmen zu erreichen.<sup>71</sup>

Obgleich der Attraktivität dieser Regelungstechnik verbleibt das Problem, dass sie auf andere Allgemeinwohlbelange wie etwa den Menschenrechtsschutz entlang der Lieferkette kaum übertragbar ist, da sich diese Interessen nicht in vertretbarer Weise auf eine Endzielgröße beschränken lassen.<sup>72</sup> Im Übrigen erfolgt die Verhaltenssteuerung durch *Wellers* Klimaquote mittels der bei comply-or-explain bekannten Reputationseffekte, insbesondere der negativen Öffentlichkeitswirkung im Falle eines unambitionierten Vorgehens.<sup>73</sup> Eine Misserfolgshaftung ist im vorgeschlagenen § 76a AktG explizit nicht vorgesehen.<sup>74</sup> Damit ist *Wellers* Vorschlag insofern systemkonform, als die Verhaltenssteuerung nicht über die direkte gesetzgeberische Aufoktroierung von altruistischen Motiven erfolgt, sondern über die vom Gewinnziel motivierten Reputationsinteressen der Gesellschaft, die im Rahmen der Unternehmensleitung nach §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG (grundsätzlich gleichberechtigt mit anderen Aspekten) zu berücksichtigen sind. Problematisch bleibt dabei jedoch, wie bei allen comply-

<sup>65</sup> Normtext bei *Weller*, Gutachten F zum 74. DJT, 2024, S. F60.

<sup>66</sup> Zum Begriff der Klimaneutralität im Kontext der Klimaquote *Weller*, Gutachten F zum 74. DJT, 2024, S. F46 ff.

<sup>67</sup> *Weller*, Gutachten F zum 74. DJT, 2024, S. F62.

<sup>68</sup> Bundes-Klimaschutzgesetz vom 12.12.2019 (BGBl. I 2019, S. 2513); zuletzt geändert am 15.7.2024 (BGBl. I 2024, Nr. 235).

<sup>69</sup> *Weller*, Gutachten F zum 74. DJT, 2024, S. F61.

<sup>70</sup> *Weller*, Gutachten F zum 74. DJT, 2024, S. F61. In anderen Worten reflektiert die Klimaquote die privatrechtliche Eigenlogik des Aktienrechts, wie grundlegend von *Bachmann*, ZHR 187 (2023), 166 (174 ff.), gefordert.

<sup>71</sup> *Weller*, Gutachten F zum 74. DJT, 2024, S. F62 f. Sehr kritisch dazu *Harnos*, AG 2024, S28 Rn. 123 f., wonach eine Überfrachtung des Tagesgeschäfts schon deshalb nicht drohe, da der Vorstand die kleinteiligen wiederkehrenden Entscheidungen weitgehend als bloße Geschäftsführungsaufgaben delegieren könne. Der Flexibilitätsaspekt ist allerdings auch unter den davon zu trennenden, zwingend vom Vorstand vorzunehmenden Leitungsentscheidungen ein nennenswertes Charakteristikum der Klimaquote.

<sup>72</sup> Dies ist bei *Weller*, Gutachten F zum 74. DJT, 2024, S. F61, jedoch unproblematisch, da er sich bewusst auf den Klimaschutz konzentriert.

<sup>73</sup> *Weller*, Gutachten F zum 74. DJT, 2024, S. F69.

<sup>74</sup> *Weller*, Gutachten F zum 74. DJT, 2024, S. F70. Kritisch *Harnos*, AG 2024, S28 Rn. 88 ff.

or-explain-Modellen, die Effektivität der Regulierung in Marktsegmenten, in denen die Reputation wenig Relevanz besitzt,<sup>75</sup> etwa weil das Unternehmen nicht im B2C-Segment tätig ist oder Hauptabsatzmärkte in weniger klimasensiblen Ländern wie China oder den USA liegen. Ferner wird bezweifelt, dass mit der Klimaquote in der vorgeschlagenen Fassung – wie bezweckt<sup>76</sup> – die gem. Art. 22 Abs. 1 CSDD-RL<sup>77</sup> anstehende europarechtlich vorgesehene Pflicht zur Aufstellung eines Klimatransformationsplans umgesetzt würde.<sup>78</sup>

#### IV. Berücksichtigung fern des Gesellschaftsvertrags – Allgemeinwohlbelange als Teil des Stakeholder-Value

##### 1. Historischer und verfassungsrechtlicher Kontext

Die Frage um die Inanspruchnahme des Aktienrechts zur Verwirklichung gesamtgesellschaftlicher Interessen ist so alt wie die Kapitalgesellschaft selbst. Ursprünglich wurde für die Akzeptanz eines haftungsbeschränkten Rechtsträgers eine, durch staatlichen Genehmigungsvorbehalt gesicherte, gemeinnützige Zweckverfolgung verlangt.<sup>79</sup> Doch auch nach Überwindung des Konzessionssystems, besonders seit der Weimarer Republik, stand die soziale Ausrichtung des gesellschaftlichen Handelns im Zentrum der Debatten.<sup>80</sup> Im Einzelnen kann die historische Entwicklung an dieser Stelle nicht nachgezeichnet werden,<sup>81</sup> doch hat die Diskussion gerade im Zuge gesellschaftlicher Krisen wie dem Klimawandel, verbunden mit der nunmehr europäischen Determinierung des Gesellschaftsrechts in den letzten Jahren eine neue Intensität gewonnen.<sup>82</sup>

Die hier nur skizzenhaft beschriebene Historie spiegelt sich auch in der Judikatur des BVerfG, das bereits mehrfach die verfassungsrechtliche Dimension der Verfolgung staatlicher Zielsetzungen durch das Aktienrecht beschäftigte.

In seiner Feldmühle-Entscheidung stellte es zunächst klar, dass das Anteilseigentum sowohl in seiner mitgliedschaftlichen als auch in seiner vermögensmäßigen Dimension als gesellschaftsrechtlich vermitteltes Eigentum i.S.v. Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geschützt ist.<sup>83</sup> Dieser Schutz des einzelnen Anteilseigners umfasst nicht nur das Innenverhältnis der Gesellschaft, sondern insbesondere auch die Geschäftssphäre mit außenstehenden Dritten.<sup>84</sup> Im Mitbestimmungsurteil bestätigte sich, dass

<sup>75</sup> Habersack, AcP 220 (2020), 594 (629).

<sup>76</sup> Zum Vorschlag hinsichtlich einer Verbindung von Klimaquote und Klimatransformationsplan Weller/Schwemmer, AG 2024, 517 (522 Rn. 30 ff.).

<sup>77</sup> Richtlinie (EU) 2024/1760 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.6.2024 über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937 und der Verordnung (EU) 2023/2859 (ABl. EU 2024 Nr. L, 2024/1760). Näher zu den klimabezogenen Pflichten Hübner/Lieberknecht, NJW 2024, 1841 (1844 Rn. 20 ff.).

<sup>78</sup> Näher zu diesen Bedenken Harnos, AG 2024, S28 Rn. 38 ff.

<sup>79</sup> Prägnant zur Rechtslage unter Geltung des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794 Fleischer, AG 2017, 509 (510 f.); ders., ZIP 2021, 5 (7); Harbarth, ZGR 2022, 533 (536 f.) jeweils m.w.N.

<sup>80</sup> Näher, insb. auch zur Entstehung des § 70 AktG 1937, wonach die Leitung an den „gemeinen Nutzen von Volk und Reich“ auszurichten sei, Habersack, AcP 220 (2020), 594 (604 ff.); ders./Vetter/Bergmann, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Reformbedarf im Aktienrecht, 2024, S. 46 Rn. 2.7 ff.

<sup>81</sup> Verwiesen sei für die anfängliche Entwicklung in der Bundesrepublik insbesondere auf Habersack, AcP 220 (2020), 594 (608 ff.).

<sup>82</sup> Im Kontext der jüngsten europäischen Rechtsakte Weller/Fischer, ZIP 2022, 2253 (2255, 2259 und passim).

<sup>83</sup> BVerfGE 14, 263 (277 f.) – Feldmühle (1962) m.w.N. Depenheuer/Froese, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 14 Rn. 143.

<sup>84</sup> Depenheuer/Froese, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 14 Rn. 142.

auch die Beschränkung der Leitungsmacht den von Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG ausgehenden Schutz berührt.<sup>85</sup> Während sich dort die Beschränkung auf die personelle Ebene bezog, stellt die Entziehung der Bestimmung über den Leitungsmaßstab, verbunden mit einer Neuausrichtung an Sozialbelange einen inhaltlichen Einschnitt dar.

Jedoch ist auch das Anteilseigentum grundsätzlich einer Ausgestaltung durch Inhalts- und Schrankenbestimmungen zugänglich (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG). Hierbei wurde dem einfachen Gesetzgeber durch Art. 14 Abs. 2 GG der Verfassungsauftrag erteilt, das Eigentum auch am Allgemeininteresse auszurichten.<sup>86</sup> Wiederum das Mitbestimmungsurteil enthält die Klarstellung, dass es dem Gesetzgeber i.R.v. Art. 14 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 GG unbenommen bleibt, die Ausgewogenheit von Privat- und Allgemeinützigkeit anstelle von klassischen öffentlich-rechtlichen Eingriffsgesetzen auch mittels privaten Organisationsrechts herzustellen.<sup>87</sup> Die Beschränkung der Nutzungsbefugnis ist dabei grundsätzlich weniger problematisch als die Beschränkung der personalen Zuordnung des Eigentumsrechts. Dass der Gesetzgeber insofern zur Ausrichtung des Leitungsmaßstabs auf Gemeinwohlbelange jedenfalls befugt (und aufgrund des in Art. 14 Abs. 2 GG niedergelegten Auftrags in gewissen Grenzen auch verpflichtet) ist, wird soweit ersichtlich daher auch nicht bestritten.<sup>88</sup>

## 2. Theoretische Fundierung und Umfang der Berücksichtigung sozialer Aspekte fern des Gesellschaftsvertrags im kapitalgesellschaftsrechtlichen Leitungsmaßstab *de lege lata*

### a) Problematik

Für eine Berücksichtigung von Interessen über den regelmäßig auf das Gewinnziel fokussierten Gesellschaftsvertrag hinaus ist zunächst die Frage nach einer tauglichen Grundlage aufzuwerfen. Auch wenn die Berücksichtigungsfähigkeit der genannten Belange in den Diskussionen mitunter nicht (mehr) kritisch hinterfragt wird,<sup>89</sup> kann sie keineswegs als selbstverständlich vorausgesetzt werden. Denn der Vorstand verwirklicht bei der Verfolgung von Stakeholderbelangen deren Interessen auf fremde Kosten, ohne dass hierzu auf den ersten Blick eine Grundlage existiert.

Eine solche wäre zum einen denkbar in öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die als Ergebnis einer Abwägung der konfligierenden Belange in einem demokratischen Verfahren durch legitimierte Entscheidungsträger stünde. Demgegenüber führt die Verfolgung von Stakeholderbelangen durch den Vorstand zu einer Abwälzung von Verantwortlichkeit und einer Verlagerung von Entscheidungskompetenz, die demokratietheoretisch jedenfalls bedenklich ist.<sup>90</sup>

Parallel dazu können auch privatrechtliche Grundsätze diese Abweichung vom Gewinnziel nicht rechtfertigen. Denn die mögliche Reduzierung der Gewinne lässt sich auch nicht auf den privatauto-

<sup>85</sup> Vgl. BVerfGE 50, 290 (339 ff.) – Mitbestimmung (1979).

<sup>86</sup> Kempny, in: Brosius-Gersdorf, Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2023, Art. 14 Rn. 212.

<sup>87</sup> BVerfGE 50, 290 (349 f.) – Mitbestimmung (1979). Zur Sinnhaftigkeit im Kontext des Klimaschutzes auch Bachmann, ZHR 187 (2023), 166 (173 f.).

<sup>88</sup> Vgl. hierfür auch die Aspekte, die im Rahmen der mittelbaren Berücksichtigung des Art. 14 Abs. 2 GG sogleich noch vorgebracht werden. Ebenfalls für eine weite Gesetzgebungskompetenz auf Basis des Mitbestimmungsurteils Habersack, AcP 220 (2020), 594 (615 ff.).

<sup>89</sup> Hierauf hinweisend auch Koch, AG 2023, 553 Rn. 1.

<sup>90</sup> Grigoleit, in: Grigoleit, AktG, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 76 Rn. 23; Fleischer, in: BeckOGK AktG, Stand: 1.10.2024, § 76 Rn. 34; vgl. Harbarth, ZGR 2022, 533 (542). Grundlegend Friedman, The New York Times Magazine v. 13.9.1970, abrufbar unter [nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html?smid=url-share](https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html?smid=url-share) (22.1.2025). Aus der neueren deutschen juristischen Literatur zu Friedmans Kritik Böcking/Althoff, in: FS Hopt, 2020, S. 87 f.; Haubold, Die Normierung der Unternehmensziele der Aktiengesellschaft im Lichte der Nachhaltigkeit, 2024, S. 54 ff., 147 f.

nomen Willen derjenigen zurückführen, denen das hierfür genutzte Gesellschaftsvermögen mittelbar zusteht (den Gesellschaftern, siehe oben).<sup>91</sup> Dies widerspricht der Vorstellung, dass die Unternehmensleiter (Agenten) nur den ihnen vorgegebenen Zweck wie ein Treuhänder im Fremdinteresse der Gesellschaft (Prinzipal)<sup>92</sup> bzw. als „Gutsverwalter“, nicht als „Gutsherrn“<sup>93</sup> zu verfolgen haben.

Insofern scheint die allgemeine Ausrichtung auf einen Shareholder-Value-Ansatz durchaus plausibel. Dem (demokratisch legitimierten) Gesetzgeber steht es schließlich frei, Akteuren im Unternehmensverkehr konkrete öffentlich-rechtliche Pflichten aufzutragen (public enforcement), die sodann über die Legalitätspflicht wiederum das Leitungsermessen beschränken.<sup>94</sup> Damit wäre zugleich sichergestellt, dass nicht die jeweils gewählte Rechtsform über das Ausmaß sozialer Pflichtbindung entscheidet (Aktienrecht als bloßes Organisationsrecht) und es zu entsprechenden Vermeidungsgestaltungen kommt.<sup>95</sup>

### b) Ausstrahlungswirkung als taugliche Grundlage zur Verfolgung hoheitlicher Zielsetzungen im kapitalgesellschaftsrechtlichen Leitungsmaßstab

Da eine Sozialausrichtung des Leitungsmaßstabs zumindest de lege lata nicht ausdrücklich kodifiziert ist, muss für eine Begründung der Stakeholderrelevanz auf das Normsystem in Gänze abgestellt werden.<sup>96</sup> Dieses begründet in seiner Gesamtheit ein Leitbild des Unternehmensinteresses, das als Zielvorgabe für jegliches Organhandeln dient (Ausstrahlungswirkung).<sup>97</sup>

#### aa) Die Ausstrahlungswirkung des Art. 14 Abs. 2 GG (mittelbare Drittwirkung von Grundrechten)

Eine etwaige Ausstrahlungswirkung des Art. 14 Abs. 2 GG wird mit der recht pauschalen Begründung, Art. 14 Abs. 2 GG enthalte lediglich einen Regelungsauftrag an den Gesetzgeber, heute überwiegend abgelehnt.<sup>98</sup> Diese Sichtweise ist jedoch nur im Hinblick auf die Konzentration der *unmittelbaren* Grundrechtsverpflichtung auf den Staat nachvollziehbar,<sup>99</sup> der vom BVerfG postulierten *mittelbaren*

<sup>91</sup> Zur Berücksichtigung von Gemeinwohlbelangen als im Ausgangspunkt wesensfremde Schranke der allgemeinen Handlungs- und damit auch Vertragsfreiheit *Habersack*, AcP 220 (2020) 594 (596 f.).

<sup>92</sup> *Säcker/Boesche*, BB 2006, 897 (898). Betreffend den Vorstand einer AG *Spindler*, in: MüKo-AktG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 93 Rn. 25; *Koch*, Aktiengesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, § 93 Rn. 8; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, Stand: 1.10.2024, § 76 Rn. 10 jeweils m.w.N. Grundlegend zur Vorstellung eines Treuhandverhältnisses der Unternehmensleitung gegenüber den Aktionären als Argument für die Ausrichtung des Leitungsmaßstabs am Shareholder-Value *Friedman*, The New York Times Magazine v. 13.9.1970, abrufbar unter [nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html?mid=url-share](https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html?mid=url-share) (22.1.2025); *Haubold*, Die Normierung der Unternehmensziele der Aktiengesellschaft im Lichte der Nachhaltigkeit, 2024, S. 55.

<sup>93</sup> Zu dieser Unterscheidung betreffend den Aufsichtsrat einer AG anlässlich des Mannesmann-Urteils (BGHSt 50, 331) *Säcker/Boesche*, BB 2006, 897 (898).

<sup>94</sup> Zu den derzeitigen Entwicklungen über diese Beschränkung von Organhandeln *Fest*, AG 2020, 713 (714 f. Rn. 2 ff.).

<sup>95</sup> *Empt*, Corporate Social Responsibility, 2004, S. 134. Vgl. auch *Habersack/Vetter*, AG 2024, 377 (379 Rn. 14). Zur Sinnhaftigkeit der Inanspruchnahme gerade des Aktienrechts im Kontext des Klimaschutzes demgegenüber *Bachmann*, ZHR 187 (2023), 166 (173 f.).

<sup>96</sup> Ähnlich auch *Weber*, in: Hölters/Weber, AktG, Kommentar, 4. Aufl. 2022, § 76 Rn. 21.

<sup>97</sup> *Haubold*, Die Normierung der Unternehmensziele der Aktiengesellschaft im Lichte der Nachhaltigkeit, 2024, S. 86 ff. m.w.N. zur ursprünglichen Begriffsherkunft.

<sup>98</sup> *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, Stand: 1.10.2024, § 76 Rn. 46; *Weber*, in: Hölters/Weber, AktG, Kommentar, 4. Aufl. 2022, § 76 Rn. 22; *Habersack*, AcP 220 (2020), 594 (615); wohl auch *Vetter*, ZGR 2018, 338 (341). Kritisch auch *Empt*, Corporate Social Responsibility, 2004, S. 135.

<sup>99</sup> Im Kontext des Art. 14 Abs. 2 GG so daher auch *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 83. Lfg., Stand: April 2018, Art. 14 Rn. 415 f. Diese Absolutheit allerdings bereits in Frage stellend BVerfGE 20, 351 (361) – Tollwut (1966).

Berücksichtigung von Grundrechten im Rahmen der Gesetzesauslegung wird sie dagegen zumindest in dieser Pauschalität nicht gerecht. Danach stellen die Grundrechte eine objektive Wertordnung auf, die nicht nur den Gesetzgeber, sondern gem. Art. 1 Abs. 3 GG auch den Zivilrichter bindet. Demnach hat auch der Rechtsanwender im Aktienrecht kraft Verfassungsgebots die maßgeblichen Normen auf ihre grundrechtliche Prägung hin zu überprüfen und die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften im Geiste des Grundgesetzes auszulegen.<sup>100</sup> Ein Grund, weshalb Art. 14 Abs. 2 GG dem Gedanken der mittelbaren Drittwirkung von vornherein unzugänglich sein soll, ist jedenfalls nicht ersichtlich.<sup>101</sup>

Werden die näheren Grundsätze berücksichtigt, wann konkret das BVerfG nach seiner Lüth-Entscheidung eine mittelbare Wirkung des Verfassungsrechts für geboten hält, spricht viel dafür, Art. 14 Abs. 2 GG mittelbar im kapitalgesellschaftsrechtlichen Leitungsmaßstab Ausstrahlungswirkung beizumessen. Bekanntermaßen fokussiert sich danach die Umsetzung der objektiven Wertordnung des Grundgesetzes gerade auf die Generalklauseln, insbesondere solche, die „zur Beurteilung menschlichen Verhaltens auf außer-zivilrechtliche, ja zunächst überhaupt außerrechtliche Maßstäbe [...] verweisen“ („Einbruchstellen“ der Grundrechte in das bürgerliche Recht).<sup>102</sup> Die genannten kapitalgesellschaftsrechtlichen Normen, die den Leitungsauftrag der Verwaltungsorgane normieren, müssen schon aufgrund der Mannigfaltigkeit der denkbaren unternehmerischen Betätigungsfelder als solche Generalklauseln ausgestaltet sein und dienen demnach als Einfallstor für eine mittelbare Drittwirkung des Art. 14 Abs. 2 GG. Auch der Verweis für den Pflichtenmaßstab im Innenverhältnis auf den ordentlichen Geschäftsmann (so § 43 Abs. 1 GmbHG, ähnlich §§ 93 Abs. 1 S. 1, 116 S. 1 AktG) ist insofern eine Generalklausel,<sup>103</sup> die eine Ausrichtung auf Gemeinwohlbelange ohne weiteres zulässt (vgl. nur die Vorstellung vom ehrbaren Kaufmann<sup>104</sup>).

Zudem misst das BVerfG in der Lüth-Entscheidung den privatrechtlichen Vorschriften eine besondere Beeinflussung durch das Verfassungsrecht bei, die eine Verwandtschaft mit dem öffentlichen Recht aufweisen, indem sie – als Teil des *ordre public* im weitesten Sinne – aus Gründen des gemeinen Wohls der Disposition durch die am Rechtsverhältnis beteiligten Parteien entzogen sind.<sup>105</sup> Der zwingende Charakter ist besondere Wesensstruktur des Aktienrechts, vgl. den in § 23 Abs. 5 AktG niedergelegten Grundsatz der Satzungsstrenge. Dass der Pflichtenmaßstab der Organe einer Aktiengesellschaft nicht unbeschränkt zur Disposition ihrer Anteilseigner steht, ergibt sich zum Schutz der Minderheitsaktionäre sowie Gläubiger (ihrerseits Stakeholder der Gesellschaft) aus § 93 Abs. 4 S. 3 AktG.<sup>106</sup>

Aus Perspektive von Art. 14 GG hat die Sozialpflichtigkeit des Eigentums nach Auffassung des BVerfG umso weiter zu gehen, je eher das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug und einer sozia-

<sup>100</sup> BVerfGE 7, 198 (205) – Lüth (1958); Hager, in: FS Windbichler, 2020, S. 737.

<sup>101</sup> So aber Haubold, Die Normierung der Unternehmensziele der Aktiengesellschaft im Lichte der Nachhaltigkeit, 2024, S. 155. Gänzlich kritisch zur mittelbaren Drittwirkung bzw. Materialisierung des Privatrechts durch Verfassungsprinzipien Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, Einleitung (Einl. SchuldR) Rn. 53. Wie hier Hager, in: FS Windbichler, 2020, S. 736 f.

<sup>102</sup> BVerfGE 7, 198 (206) – Lüth (1958). Vgl. auch Vetter, ZGR 2018, 338 (341).

<sup>103</sup> Zum Charakter als Generalklausel Fleischer, in: MüKo-GmbHG, Bd. 2, 4. Aufl. 2023, § 43 Rn. 10; Schmidt, ZGR 2017, 654 ff.; Koch, Aktiengesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, § 93 Rn. 7; Fleischer, in: BeckOGK AktG, Stand: 1.10.2024, § 93 Rn. 1, 15, 57; Hölter/Hölter, in: Hölter/Weber, AktG, Kommentar, 4. Aufl. 2022, § 93 Rn. 2.

<sup>104</sup> Auf dessen Leitbild abstellend die Präambel des DCGK (2022), ohne dass dieses den Pflichtenmaßstab im Innenverhältnis für sich genommen nun ausgestalte (Fleischer, in: BeckOGK AktG, Stand: 1.10.2024, § 76 Rn. 48; Bachmann, ZHR 187 (2023), 166 [197]). Näher zum ehrbaren Kaufmann aus wirtschaftsethischer Perspektive und seinem historischen Hintergrund Görnemann, in: Aßländer, Handbuch Wirtschaftsethik, 2. Aufl. 2021, S. 691 ff.

<sup>105</sup> BVerfGE 7, 198 (206) – Lüth (1958).

<sup>106</sup> Zum Hintergrund des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG Grigoleit/Tomasic, in: Grigoleit, AktG, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 93 Rn. 134 ff.

len Funktion steht, also die Sphäre des Eigentümers verlässt und Drittbelange berührt.<sup>107</sup> Gerade dem Recht der Gesellschaften ist ein besonderer Drittbezug eigen – nicht nur in vertragstheoretischer, sondern gerade auch in sozial-faktischer Hinsicht, wie die Relevanz von Leitungsentscheidungen für Dritte, etwa im Hinblick auf Arbeitnehmer- oder Umweltbelange zeigt.<sup>108</sup>

Schließlich wird eingewandt, dass die mittelbare Drittwirkung des Art. 14 Abs. 2 GG lediglich den Anteilseigner und damit nicht den hier in Rede stehenden Vorstand treffen könne.<sup>109</sup> Die Auslegung einer Rechtsnorm unter Rückgriff auf das Grundgesetz hat nach ausdrücklicher Anordnung des BVerfG jedoch etwaige Besonderheiten des Privatrechts zu berücksichtigen.<sup>110</sup> Ebenjene Besonderheiten des durch das Gesellschaftsrecht ausgeformten Anteilseigentums an Kapitalgesellschaften hat es wiederum im Rahmen des Mitbestimmungsurteils insbesondere im Grundsatz der Fremdorganschaft gesehen, also in der Trennung von Gesellschafter- und Leitungsposition. Die dem Leitungsorgan überantworteten Interessen beschränken sich als Folge dieser Trennung konsequenterweise nicht notwendig auf die Interessen der Anteilseigner, insbesondere im Aktienrecht, das dem Vorstand besonders weitreichende Autonomie in § 76 Abs. 1 AktG einräumt.<sup>111</sup> Dies muss bei der Anwendung von Art. 14 Abs. 2 GG berücksichtigt werden – mit der Folge, dass die Sozialpflichtigkeit den Vorstand an Stelle der Anteilseigner trifft. Auch hier hilft die Vorstellung, der Gesetzgeber habe Organmitglieder als (mit weitreichender Autonomie ausgestattete) Treuhänder für das den Anteilseignern zustehende Vermögen konzipiert.

#### bb) Ausstrahlung des einfachen Rechts

Insbesondere *Habersack* leitet die Sozialausrichtung des Leitungsmaßstabs für das Aktienrecht aus der mit § 76 Abs. 1 AktG einhergehenden Abschirmung des Vorstands von den Aktionärsinteressen her.<sup>112</sup> Insofern handelt es sich freilich um eine mit der Charakterisierung des Anteilseigentums durch das BVerfG weitgehend deckungsgleiche Argumentation, da sich der Inhalt des verfassungsrechtlichen Eigentums nur unter Bezugnahme der einfachrechtlichen Ausgestaltung definieren lässt.<sup>113</sup>

Daneben sollen weitere kapitalgesellschaftsrechtliche Vorschriften Ausstrahlungswirkung entfalten. *Hommelhoff* will gar eine Pflicht zur Berücksichtigung von Allgemeinwohlbelangen aus den Berichtspflichten schließen.<sup>114</sup> Auch die Wertung von § 3 Abs. 3 WpÜG wird teilweise verallgemeinernd herangezogen.<sup>115</sup> Da diese Vorschriften nicht die aktienrechtliche Organisationsstruktur selbst, sondern gerade explizit nur konkret umrissene Einzelfälle davon regeln, ist deren unbesehene Ausweitung nicht unproblematisch. Sie zeigen jedoch zumindest eine grundlegende Offenheit zur

<sup>107</sup> BVerfGE 50, 290 (340 f.) – Mitbestimmung (1979).

<sup>108</sup> Ebenso *Empt*, *Corporate Social Responsibility*, 2004, S. 140. Grundlegend zum gesellschaftsrechtlichen Drittbezug, zunächst aus rechtsgeschäftlicher Perspektive, sodann im Kontext der *Corporate Social Responsibility Habersack*, in: FS Canaris, 2017, S. 814 ff. Die Relevanz von Leitungsentscheidungen auf Arbeitnehmerbelange näher ausführend BVerfGE 50, 290 (349) – Mitbestimmung (1979).

<sup>109</sup> *Empt*, *Corporate Social Responsibility*, 2004, S. 134.

<sup>110</sup> BVerfGE 7, 198 (205) – Lüth (1958).

<sup>111</sup> BVerfGE 50, 290 (342 f.) – Mitbestimmung (1979), wonach diese Trennung sogar im GmbH-Recht hinreichend angelegt sei. Diese Analyse der einfachgesetzlichen Ausgestaltung entspricht in der Sache dem von *Habersack*, AcP 220 (2020), 594 (623 ff.) beschriebenen Abschirmeffekt des § 76 Abs. 1 AktG. Näher dazu auch noch unten.

<sup>112</sup> Näher dazu *Habersack*, AcP 220 (2020), 594 (623 ff.).

<sup>113</sup> Zum Wesen des Art. 14 Abs. 1 GG als notwendigerweise normgeprägtes Grundrecht *Kempny*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 14 Rn. 29 ff.

<sup>114</sup> *Hommelhoff*, NZG 2015, 1329 (1330); *ders.*, NZG 2017, 1361 (1362).

<sup>115</sup> Dazu *Harbarth*, ZGR 2022, 533 (550).

Berücksichtigung von Stakeholderbelangen.<sup>116</sup>

Abschließend angemerkt sei zudem, dass die Berücksichtigung von Stakeholderbelangen im Leitungsmaßstab auch im Einklang mit der dogmatischen Begründung für Legalitätspflichten steht. Die Pflicht zur Einhaltung gesetzlicher Regeln (nicht nur gegenüber dem Staat, sondern gerade auch gegenüber der Gesellschaft) lässt sich in Bezug auf sog. „nützliche Rechtsverletzungen“ („efficient breach of law“) nicht über das Gewinnziel erklären.<sup>117</sup> Vielmehr wird auch insoweit der Leitungs- und Pflichtenmaßstab im Innenverhältnis von einem originär staatlichen Interesse an der Regelbefolgung geprägt.<sup>118</sup> Die Parallelität, genauer die partielle Identität der beiden Problematiken im Leitungsmaßstab (Relevanz von Legalitätspflichten einerseits und Berücksichtigungsfähigkeit von Stakeholderinteressen andererseits) wird deutlich, wenn man erkennt, dass das Interesse an der Durchsetzung von rechtlichen Vorschriften selbst ohne Weiteres als ein Stakeholder-Value begriffen werden kann.<sup>119</sup> Teilweise wird der Legalitätspflicht und einzelnen allgemeinen Rechtsvorschriften (§§ 134, 138 BGB) gar der allgemeine Rechtsgedanke entnommen, das persönliche Gewinnstreben dürfe nicht auf Kosten Dritter erfolgen.<sup>120</sup>

### c) Umfang der Berücksichtigung de lege lata auf dieser Basis

Für den Umfang der Berücksichtigung gibt der mittelbar zu beachtende Art. 14 GG die Auslegungsrichtung vor. Im Ausgangspunkt besitzt das Anteilseigentum aufgrund Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG privaten Charakter, hat also primär den Interessen der Anteilseigner zu dienen.<sup>121</sup> Daraus, aber auch aus dem unvollkommenen Charakter des Art. 14 Abs. 2 GG folgt, dass es keine oder zumindest keine haftungsbewehrte<sup>122</sup> Pflicht zur Berücksichtigung sozialer Belange gibt, die nicht explizit angeordnet und vom Gesetzgeber näher ausgestaltet ist.<sup>123</sup> Der Vorstand einer Aktiengesellschaft besitzt aufgrund der ausstrahlenden Rechtsinstitute allerdings ein Recht zur Berücksichtigung sozialer Belange, auch unter Beeinträchtigung des Gewinnziels.<sup>124</sup> Dieses Recht ist, ebenfalls im Einklang mit der starken

<sup>116</sup> Habersack, AcP 220 (2020), 594 (635); Vetter, ZGR 2018, 338 (354 ff.).

<sup>117</sup> Habersack, AcP 220 (2020), 594 (650 f.); näher Grigoleit, in: Grigoleit, AktG, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 76 Rn. 47. Insofern handelt es sich bei der Legalitätspflicht, konkret bei deren internen Richtung gegenüber der Gesellschaft (anders als Weller/Fischer, ZIP 2022, 2253 [2257], im hiesigen Kontext meinen) keineswegs um eine Selbstverständlichkeit.

<sup>118</sup> Habersack, AcP 220 (2020), 594 (652 ff.) m.w.N., zum staatlichen Ahndungsinteresse S. 658; wohl auch Grigoleit/Tomasic, in: Grigoleit, AktG, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 93 Rn. 15 („präventive Zielverwirklichung mit den Mitteln des Privatrechts“).

<sup>119</sup> Vgl. Kuschnerit, Die aktienrechtliche Legalitätspflicht: Vorstandspflichten zwischen Unternehmens- und Drittinteressen, 2019, S. 73. Vgl. Habersack, AcP 220 (2020), 594 (627 f., 653), der jedoch die Schutzwürdigkeit des Staats als Stakeholder damit relativiert, dass es dem Staat anders als anderen Stakeholdern offensteht, seine Interessen durch den Erlass öffentlich-rechtlicher eigentumsausgestaltender Vorschriften (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG) durchzusetzen. Indes setzt gerade auch dies wiederum das Vorhandensein einer effektiven Rechtsdurchsetzung voraus, die im gesellschaftlichen Innenverhältnis erst durch die Legalitätspflicht begründet wird. Daher ist es überzeugend, dass das staatliche Interesse an der Rechtsdurchsetzung keine Sperrwirkung für die Berücksichtigung sonstiger staatlicher Stakeholderinteressen entfaltet, sondern vielmehr exemplarisch, als eines von vielen berücksichtigungsfähigen Staatsinteressen dient.

<sup>120</sup> Näher Bachmann, ZHR 187 (2023), 166 (181 f.) m.w.N.

<sup>121</sup> Hager, in: FS Windbichler, 2020, S. 736; Harbarth, ZGR 2022, 533 (551). Explizit unter Berufung auf Art. 14 Abs. 1 GG auch Habersack, AcP 220 (2020), 594 (626 f.), obwohl er die mittelbare Drittwirkung von Art. 14 Abs. 2 GG ablehnt. Vgl. auch Bachmann, ZHR 187 (2023), 166 (179 f.).

<sup>122</sup> Zum Charakter des Art. 14 Abs. 2 GG als „Rechtspflicht ohne Sanktion“ Rittner, in: FS Gessler, 1971, S. 146 f.; Harbarth, ZGR 2022, 533 (544, 549).

<sup>123</sup> Vetter, ZGR 2018, 338 (349); siehe zudem Nachweise aus Fn. 62.

<sup>124</sup> Hinsichtlich Art. 14 Abs. 2 GG Harbarth, ZGR 2022, 533 (544, 548); Vetter, ZGR 2018, 338 (349); hinsichtlich des einfachen Rechts Habersack, AcP 220 (2020), 594 (635).

Interessenabschirmung nach § 76 Abs. 1 AktG, durchaus weitreichend. Klare Grenzen ergeben sich erst in der Pflicht des Vorstands, für die dauerhafte Rentabilität der Gesellschaft zu sorgen.<sup>125</sup>

Zweifelhaft dürfte sein, ob sich aus dem geltenden Recht eine thematische Einschränkung der berücksichtigungsfähigen Allgemeinwohlbelange ergibt. Indem sich die mittelbare Drittwirkung nicht auf Grundrechte Dritter beschränkt, sondern über Art. 14 Abs. 2 GG das Allgemeinwohl umfassend adressiert ist, ergibt sich hieraus zumindest keine Einschränkung dahingehend, dass der Sozialbelang Verfassungsrang genießen müsste.<sup>126</sup> Anstatt nur einzelne Rechtsgüter unter Schutz zu stellen, wird das Interesse der Allgemeinheit für beachtenswert erklärt, das Eigentumsobjekt so zu nutzen, dass dessen Wechselwirkung mit der Sphäre außenstehender Dritter bzw. der Allgemeinheit nicht zu einer Freiheitsverkürzung bei letzteren führt.<sup>127</sup> Insbesondere der Umwelt- und Naturschutz als unser aller Umgebung prägendes Interesse erlangt hierdurch universelle Relevanz, unabhängig des Befundes, dass die Natur jedenfalls *de lege lata* nicht zum Grundrechtssubjekt erhoben ist,<sup>128</sup> und unabhängig von der konkreten Bedeutung des Art. 20a GG.<sup>129</sup> Darüber hinaus ist die Heranziehung von Art. 14 Abs. 2 GG auch für die Bewältigung künftiger, derzeit nicht absehbarer gesellschaftlicher Herausforderungen im Spannungsfeld mit unternehmerischer Betätigung geeignet, weil gerade das Verfassungsrecht einer dynamischen Auslegung zugänglich ist.<sup>130</sup>

### 3. Reformvorschläge

#### a) Grundlagen: Mögliche Intensität der sozialen Ausrichtung

Nachdem bereits *de lege lata* die Berücksichtigung von Stakeholderbelangen möglich ist, ist Kern des Reformdiskurses nicht mehr ob, sondern vielmehr in welcher Intensität der Leitungsmaßstab auf soziale Belange auszurichten ist.<sup>131</sup> Dabei ist es sinnvoll, sich die Abstufungen einer möglichen Berücksichtigung zunächst modellhaft zu vergegenwärtigen.

#### aa) Konkrete Erfolgspflichten

Am schärfsten wäre eine Einschränkung des Leitungsmaßstabs dahingehend, dass ganz konkrete, *ex post* verifizierbare Erfolgspflichten für eine Verfolgung von Allgemeinwohlbelangen normiert würden (je nach Intensität etwa: Verbot der Nutzung einer emissionsintensiven Technologie oder Klima-

---

<sup>125</sup> Dauner-Lieb, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, Kommentar, 6. Aufl. 2024, AktG § 76 Rn. 11 m.w.N.

<sup>126</sup> Vgl. zur dahingehenden Offenheit des Art. 14 Abs. 2 GG Kersten, Das ökologische Grundgesetz, 2022, S. 97. Dass der Sozialbelang Verfassungsrang genießt, ist demgegenüber freilich nicht hinderlich. So kann etwa bei der verantwortungsvollen Nutzung von Technologien im Hinblick auf die Daten Dritter auch auf deren allgemeines Persönlichkeitsrecht (informationelle Selbstbestimmung) abgestellt werden (so etwa Möslin, in: FS Hopt, 2020, S. 810 f.). Dessen Achtung dürfte im Hinblick auf den sonst drohenden Schadensersatzanspruch (§ 823 Abs. 1 BGB) aber ohnehin weitgehend auch mit dem Gewinnziel übereinstimmen.

<sup>127</sup> BVerfGE 50, 290 (340 f.) – Mitbestimmung (1979).

<sup>128</sup> Für Reformvorschläge Kersten, Das ökologische Grundgesetz, 2022, S. 100 ff. und passim; ders., RuP 58 (2022), 347 ff.

<sup>129</sup> Zu den Unsicherheiten der Kategorie Staatszielbestimmung Epiney, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 20a Rn. 75 Fn. 1 m.w.N. In Bezug auf CO<sub>2</sub>-Emissionen leitet das BVerfG in seinem Klimaurteil aus den freiheitssichernden Grundrechten i.V.m. Art. 20a GG konkrete Zielvorgaben ab (BVerfGE 157, 30 – Klimaschutz [2021]), näher Weller/Höbl/Seemann, ZIP 2024, 209 (213).

<sup>130</sup> Zum Wandel der Verfassungsauslegung und seinen Grenzen Voßkuhle, JuS 2019, 417. Vgl. im hiesigen Kontext auch Harbarth, ZGR 2022, 533 (539).

<sup>131</sup> So schon Koch, AG 2023, 553 (553 Rn. 1).

neutralität bis 2045).<sup>132</sup> Eine konkrete Erfolgspflicht von Organmitgliedern widerspricht jedoch deren Pflichtenkreis im Übrigen, der lediglich ex ante zu bewertende Verhaltenspflichten kennt.<sup>133</sup> Einer freien Marktwirtschaft entsprechend und unter Wahrung der von Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geforderten grundlegenden Privatnützigkeit können konkret einzuhaltende Pflichten außerdem nicht jede Entscheidung der Organe zugunsten sozialer Belange bestimmen.<sup>134</sup> Konkret verifizierbare Ge- und Verbote beschränken sich daher insbesondere auf die wesentlichen Mindeststandards, die wiederum allerdings primär den jeweiligen Rechtsträger (die jeweiligen Organe sodann sekundär, vor allem über die Legalitätspflicht) rechtsformunabhängig adressieren sollten, was eine Durchsetzung per öffentlich-rechtlichen Vorschriften verlangt. Eine Verortung dieser Pflichten im kapitalgesellschaftsrechtlichen Leitungsmaßstab wäre dagegen verfehlt.<sup>135</sup>

## bb) Bemühenspflicht<sup>136</sup>

### (1) Pflicht zur Verfolgung von Allgemeinwohlbelangen<sup>137</sup>

Eine abstrakt gehaltene Pflicht zur Verfolgung bzw. Priorisierung von Allgemeinwohlbelangen wäre in der Sache vergleichbar mit der Forderung nach einem über den Gesellschaftszweck die Organleitung beeinflussenden Corporate Purpose.<sup>138</sup> Damit verbunden wäre auch hier eine enorme Relativierung des Gewinnziels als tauglichen Gesellschaftszweck (siehe dazu bereits oben). Außerdem erschwert eine unkonkrete Pflicht zur Verfolgung der Allgemeinwohlinteressen die rechtssichere Bestimmung des Leitungsmaßstabs, denn deren schlichte Normierung beantworte noch nicht ihren Umfang, also wann konkret das als Gesellschaftszweck bestimmte Gewinnziel den Allgemeinwohlbelangen zu weichen habe.<sup>139</sup>

### (2) Pflicht zur Berücksichtigung von Allgemeinwohlbelangen<sup>140</sup>

Die nächstschwächere Intensitätsstufe sozialer Ausrichtung des Leitungsmaßstabs stellt eine Berücksichtigungspflicht dar, wobei wiederum zwischen einer ergebnisbezogenen und einer rein proze-

<sup>132</sup> In der Sache *Habersack/Vetter*, AG 2024, 377 (379 Rn. 14) mit weiteren Beispielen.

<sup>133</sup> Ausführlich *Weller/Fischer*, ZIP 2022, 2253 (2260), die für die Betrachtung zwar auf die (jedenfalls im Ergebnis haftungsirrelevante, vgl. für die GmbH *Fleischer*, in: MüKo-GmbHG, Bd. 2, 4. Aufl. 2023, § 43 Rn. 8 m.w.N.) schuldrechtliche Ebene zurückgreifen. Auf die korporationsrechtliche Ebene sind diese Ausführungen allerdings ohne weiteres übertragbar.

<sup>134</sup> *Habersack*, AcP 220 (2020), 594 (626 f.); vgl. auch *Bachmann*, ZHR 187 (2023), 166 (175 ff.).

<sup>135</sup> *Habersack/Vetter/Bergmann*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Reformbedarf im Aktienrecht, 2024, S. 45 f. Rn. 2.4 f.; *Habersack/Vetter*, AG 2024, 377 (379 Rn. 14).

<sup>136</sup> Terminologisch *Weller/Fischer*, ZIP 2022, 2253 (2260); *Weller*, Gutachten F zum 74. DJT, 2024, S. F26.

<sup>137</sup> Terminologisch *Habersack/Vetter/Bergmann*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Reformbedarf im Aktienrecht, 2024, S. 45; *Habersack/Vetter*, AG 2024, 377 (379 Rn. 14).

<sup>138</sup> Aus Perspektive des Corporate Purpose *Haubold*, Die Normierung der Unternehmensziele der Aktiengesellschaft im Lichte der Nachhaltigkeit, 2024, S. 61 („Purpose-Ansatz wie eine Paraphrasierung einer Corporate Governance“).

<sup>139</sup> Dies als Gestaltungsverantwortung des Gesetzgebers ansehend, der er sich mit einer abstrakten Gemeinwohlvorgabe entziehe *Habersack/Vetter/Bergmann*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Reformbedarf im Aktienrecht, 2024, S. 46 Rn. 2.5. Betreffend den Corporate Purpose *Haubold*, Die Normierung der Unternehmensziele der Aktiengesellschaft im Lichte der Nachhaltigkeit, 2024, S. 61, wonach dieser auf einen Gleichrang von Gewinnziel und Nachhaltigkeit gerichtet ist, ohne dass daraus operable Handlungsmaximen abgeleitet werden könnten.

<sup>140</sup> Terminologisch bereits *Harbarth*, AG 2022, 633 (638 Rn. 14 ff.); explizit die Berücksichtigung und die Verfolgung unterscheidend *Habersack/Vetter/Bergmann*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Reformbedarf im Aktienrecht, 2024, S. 45 f.; *Habersack/Vetter*, AG 2024, 377 (379 Rn. 14 f.); zur begrifflichen Unschärfe *Schockenhoff*, AG 2024, 597 (600 f. Rn. 17 ff.).

duralen Berücksichtigungspflicht zu unterscheiden ist.<sup>141</sup>

Eine ergebnisbezogene Berücksichtigungspflicht hätte zur Folge, dass die Organe Stakeholderbelange gerichtlich überprüfbar nicht nur ermitteln, sondern sodann mit dem ihnen entsprechenden Gewicht auch in die Abwägungsentscheidung einstellen müssten.<sup>142</sup>

Soll sich die Berücksichtigung von Stakeholderbelangen dagegen in einer prozeduralen Pflicht erschöpfen, wäre die Unternehmensleitung lediglich dazu verpflichtet, die Belange zu ermitteln. Das Abwägungsergebnis entziehe sich demgegenüber der Justiziabilität, wodurch die Organe den sozialen Belangen stets auch eine vernachlässigbare Bedeutung beimessen könnten.<sup>143</sup>

Die bisher gemachten Reformvorschläge, die an §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 S. 1 AktG anknüpfen,<sup>144</sup> stellten jeweils nicht im Wortlaut klar, ob die von ihnen geforderte Berücksichtigung ergebnisbezogen oder schlicht prozedural verstanden werden soll, obwohl die Vorschlagenden dem teilweise ein unterschiedliches Verständnis zugrunde legten.<sup>145</sup>

Die Unterscheidung zeigt sich besonders deutlich bei einer ebenso diskutierten Reform des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG. Diejenigen, die eine Beeinflussung des Abwägungsergebnisses durch soziale Belange ablehnen, wollen die Business Judgment Rule (BJR) am Tatbestandsmerkmal der „angemessenen Information“ modifizieren.<sup>146</sup> Eine ergebnisbezogene Kontrolle der Abwägung wäre i.R.v. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG demgegenüber am Merkmal des „Annehmendürfens“ zu verorten, indem dieses „zum Wohle der Gesellschaft unter Berücksichtigung sozialer Interessen“ ausgerichtet wird.<sup>147</sup>

### cc) Bloßes Berücksichtigungsrecht

Zuletzt wäre denkbar, auch künftig lediglich auf ein bloßes Berücksichtigungsrecht zu setzen und den Schutz von Stakeholderbelangen etwa durch anderweitige Maßnahmen<sup>148</sup> auszuweiten, wobei

<sup>141</sup> Ursprünglich Harbarth, AG 2022, 633 (638 Rn. 15 f.), aufgegriffen von Fest, AG 2020, 713 (717 Rn. 15); Weller/Fischer, ZIP 2022, 2253 (2261 f.).

<sup>142</sup> Harbarth, AG 2022, 633 (638 Rn. 16).

<sup>143</sup> Vgl. Harbarth, AG 2022, 633 (638 Rn. 15).

<sup>144</sup> Die Entwicklung darstellend sowie mit einem eigenen Vorschlag Habersack/Vetter/Bergmann, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Reformbedarf im Aktienrecht, 2024, S. 46 ff., 51; Habersack/Vetter, AG 2024, 377 (380 Rn. 17); Fest, AG 2020, 713 (719 f. Rn. 21 f.); Sustainable-Finance-Beirat, Shifting the Trillions – Ein nachhaltiges Finanzsystem für die Große Transformation, 2021, S. 96, abrufbar unter [sustainable-finance-beirat.de/wp-content/uploads/2021/02/210224\\_SFB\\_-Abschlussbericht-2021.pdf](https://sustainable-finance-beirat.de/wp-content/uploads/2021/02/210224_SFB_-Abschlussbericht-2021.pdf) (22.1.2025); SPD-Bundestagsfraktion, Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit von Vorstandsvergütungen und zur Beschränkung der steuerlichen Absetzbarkeit, 2017, S. 6, abrufbar unter [spdfraktion.de/system/files/documents/gesetz-entwurf\\_manager-verguetungen\\_spdft\\_final.pdf](https://spdfraktion.de/system/files/documents/gesetz-entwurf_manager-verguetungen_spdft_final.pdf) (22.1.2025).

<sup>145</sup> So versteht Weller, Gutachten F zum 74. DJT, 2024, S. F26, eine Anknüpfung an § 76 AktG wohl per se und insbesondere auch die des Arbeitskreises als ergebnisbezogene Berücksichtigungspflicht. Dem ist zuzugestehen, dass sich aus der schlichten Nutzung des Begriffs „Berücksichtigung“ keineswegs die Begrenzung ebenjener auf die Informationsgrundlage ergibt. Ein abweichendes Verständnis legt aber der Arbeitskreis seinem Vorschlag zugrunde, der trotz Modifikation des § 76 Abs. 1 AktG keine Vorgaben für das Abwägungsergebnis machen will (Habersack/Vetter/Bergmann, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Reformbedarf im Aktienrecht, 2024, S. 50 Rn. 2.10). Im prozeduralen Sinne auch Fest, AG 2020, 713 (717 ff. Rn. 15, 21).

<sup>146</sup> So in Teilen der Arbeitskreis (Habersack/Vetter/Bergmann, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Reformbedarf im Aktienrecht, 2024, S. 53 Rn. 2.19). Ebenso der Sustainable-Finance-Beirat, Shifting the Trillions – Ein nachhaltiges Finanzsystem für die Große Transformation, 2021, S. 96, abrufbar unter [sustainable-finance-beirat.de/wp-content/uploads/2021/02/210224\\_SFB\\_-Abschlussbericht-2021.pdf](https://sustainable-finance-beirat.de/wp-content/uploads/2021/02/210224_SFB_-Abschlussbericht-2021.pdf) (22.1.2025), wonach die Haftungsprivilegierung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG nur nach angemessener Identifizierung und Abschätzung aller relevanter Risiken, einschließlich ökologischer und sozialer Nachhaltigkeitsrisiken, greifen soll.

<sup>147</sup> Vgl. zur Evidenzkontrolle des Ergebnisses durch § 93 Abs. 1 S. 2 AktG Fleischer, in: BeckOGK AktG, Stand: 1.10.2024, § 93 Rn. 102.

<sup>148</sup> Etwa eine Ausweitung der comply-or-explain-Modelle, dazu oben. Für weitere Vorschläge zum Schutz von Stakeholder-Belangen siehe unten.

hier vor allem öffentlich-rechtliche Pflichten, die sodann auch regelmäßig rechtsformunabhängig gelten, in Frage kämen. Einer Reform käme dabei vor allem die Funktion einer gesetzgeberischen Klarstellung des Stakeholder-Ansatzes zu, der heute bereits die wohl herrschende Meinung in der Literatur darstellt.<sup>149</sup> Vorteile einer solchen gesetzgeberischen Klarstellung wären vor allem eine erhöhte Rechtssicherheit für die Leitungsorgane bei der Berücksichtigung von Allgemeinwohlbelangen und die damit einhergehende Vermeidung von einer allzu zurückhaltenden Berücksichtigung von Allgemeinwohlbelangen (näher unter c)).

## b) Stellungnahme zur Normierung einer Berücksichtigungspflicht

Aufgrund der soeben bereits genannten Einwände gegen eine konkrete Erfolgs- bzw. abstrakte Verfolgungspflicht von Stakeholderinteressen kreist die Diskussion letztlich um das „Ob“ und „Wie“ der Ausgestaltung einer Berücksichtigungspflicht.

Soweit die Debatte zwischen Recht und Pflicht von einigen Stimmen im Hinblick auf die zu erwartende nationale Umsetzung der CSDD-RL für beendet erklärt werden, da diese eine Berücksichtigungspflicht von ESG-Belangen für Leitungsorgane vorsehe,<sup>150</sup> müssen diese Ansichten als überholt gelten. Während der Kommissionsentwurf in der ursprünglichen Fassung Art. 25 der CSDD-RL noch eine Modifizierung der „director’s duty of care“ vorsah,<sup>151</sup> ist in der nun verabschiedeten Richtlinie Art. 25 ersatzlos gestrichen worden und durch die „best efforts“-Klausel des Art. 22 Abs. 1 CSDD-RL ersetzt worden.<sup>152</sup> Der europäische Gesetzgeber sieht status quo also keine direkte Modifikation des Leitungsmaßstabs hin zu einer Berücksichtigungspflicht vor, sodass es dem nationalen Gesetzgeber weiterhin freisteht, sich für eine Berücksichtigungspflicht oder ein entsprechendes -recht zu entscheiden.

Durch Teile des Arbeitskreises wird die BJR zur Ausgestaltung einer rein prozeduralen Berücksichtigungspflicht in Anspruch genommen. Folge wäre, dass die Haftungsprivilegierung nunmehr unter den Vorbehalt gestellt würde, dass sich der Geschäftsleiter über die Stakeholderrelevanz seiner Entscheidungen vollumfänglich informiert hat.<sup>153</sup> Im Gegensatz zur jetzigen Rechtslage betreffe dies auch gewinnzielferne Belange, die sodann im Rahmen der Abwägung allerdings wiederum nicht berücksichtigt werden müssten (reine prozedurale Pflicht).

Zu bedenken ist dabei, dass ein etwaiges Ablehnen der Haftungsprivilegierung im konkreten Fall nicht das positive Vorliegen einer Pflichtverletzung zur Folge hat. Die BJR kann nur negativ dessen Vorliegen ausschließen (sog. safe harbour).<sup>154</sup> Ein nicht-ausreichendes Ermitteln bzw. Einstellen von Allgemeinwohlbelangen würde bei einer materialisierten BJR nicht zu einer Pflichtverletzung, sondern lediglich dazu führen, dass das Vorstandsmitglied nun dem Risiko etwaiger Rückschaufehler

<sup>149</sup> In diese Richtung *Habersack/Vetter/Bergmann*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Reformbedarf im Aktienrecht, 2024, S. 51.

<sup>150</sup> So noch *Weller/Fischer*, ZIP 2022, 2253 (2260 ff.); a.A. *Harbarth*, AG 2022, 633 (633 Rn. 1 ff.); *Bachmann*, ZHR 187 (2023), 166 (197 f.); *Fest*, AG 2023, 713 (713 ff. Rn. 1 ff.); vgl. zur Übersicht *Koch*, AG 2023, 553 (562 Rn. 42 ff.).

<sup>151</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937, KOM (2022) 71 endg., abrufbar unter [eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0071](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0071) (22.1.2025).

<sup>152</sup> *Schmidt*, EuZW 2024, 291 (292); *Schockenhoff*, AG 2024, 597 (598 f. Rn. 5 ff.).

<sup>153</sup> *Habersack/Vetter/Bergmann*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Reformbedarf im Aktienrecht, 2024, S. 52 Rn. 2.17.

<sup>154</sup> BGH NZG 2017, 116 (117 Rn. 31); *Koch*, Aktiengesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, § 93 Rn. 31. Zum Konzept des *safe harbour* siehe *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit, AktG, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 93 Rn. 46; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, Stand: 1.10.2024, § 93 Rn. 85.

sowie der Beweislast ausgesetzt wäre.<sup>155</sup> Hieran zeigt sich zugleich, was die BJR zu leisten vermag und was nicht: Sie ist unmittelbar auf die Rechtfertigung einer Entscheidung aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten gerichtet; eine Allgemeinwohlabwägung soll sie nach ihrer Konzeption dagegen nicht gewährleisten.<sup>156</sup>

Allgemein gegen die Einführung einer Berücksichtigungspflicht spricht die bereits angeführte Relativierung des Gewinnziels als tauglichen Gesellschaftszweck (siehe dazu oben). Zweifelhaft ist zudem, ob sie unwillige Organmitglieder tatsächlich effektiv zum Umdenken bewegen könnte. Zu beachten ist, dass das primäre Ausüben der Leitung ohnehin nicht klagbar ist.<sup>157</sup> Im Hinblick auf Sekundäransprüche stellt sich die Frage eines – wohl häufig nicht vorliegenden – Schadens.<sup>158</sup> Hinsichtlich der Durchsetzbarkeit der Berücksichtigung von Allgemeinwohlbelangen bietet es sich daher für den Gesetzgeber an, weiterhin auf die – demokratisch auch stärker legitimierte – Regulierung von Unternehmen durch öffentlich-rechtliche Pflichten zurückzugreifen.

### c) Normierung des Umfangs des Berücksichtigungsrechts: Plädoyer für eine Social Judgment Rule, § 93 Abs. 1 S. 3 AktG n.F.

Bei allem Tatendrang für Vorschläge von Berücksichtigungspflichten wird in der derzeitigen Debatte breitflächig vergessen, dass zunächst einmal völlig unabhängig davon ein Regelungsbedürfnis für den Umfang des Berücksichtigungsrechts besteht. In Anbetracht der ohnehin zweifelhaften Durchsetzbarkeit einer etwaigen haftungsbewehrten Berücksichtigungspflicht (siehe soeben), ist die Adressierung der derzeit bestehenden Unsicherheiten rund um das Berücksichtigungsrecht von Stakeholderbelangen ggf. gar der wichtigere Baustein hin zu einer Änderung der tatsächlichen Unternehmenspraktiken.

#### aa) Hintergrund: Rechtsunsicherheiten beim bestehenden Berücksichtigungsrecht

Unter Berücksichtigung der Perspektive der Geschäftsleiter sind die bis heute herrschenden Diskussionen um den Umfang der sozialen Ausrichtung einer tatsächlich weitläufigen Ausübung dieses Berücksichtigungsrechts abträglich.<sup>159</sup> Selbst wenn die herrschende Meinung mittlerweile die Stakeholderbelange sehr weit miteinbezieht, bleibt aus Sicht des Vorstands aufgrund mangelnder gesetzlicher Kodifikation ein Risiko dahingehend, dass ihm eine Pflichtüberschreitung vorgeworfen wird. Zu bedenken ist nämlich, dass die Zahl potentiell berücksichtigungswerter Belange unüberschaubar groß ist,<sup>160</sup> was die rechtssichere Operabilität des Stakeholder-Ansatzes nach derzeitiger Rechtslage

---

<sup>155</sup> Vgl. zu diesen Funktionen der BJR *Spindler*, in: MüKo-AktG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 93 Rn. 43, 47.

<sup>156</sup> Im Ergebnis ähnlich Teile des Arbeitskreises, die einwenden, dass die BJR schlicht eine haftungsprivilegierende Funktion besitzt und nicht die Grundsätze guter Entscheidungsfindung vorzugeben bezwecken (*Habersack/Vetter/Bergmann*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Reformbedarf im Aktienrecht, 2024, S. 53 Rn. 2.20).

<sup>157</sup> *Weller/Fischer*, ZIP 2022, 2253 (2262 f.).

<sup>158</sup> Näher *Weller/Fischer*, ZIP 2022, 2253 (2263 f.). Ferner *Bachmann*, ZHR 187 (2023), 166 (179, 199); *Habersack/Vetter/Bergmann*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Reformbedarf im Aktienrecht, 2024, S. 53 Rn. 2.20. Die fehlende Anspruchsberechtigung der Stakeholder hervorhebend *Koch*, Aktiengesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, § 76 Rn. 82 m.w.N.

<sup>159</sup> In diese Richtung diejenigen, die die deklaratorische Wirkung des Gesetzes für die Unternehmensleiter hervorheben, etwa *Habersack/Vetter/Bergmann*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Reformbedarf im Aktienrecht, 2024, S. 49 f. Rn. 2.9.

<sup>160</sup> *Haubold*, Die Normierung der Unternehmensziele der Aktiengesellschaft im Lichte der Nachhaltigkeit, 2024, S. 143 f.; *Harrenberg*, KritV 2019, 393 (418).

erheblich in Frage stellt.<sup>161</sup> Die damit einhergehenden Unsicherheiten beziehen sich insbesondere, aber nicht nur, auf das Verhältnis zum Gesellschaftszweck. Schon die Menge an grundsätzlich berücksichtigungswerten Allgemeinwohlbelangen (siehe oben) legt nahe, dass es daneben auch unter den Allgemeinwohlbelangen zu Zielkonflikten kommen kann, wie etwa der Einsatz von Atomenergie zeigt, bei dem der Klimaschutz mit Umweltschutzbelangen konfligiert.<sup>162</sup> Wie die Stakeholderbelange zu gewichten sind und sich darauf aufbauend zueinander verhalten, lässt sich ebenso nur schwer abstrakt skizzieren und ist daher – aus Vorstandsperspektive – stets im Einzelfall zu betrachten. Sofern sich *Weller* für einen Gewichtungsvorsprung des Klimaschutzes ausspricht,<sup>163</sup> ist dem aufgrund der fundamentalen, gesamtgesellschaftlichen Aufgabe, die sich durch den Klimawandel ergibt – aus heutiger Perspektive – zuzustimmen, wenngleich sich hierin abermals die Kontingenz der entsprechenden Ziele zeigt. Im Übrigen wird die juristische Handhabbarkeit der Allgemeinwohlbelange auch durch die Unbestimmtheit der entsprechenden Anliegen, insbesondere des Nachhaltigkeitsbegriffs erschwert.<sup>164</sup>

Die Streitigkeiten rund um die Ausfüllung des Leitungsmaßstabs werden vor dem Hintergrund des Haftungsrisikos gewissermaßen auf dem Rücken der Organmitglieder ausgetragen. Denn während bei einer (ggf. gar pflichtwidrigen) Vernachlässigung von Allgemeinwohlbelangen ein messbarer Schaden der Gesellschaft in der Regel durchaus fraglich bzw. marginal ist (siehe oben), führt eine überschießende Berücksichtigung wohl stets zu einem ersatzpflichtigen Schaden der Gesellschaft. Dieser Mechanismus in Verbindung mit den beschriebenen rechtlichen Unsicherheiten legt den Organmitgliedern eine zurückhaltende Berücksichtigung sozialer Belange nahe.

#### bb) Idee einer „Social Judgment Rule“: Vorschlag für § 93 Abs. 1 S. 3 AktG n.F.

Da die Abwägung mit den potenziell vielfältigen Stakeholderbelangen unmöglich ex ante vorgezeichnet werden könnte,<sup>165</sup> sollte den Organmitgliedern ein Spielraum bei der Ausfüllung des generalklauselartigen Maßstabs für die Berücksichtigungsbefugnis gewährt werden, ähnlich wie ihnen mit der BJR (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG) auch ein Spielraum bei der Bewertung der unternehmerischen Profitabilität eingeräumt ist. Auch dort begründet sich die Zubilligung des Spielraums zum Teil in staatlichen Motiven, namentlich der volkswirtschaftlichen Nützlichkeit unternehmerischer Risikofreude.<sup>166</sup> Um die soziale Ausgestaltung des Leitungsmaßstabs von der unternehmerischen Gewinnverfolgung grundlegend zu entkoppeln, bietet sich jedoch nicht eine Modifikation der BJR (dazu oben), sondern eine eigenständige Regelung an. Damit wird letztlich erreicht, dass der Handlungsspielraum der Unternehmensleitung erweitert und nicht beschränkt wird, was ja auch das ursprüngliche Anliegen des Stakeholderansatzes darstellt.

In diesem Sinne schlug bereits die Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen einen an § 93 Abs. 1 S. 2 AktG anknüpfenden neuen Satz 3 vor, wonach eine Pflichtverletzung zudem nicht vorliegen soll, „wenn das Vorstandsmitglied eine unternehmerische Entscheidung auf Grundlage menschenrecht-

<sup>161</sup> Zum Kriterium der fehlenden Operabilität des Stakeholder-Value-Ansatzes etwa *Harrenberg*, KritV 2019, 393 (418 f.); *Haubold*, Die Normierung der Unternehmensziele der Aktiengesellschaft im Lichte der Nachhaltigkeit, 2024, S. 143 ff. jeweils m.w.N.

<sup>162</sup> *Weller*, Gutachten F zum 74. DJT, 2024, S. F36; *Schockenhoff*, AG 2024, 597 (601 Rn. 18). Die Problematik der Zielkonflikte innerhalb und unter den Stakeholderbelangen hervorhebend auch *Harrenberg*, KritV 2019, 393 (418); *Bachmann*, ZHR 187 (2023), 166 (183).

<sup>163</sup> *Weller*, Gutachten F zum 74. DJT, 2024, S. F36.

<sup>164</sup> Siehe beispielsweise die fehlende Definition von „klimaneutralen Unternehmen“ auf nationaler und europäischer Ebene (*Weller/Hößl/Seemann*, ZIP 2024, 330 ff.).

<sup>165</sup> *Habersack*, AcP 220 (2020), 594 (636).

<sup>166</sup> *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, Stand: 1.10.2024, § 93 Rn. 80.

licher, sozialer oder ökologischer Standards getroffen hat, zu deren Einhaltung sich die Bundesrepublik Deutschland völkerrechtlich verpflichtet hat.“<sup>167</sup>

Geschaffen werden soll also ein weiterer an die BJR angelehnter Rechtfertigungsgrund für soziale Belange, gewissermaßen eine Social Judgment Rule (SJR). Fortan gäbe es einen Rechtfertigungsgrund für aus unternehmerischer Sicht vertretbare Maßnahmen einerseits (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG) und einen weiteren für aus sozialen Erwägungen vertretbare Maßnahmen andererseits (§ 93 Abs. 1 S. 3 AktG n.F.).

Indem der Anwendungsbereich auf „unternehmerische Entscheidungen“ konzentriert wird, steht das Haftungsprivileg unter der Bedingung, dass der Vorstand seine Entscheidung bewusst zugunsten des Allgemeinwohls getroffen hat und außerdem seiner Legalitätspflicht nachgekommen ist. Soweit der Gesetzgeber durch gesetzliche Pflichten eine Abwägung vorgenommen hat, ist diese zu achten; der Vorstand darf seine Abwägung nicht an dessen Stelle setzen.<sup>168</sup>

Ferner könnte mit der SJR dem Kritikpunkt gegen den Stakeholder-Value-Ansatz begegnet werden, er könne zur verdeckten Verfolgung in Wahrheit eigener Interessen missbraucht werden.<sup>169</sup> Für den Umgang mit solchen Interessenkonflikten kann auf die im Rahmen der BJR entwickelten Grundsätze zum „Handeln zum Wohle der Gesellschaft“ (nun eben „Handeln zur Achtung und Förderung sozialer Anliegen“) verwiesen werden, wo ebenfalls die Behandlung sogenannter Pet-Charities- bzw. Personal-Aggrandizement-Fälle diskutiert wird.<sup>170</sup>

Im Übrigen ist die Fokussierung auf völkerrechtliche Verpflichtungen im Vorschlag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen grundsätzlich dahingehend begrüßenswert, dass sie eine weitgehende rechtssichere Beurteilung solcher Anliegen ermöglicht, die vom Vorstand berücksichtigt werden dürfen. Andererseits soll die Idee der SJR gerade Anreize schaffen, bei der Verfolgung von Allgemeinwohlbelangen (dem Unternehmen angemessen) auch neue Impulse zu setzen. Beschränke man die einer Rechtfertigung zugänglichen Allgemeinwohlbelange lediglich auf solche, die den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik entsprechen, verblieb für etwaige „thought leaders“ im ESG-Bereich die ungewünschte Rechtsunsicherheit mit potentieller Abschreckungswirkung hinsichtlich der Berücksichtigung von weitergehenden Allgemeinwohlbelangen. Aufgrund der eher langsamen und kompromissorientierten Entwicklung des Völkerrechts, wäre es dem Anliegen, eine stärkere Allgemeinwohlberücksichtigung im Rahmen der Unternehmensleitung zu berücksichtigen, abträglich, wenn eine derartige Einschränkung vorgenommen würde. Es ist daher vorzugswürdig, die berücksichtigungsfähigen Belange möglichst entwicklungs offen zu formulieren, sodass es nicht mit jeder noch so kleinen gesellschaftlichen Entwicklung einer gesetzgeberischen Änderung bedarf. Gleichzeitig sollte der Gesetzgeber regelmäßig evaluieren, inwieweit er weitere Belange explizit als berücksichtigungsfähig in § 93 Abs. 1 S. 3 AktG hervorheben möchte.

Allerdings kenne der Spielraum nach dem unterbreiteten Vorschlag aufgrund seiner systematischen Entkoppelung von den gewinnzielberücksichtigenden Belangen (insbesondere auch von der BJR) keine Grenzen. Daher wird berechtigterweise eingewandt, dass der Vorschlag zu weit geht, wenn er eine Rechtfertigung auch solcher Entscheidungen ermöglicht, die die dauerhafte Rentabili-

---

<sup>167</sup> BT-Drs. 17/11686, S. 3.

<sup>168</sup> Vgl. für die Konkretisierung der unternehmerischen Entscheidung in diesem Sinne bei § 93 Abs. 1 S. 2 AktG Koch, Aktiengesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, § 93 Rn. 35.

<sup>169</sup> Als Argument gegen eine Stakeholderorientierung unter Berücksichtigung des Prinzipal-Agenten-Konflikts Haubold, Die Normierung der Unternehmensziele der Aktiengesellschaft im Lichte der Nachhaltigkeit, 2024, S. 145 ff.

<sup>170</sup> Dazu Fleischer, in: BeckOGK AktG, Stand: 1.10.2024, § 76 Rn. 57 m.w.N. Dazu auch Harbarth, ZGR 2022, 533 (554).

tät des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens außer Acht lassen oder gar gefährden.<sup>171</sup> Jedenfalls dies muss die Berücksichtigungsfähigkeit begrenzen, der existenzsichernden Funktion des Gewinnziels ist insoweit absoluter Vorrang einzuräumen.<sup>172</sup> Dem könnte die Kodifikation jedoch ohne Weiteres begegnen, indem die SJR unter den Vorbehalt gestellt wird, dass objektiv die dauerhafte Rentabilität gesichert ist. Außerdem setzt das „Annehmendürfen“ voraus, dass die Organmitglieder jedenfalls subjektiv die dauerhafte Rentabilität nicht für gefährdet halten. Schließlich sind allgemein die Belange des Unternehmens im Rahmen des „Annehmendürfens“ durch eine Angemessenheitsprüfung zu berücksichtigen.<sup>173</sup>

Als ein neu einzufügender § 93 Abs. 1 S. 3 AktG eigne sich nach alledem:

<sup>3</sup>Eine Pflichtverletzung liegt auch dann nicht vor, wenn bei einer unternehmerischen Entscheidung das Vorstandsmitglied davon ausgehen durfte, angemessen zur Achtung und Förderung sozialer Anliegen, insbesondere der Wahrung von Menschenrechten, der ethischen Nutzung von Technologien oder dem Erhalt der Umwelt und des Klimas, beizutragen, und die dauerhafte Rentabilität des Unternehmens durch diese Entscheidung nicht beeinträchtigt wird.

## V. Zusammenfassung und Ausblick

Der vorliegende Beitrag sollte die zunehmend im Fokus stehende Debatte über die Berücksichtigung von Allgemeinwohlbelangen im Gesellschaftsrecht aufgreifen.

Hierbei hat sich gezeigt, dass das deutsche Gesellschaftsrecht bereits de lege lata über das Gewinnziel (als idealtypischer Gesellschaftszweck der Aktiengesellschaft) in der Lage ist, die Verfolgung von Allgemeinwohlbelangen durch die Gesellschaft zu ermöglichen (insbesondere vermittelt des Reputationsinteresses). De lege ferenda bietet die Ausweitung von comply-or-explain-Mechanismen wie *Wellers* Klimaquote eine mit dem Gewinnziel zu vereinbarende Regulierungsmöglichkeit, Kapitalgesellschaften unter Nutzung der Marktmechanismen zu einer stärkeren Berücksichtigung von Allgemeinwohlbelangen zu incentivieren, obgleich die damit einhergehende Bürokratisierung der Unternehmenstätigkeit durchaus problematisch ist.

Auch eine Berücksichtigung von Allgemeinwohlbelangen, die nicht über das Gewinnziel gerechtfertigt ist, erachtet die wohl überwiegende Meinung in der Literatur für pflichtgemäß, sofern die langfristige Profitabilität der Gesellschaft nicht gefährdet wird. Jedoch besteht hier mangels eindeutiger Judikatur und dem Schweigen des Gesetzes für die Leitungsorgane erhebliche Rechtsunsicherheit. Um diese zu beseitigen, schlagen wir eine an die Business Judgment Rule angelehnte Social Judgment Rule vor, die es dem Vorstand erlaubt, begrenzt durch das Gesellschaftswohl und die langfristige Profitabilität der Gesellschaft, Allgemeinwohlbelange in der Unternehmensleitung zu berücksichtigen und zu verfolgen. Dieses Berücksichtigungsrecht von Allgemeinwohlbelangen in der Unternehmensleitung grenzt sich ab von einer Berücksichtigungspflicht, gegen die durchgreifende rechtssystematische und Effektivitätsbedenken bestehen. Gleichsam steht es dem Gesetzgeber frei, rechtsformunabhängige öffentlich-rechtliche Pflichten zur Berücksichtigung von Allgemeinwohl-

<sup>171</sup> *Habersack/Ehrl*, AcP 219 (2019), 155 (208); *Habersack/Vetter/Bergmann*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Reformbedarf im Aktienrecht, 2024, S. 52 Rn. 2.16; *Schockenhoff*, AG 2024, 597 (604 f. Rn. 42 f.).

<sup>172</sup> Zu dieser Funktion des Gewinnziels *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH, S. 58 f. Hierfür auch *Habersack*, AcP 220 (2020), 594 (636); *Habersack/Vetter/Bergmann*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Reformbedarf im Aktienrecht, 2024, S. 49.

<sup>173</sup> Zu diesem Kriterium der Angemessenheit *Kort*, NZG 2012, 926 (929 f.); *Habersack/Vetter/Bergmann*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Reformbedarf im Aktienrecht, 2024, S. 51 Rn. 2.14.

belangen zu erlassen. Zielsetzung der Social Judgment Rule ist es daher primär, den Leitungsorganen dort, wo sie hierzu (noch) nicht durch zwingendes Recht verpflichtet sind, die Möglichkeit zu eröffnen, rechtssicher Allgemeinwohlbelange in der Unternehmensleitung zu berücksichtigen, und sie so zu nachhaltigem Unternehmenshandeln zu ermutigen.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass um einen Einzug von Allgemeinwohlbelangen ins Gesellschaftsrecht nicht nur in Deutschland gerungen wird, wie ein Vergleich mit der Rechtslage in Österreich<sup>174</sup>, der Schweiz<sup>175</sup>, England<sup>176</sup> oder Frankreich<sup>177</sup> zeigt. Nichtsdestotrotz zeigt die Streichung des ursprünglichen Art. 25 in der CSDD-RL (siehe oben) durch den Rat der EU, dass auch in Europa wohl längst nicht alle Staaten bereit sind, die Leitungsregeln im Wege einer Berücksichtigungspflicht für Stakeholderbelange zu materialisieren. Es bleibt daher abzuwarten, wie hell der Stern des Allgemeinwohls das Gesellschaftsrecht in den kommenden Jahren noch erleuchten wird können. Die rege akademische Debatte zum sechzigsten Geburtstag des deutschen Aktienrechts verdeutlicht, dass es zumindest an Vorschlägen und Ideen für große und weniger große Reformen nicht mangelt.

---

<sup>174</sup> Vgl. hierzu *Klass*, in: MüKo-AktG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 76 Rn. 228 in Bezug auf § 70 des österreichischen AktG, der im Wesentlichen dem deutschen § 70 AktG von 1937 entspricht.

<sup>175</sup> *Habersack*, AcP 220 (2020), 594 (639 f.).

<sup>176</sup> *Gower/Davies/Worthington/Hare*, Principles of Modern Company Law, 11. Aufl. 2021, Rn. 10-027 in Bezug auf s. 172 (1) Companies Act 2006.

<sup>177</sup> *Habersack*, AcP 220 (2020), 594 (640) in Bezug auf Art. 1833 Abs. 2 Code Civil.

## Der Wahltag

Wiss. Mitarbeiterin Johanna Mittrop, *maîtr. en droit (Paris II), LL.M. (KCL), Leipzig\**

<b>I. Einführung.....</b>	<b>40</b>
<b>II. Die Periodizität der Wahl.....</b>	<b>40</b>
<b>III. Die Wahltagterminierung.....</b>	<b>41</b>
1. Zuständigkeit des Bundespräsidenten.....	41
2. Verfahren und Form.....	41
3. Zeitpunkt der Wahltagbestimmung und Wahlorganisation.....	42
4. Wahlsonntag.....	43
5. Terminwahl.....	43
6. Politisches Ermessen.....	44
a) Verfassungsrechtlicher Zeitrahmen.....	44
b) Weitere Belange bei der Ermessensausübung.....	45
<b>IV. Rechtsschutz.....</b>	<b>46</b>
<b>V. Fazit.....</b>	<b>47</b>
<b>VI. Übungsfragen.....</b>	<b>47</b>

### I. Einführung

Nach etwa zwanzig Jahren wird der Bundestag ein weiteres Mal vorzeitig aufgelöst und eine vorgezogene Neuwahl findet statt. Das vorzeitige Ende der 20. Wahlperiode soll zum Anlass genommen werden, die staatsorganisatorischen Bestimmungen in Erinnerung zu rufen, die den Parlamentswechsel regeln. Dieser Beitrag beleuchtet die rechtlichen Fragen, die sich bei der Bestimmung des Wahltags stellen – im verfassungsrechtlichen Regelfall wie bei vorgezogenen Neuwahlen. Durch ihren Aktualitätsbezug bieten sie sich derzeit besonders als Gegenstand mündlicher Prüfungen an.

### II. Die Periodizität der Wahl

Demokratie ist Herrschaft auf Zeit. Dieses Prinzip äußert sich in der Periodizität von Wahlen. Art. 39 Abs. 1 S. 1 GG sieht entsprechend vor, dass der Bundestag grundsätzlich alle vier Jahre gewählt wird. Die Wahlperiode endet nicht etwa mit der Neuwahl eines neuen Bundestags, sondern mit dessen Konstituierung durch ersten Zusammentritt (Art. 39 Abs. 1 S. 2 GG). So ist sichergestellt, dass es keine parlamentslose Zeit gibt.<sup>1</sup> Damit ein regelmäßiger Parlamentswechsel rechtzeitig innerhalb der von Art. 39 Abs. 1 S. 1 GG vorgegebenen Periode stattfindet, ordnet Art. 39 Abs. 1 S. 3 GG an, dass die

\* Johanna Mittrop ist Wiss. Mitarbeiterin an der Professur für Öffentliches Recht und Recht der Politik (Prof. Dr. Fabian Michl) an der Universität Leipzig.

<sup>1</sup> Klein/Schwarz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 98. Lfg., Stand: März 2022, Art. 39 Rn. 11.

Neuwahl frühestens sechsundvierzig, spätestens achtundvierzig Monate nach Beginn der Wahlperiode stattfindet.<sup>2</sup> Bezieht man die 30-Tages-Frist ein, innerhalb derer der neu gewählte Bundestag zusammentreten muss (Art. 39 Abs. 2 GG), besteht ein gewählter Bundestag längstens vier Jahre und 30 Tage. Der Bundestag kann allerdings auch schon vor Ablauf der regelmäßigen Wahlperiode von vier Jahren aufgelöst werden, wie das „Ampel-Aus“ 2024 aktuell vor Augen geführt hat. Scheitert die Wahl des Kanzlers (Art. 63 Abs. 4 S. 3 GG) oder entzieht der Bundestag wie 1972 (Brandt), 1982/83 (Kohl), 2005 (Schröder) und 2024 (Scholz) dem Kanzler das Vertrauen (Art. 68 Abs. 1 S. 1 GG), kann der Bundespräsident den Bundestag auflösen. Auch in diesem Fall findet eine Neuwahl statt. Art. 39 Abs. 1 S. 4 GG bestimmt dafür einen engen Zeitraum: Innerhalb von 60 Tagen nach der Auflösung muss ein neuer Bundestag gewählt sein.

### III. Die Wahltagterminierung

#### 1. Zuständigkeit des Bundespräsidenten

Dazu, wer den Wahltag bestimmt, schweigt das Grundgesetz. Die Zuständigkeit ergibt sich aus dem Bundeswahlgesetz: Nach § 16 S. 1 BWahlG legt der Bundespräsident fest, wann die Bundestagswahl stattfindet.<sup>3</sup> Seine Zuständigkeit ist mangels Regelung im Grundgesetz verfassungsrechtlich nicht zwingend.<sup>4</sup> Eine Aufnahme der Zuständigkeit des Bundespräsidenten in das Grundgesetz wurde von der Enquête-Kommission Verfassungsreform in der 7. Wahlperiode vergeblich vorgeschlagen.<sup>5</sup>

Obwohl der Akt der Wahltagbestimmung sowie die Kompetenz des Bundespräsidenten nur einfachrechtlich geregelt sind, hat die Wahltagbestimmung laut BVerfG Verfassungsqualität, da sie „als staatsorganisatorischer Akt mit Verfassungsfunktion in Art. 39 Abs. 1 und 2 GG vorausgesetzt“<sup>6</sup> werde. Das hat Konsequenzen für etwaigen Rechtsschutz gegen die Bestimmung des Wahltags.<sup>7</sup>

#### 2. Verfahren und Form

Die Bestimmung des Wahltags erfolgt als Anordnung. Sie ist wie nahezu alle Anordnungen und Verfügungen des Bundespräsidenten nach Art. 58 S. 2 GG, § 29 Abs. 2 GOBReg durch den Bundeskanzler oder den zuständigen Bundesminister gegenzeichnungspflichtig.<sup>8</sup> In der Praxis zeichnen sowohl Bundeskanzler als auch Bundesinnenminister die Anordnung des Wahltags gegen.<sup>9</sup> Nicht zuletzt weil Bundeskanzler und Bundesinnenminister zur Gegenzeichnung nicht verpflichtet sind,<sup>10</sup> einigen sich der Bundespräsident und die Regierung in der Regel auf einen Wahltermin. Die Bundesregierung

---

<sup>2</sup> Siehe die Übungsfragen VI. 1a und 1b zur Berechnung der Fristen.

<sup>3</sup> Siehe Übungsfrage VI. 3a.

<sup>4</sup> Vgl. das Frankfurter Reichswahlgesetz, das die Zuständigkeit der Reichsregierung (§ 16 Abs. 1 RWG 1849) zuwies. Im Kaiserreich war der Kaiser (§ 14 RWG 1869/71) für die Wahltagbestimmung zuständig und in der Weimarer Republik der Reichspräsidenten (§ 6 RWG 1920).

<sup>5</sup> BT-Drs. 7/5924, S. 34.

<sup>6</sup> BVerfGE 62, 1 (31); 114, 121 (146).

<sup>7</sup> Siehe IV.

<sup>8</sup> Mit expliziter Ausnahme z.B. der Auslösung des Bundestages nach Art. 63 Abs. 4 S. 3 GG.

<sup>9</sup> Vgl. BGBl. I 1972, S. 1834; BGBl. I 1976, S. 281; BGBl. I 1980, S. 329; BGBl. I 1983, S. 2; BGBl. I 1986, S. 945; BGBl. I 1990, S. 1713; BGBl. I 1994, S. 301; BGBl. I 1998, S. 389; BGBl. I 2001, S. 4049; BGBl. I 2005, S. 2170; BGBl. I 2009, S. 2; BGBl. I 2013, S. 165; BGBl. I 2017, S. 74; BGBl. I 2020, S. 2769.

<sup>10</sup> Herzog, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 54. Lfg, Stand: Januar 2009, Art. 54 Rn. 83.

unterbreitet dem Bundespräsidenten einen Kabinettsbeschluss (§ 15 GOBReg) über den Wahltermin, über den sich die Bundesregierung mitunter auch mit den Landesregierungen abstimmt.

Die Anordnung des Wahltags wird mit Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt wirksam (§ 76 Abs. 1 Nr. 5 GGO).<sup>11</sup>

### 3. Zeitpunkt der Wahltagbestimmung und Wahlorganisation

Am Wahltag orientiert sich die gesamte Wahlvorbereitung durch Wahlorgane, Wahlvorschlags-träger:innen<sup>12</sup> und Kandidierende. Vom Wahltag ausgehend werden die Fristen der Wahlvorbereitung zurückgerechnet. Am Wahltag müssen ausreichend Stimmzettel, Wahlkabinen und nicht zuletzt Wahlvorstände („Wahlhelfer:innen“) bereitstehen. Sobald der Wahltag feststeht, können sich alle Beteiligten darauf einstellen, wann welche Schritte der Wahlvorbereitung unternommen werden müssen.

Wann der Wahltermin feststehen muss, bestimmt das Gesetz allerdings nicht. In der Regel ist das etwa sechs Monate vor der Wahl der Fall,<sup>13</sup> sodass die einfachgesetzlich festgelegten Fristen der Wahlvorbereitung problemlos eingehalten werden können. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die ersten Fristen der Wahlvorbereitung bereits etwa drei Monate vor dem Wahltag ablaufen: „Kleinstparteien“ müssen ihren Willen zur Wahlbeteiligung nach § 18 Abs. 2 S. 1 BWahlG spätestens am 97. Tag vor dem Wahltag anzeigen und die Feststellung der Parteieigenschaft durch den Bundeswahlausschluss, die Voraussetzung der Einreichung von Wahlvorschlägen ist, muss spätestens am 79. Tag vor der Wahl (§ 18 Abs. 4 BWahlG) erfolgen. Die Wahlvorschläge, d.h. die Kreiswahlvorschläge und Landeslisten müssen außerdem bis zum 69. Tag vor der Wahl eingereicht werden, was allerdings voraussetzt, dass zuvor die Listen in den Parteien aufgestellt wurden. Damit die jeweilige Listenaufstellung den Anforderungen der innerparteilichen Demokratie (Art. 21 Abs. 1 S. 3 GG) entspricht, müssen die Parteimitglieder oder Vertreter unter Wahrung von Ladungsfristen rechtzeitig eingeladen worden.<sup>14</sup>

Im Fall einer vorgezogenen Neuwahl nach Art. 68 Abs. 1 S. 1, Art. 39 Abs. 1 S. 4 GG wären diese Fristen schon abgelaufen, bevor der Bundespräsident den Wahltag festlegen kann.<sup>15</sup> Für den Fall einer vorgezogenen Neuwahl (Art. 39 Abs. 1 S. 4 GG) hat der Gesetzgeber deshalb vorgesehen, dass das Bundesinnenministerium ermächtigt ist, die Fristen und Termine der Wahlvorbereitung durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates zu ändern (§ 52 Abs. 3 BWahlG).<sup>16</sup> Die Fristenänderung durch Rechtsverordnung soll nach Willen des Gesetzgebers die historischen Fristen, die innerhalb der 60-Tage-Frist des Art. 39 Abs. 1 S. 4 GG berechnet waren, wieder aktivieren.<sup>17</sup> Damit besteht ein Zeitplan, an den der Bundespräsident auch gebunden ist (Art. 20 Abs. 3 GG). Frühzeitige Rechts-

<sup>11</sup> Magiera, in: Sachs, GG, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 39 Rn. 17.

<sup>12</sup> § 18 Abs. 1 BWahlG: Wahlvorschläge können von Parteien und von Wahlberechtigten nach Maßgabe des § 20 eingereicht werden.

<sup>13</sup> Seedorf, in: Schreiber, BWahlG, Kommentar, 11. Aufl. 2021, § 16 Rn. 2 Fn. 5; Kroppenstedt/Wurzberger, VerwArch 1982, 311 (312).

<sup>14</sup> Kreiswahlvorschläge und Landeslisten „auf Vorrat“ dürfen die Parteien nicht aufstellen: § 21 Abs. 3 S. 4 BWahlG sieht hierfür frühestmögliche Termine vor, die allerdings nicht gelten, wenn die Wahlperiode vorzeitig beendet wird.

<sup>15</sup> Siehe oben II.

<sup>16</sup> Missverständlich ist der Wortlaut des § 52 Abs. 3 BWahlG „abzukürzen“. Die Zeitspanne zwischen Wahltag und jeweiliger Handlung der Wahlvorbereitung verkürzt sich; die Frist diese vorzunehmen verlängert sich allerdings, je näher der Termin an den Wahltag gelegt wird.

<sup>17</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses v. 5.2.1985, BT-Drs. 10/2834, S. 28; zur Entstehungsgeschichte Wißgott, Verfassungsblog v. 15.11.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/neuwahlen-wahltermin-wahlvorbereitung/> (10.1.2025).

sicherheit hinsichtlich der Fristen und Termine der Wahlvorbereitung kann die Bundesinnenministerin allerdings nicht am Bundespräsidenten vorbei schaffen: Der Tatbestand der Ermächtigung zur Rechtsverordnung, § 52 Abs. 3 BWahlG, setzt voraus, dass der Bundespräsident den Bundestag bereits aufgelöst hat.<sup>18</sup>

Der Beginn der 60-Tage-Frist für eine Neuwahl nach Art. 39 Abs. 1 S. 4 GG wird in der Regel politisch so terminiert, dass der Bundespräsident einen Wahltag bestimmen kann, mit dem die 60 Tage für die Wahlvorbereitung ausgeschöpft und die Fristen eingehalten werden können. Sie wird so berechnet, dass das Fristende möglichst auf einen Sonntag oder gesetzlichen Feiertag fällt.

#### 4. Wahlsonntag

Neben der Zuständigkeit des Bundespräsidenten ist nämlich einfachrechtlich in § 16 S. 2 BWahlG festgelegt, dass die Wahl an einem Sonntag oder gesetzlichen Feiertag stattfinden muss.<sup>19</sup> Im internationalen Vergleich ist das keine Selbstverständlichkeit: In den USA finden die Präsidentschaftswahlen seit 1845 an einem Dienstag statt, in den Niederlanden wird an einem Mittwoch, in Großbritannien an einem Donnerstag gewählt.<sup>20</sup> In Deutschland gilt das „Sonntagswahlgebot“ seit der Weimarer Republik und war damals sogar als Verfassungsgebot (Art. 22 Abs. 1 S. 2 WRV) festgelegt. Im Norddeutschen Bund war der Antrag noch abgelehnt worden, aus Rücksicht auf die „arbeitenden Klassen“ einen Sonntag als Wahltag festzulegen.<sup>21</sup> Die Festlegung auf einen Sonntag oder bundesweiten gesetzlichen Feiertag soll möglichst vielen Wähler:innen die Teilnahme an der Urnenwahl ermöglichen.<sup>22</sup> Die vom Bundestag gebildete Kommission zur Reform des Wahlrechts empfiehlt in ihrem Bericht vom 15.5.2023, an der Durchführung der Wahl an einem Sonntag oder gesetzlichen Feiertag festzuhalten.<sup>23</sup>

Da die Festlegung von Feiertagen grundsätzlich Sache der Länder ist (Art. 30, 70 GG), kommt eine kurzfristige Einrichtung eines bundesweiten Wahl-Feiertags für den Wahltag nicht in Betracht. Die Zweckmäßigkeit eines solchen Wahl-Feiertages allein begründet noch keine Bundeskompetenz kraft Natur der Sache oder kraft Sachzusammenhang.

#### 5. Terminwahl

Aus dem Singular „Wahltag“ in § 16 BWahlG ergibt sich, dass die Wahl zum Deutschen Bundestag grundsätzlich als Terminwahl, d.h. an einem einzigen Tag, stattfindet.<sup>24</sup> An diesem Tag finden sich die Wähler:innen, dem „Leitbild der Urnenwahl“<sup>25</sup> entsprechend, im Wahllokal ein, um ihre Stimmen abzugeben. In anderen Staaten können die Wähler:innen an mehreren Tagen ihre Stimme im Wahllokal abgeben.<sup>26</sup> Auch in Deutschland erodiert der Charakter der Terminwahl durch einen steigenden

---

<sup>18</sup> *Wißgott*, Verfassungsblog v. 15.11.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/neuwahlen-wahltermin-wahlvorbereitung/> (10.1.2025).

<sup>19</sup> Siehe Übungsfrage VI. 2.

<sup>20</sup> Deutscher Bundestag, WD, Sonntag als Wahltag, WD 1 – 3000 – 167/14, S. 9.

<sup>21</sup> RT Norddeutscher Bund, Sten. Bericht, Sitzung v. 20.3.1869, S. 196 f.

<sup>22</sup> *Klein/Giegerich*, AöR 112 (1987), 544 (582).

<sup>23</sup> BT-Drs. 20/6400, S. 45 ff.

<sup>24</sup> Siehe Übungsfrage VI. 2.

<sup>25</sup> BVerfGE 134, 25 (32).

<sup>26</sup> In Indien findet die Parlamentswahl beispielsweise in mehreren Phasen über mehrere Wochen statt. Ausgezählt wird an einem einheitlichen Tag. Vgl. auch die Wahlen zum Europaparlament, für die die Mitgliedstaaten nach Art. 10 Abs. 1 EU-Direktwahlakt einen Termin im „Zeitraum von Donnerstagmorgen bis zu dem unmittelbar nachfolgenden Sonntag“ festlegen können.

Anteil von Wähler:innen, die ihre Stimmen per Briefwahl abgeben.<sup>27</sup> Die Briefwahl führt dazu, dass Wähler:innen mitunter Wochen vor dem Wahltag ihre Stimmzetteln abschicken. Dass sie dabei auf einem potenziell stark unterschiedlichen Stand des politischen (Tages-)Geschehens entscheiden, wirft Probleme mit Blick auf die Gleichheit der Wahl (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG) auf. Doch auch für die Briefwähler:innen ist der Wahltag entscheidend, denn ihre Stimmen müssen bis 18 Uhr am Wahltag eingegangen sein (§ 36 Abs. 1 S. 1 BWahlG).

## 6. Politisches Ermessen

Den Tag der Wahl legt der Bundespräsident in freiem politischem Ermessen fest.<sup>28</sup> Das bedeutet, dass der Bundespräsident zwar, wie sich aus Art. 20 Abs. 3, Art. 1 Abs. 3 GG und auch aus Art. 61 Abs. 1 S. 1 GG (Präsidentenanklage) ergibt, an Verfassung und auch an Gesetz gebunden ist.<sup>29</sup> Im Unterschied zum Ermessen von Verwaltungsbehörden (§ 114 VwGO, § 40 VwVfG) wird seine Entscheidung aber nicht auf Ermessensfehler überprüft. Sein Ermessen ist innerhalb der zeitlichen Grenzen, die Art. 39 Abs. 1 GG bestimmt, frei.

Bei der Terminierung der Wahl besteht durchaus ein berechtigtes Interesse an der Einbeziehung einer Vielzahl von Erwägungen, die allerdings angesichts des Charakters der Wahl als bundesweite Massenveranstaltung nicht alle berücksichtigt werden können. Dass die Entscheidung über den Wahltermin im freien politischen Ermessen des Bundespräsidenten liegt, entspricht seiner Rolle als Moderator des Übergangs zwischen zwei Wahlperioden im Fall der vorzeitigen Auflösung des Bundestags, die ebenfalls in seinem politischen Ermessen liegt (Art. 63 Abs. 4 S. 3 und Art. 68 Abs. 1 S. 1 GG).<sup>30</sup> Weder die Auflösung des Bundestags noch die Terminierung von Neuwahlen, sei es bei einem regelmäßigen oder vorgezogenen Ende der Wahlperiode, sollen allein den in den Wahlen konkurrierenden politischen Kräften überlassen sein. Auch im Fall einer regelmäßigen Neuwahl (Art. 39 Abs. 1 S. 1–3 GG) soll, wie der ehemalige Bundespräsident Herzog selbst kommentiert, die „wichtige Entscheidung“ über den Wahltag „in gewissem Sinne über den Parteienstreit erhoben werden“<sup>31</sup>. Aus diesem Grund liegt die Entscheidung über die Terminierung der Wahl weitgehend in der politischen Verantwortung des Bundespräsidenten.

### a) Verfassungsrechtlicher Zeitrahmen

Die zeitlichen Vorgaben des Art. 39 Abs. 1 S. 3 GG lassen für eine freie Ermessensentscheidung allerdings nur wenig Spielraum. Dies gilt verschärft, wenn der Bundestag vorzeitig aufgelöst wurde und innerhalb von 60 Tagen neu gewählt werden muss (Art. 39 Abs. 1 S. 4 GG i.V.m. Art. 68 Abs. 1 S. 1 GG oder i.V.m. Art. 63 Abs. 4 S. 3 GG).

Eine Abweichung vom verfassungsrechtlichen Zeitrahmen von Neuwahlen (Art. 39 Abs. 1 GG) ist nur im grundgesetzlich vorgesehenen Verteidigungsfall (Art. 115h GG) verfassungskonform.<sup>32</sup> Die

---

<sup>27</sup> Vgl. Anteil der Briefwählenden bei den Bundestagswahlen 1994 bis 2021 nach Ländern, Der Bundeswahlleiter, Wiesbaden 2022, abrufbar unter [https://www.bundeswahlleiterin.de/dam/jcr/46dbdeee-744b-4142-874c-f57501caf2ed/btw\\_1994bis2021\\_briefwahl.pdf](https://www.bundeswahlleiterin.de/dam/jcr/46dbdeee-744b-4142-874c-f57501caf2ed/btw_1994bis2021_briefwahl.pdf) (10.1.2025).

<sup>28</sup> Stern, Staatsrecht, Bd. 2, 1. Aufl. 1980, S. 259.

<sup>29</sup> Herzog, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 54. Lfg., Stand: Januar 2009, Art. 54 Rn. 73 ff.

<sup>30</sup> Herzog, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 54. Lfg., Stand: Januar 2009, Art. 54 Rn. 72.

<sup>31</sup> Herzog, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 54. Lfg., Stand: Januar 2009, Art. 54 Rn. 72.

<sup>32</sup> Dicke, in: Umbach/Clemens, Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar, Bd. 2, 2002, Art. 39 Rn. 27, schlägt vor, auch andere „unüberwindliche Hindernisse“ wie „übergesetzlicher Notstand, zB Naturereignisse, Seuchen, Streik, Unruhen, Bürgerkrieg“ wie einen Verteidigungsfall zu behandeln. Für Ereignisse mit begrenzter Reichweite steht auch die Möglichkeit der Nachwahl (§ 43 BWahlG) zur Verfügung.

Ansteckungsgefahr in der Corona-Pandemie war kein hinreichender Anlass, die Wahl in Abweichung von Art. 39 Abs. 1 S. 3 GG zu verschieben, denn im Herbst 2021 konnte durch Infektionsschutzkonzepte eine sichere Stimmabgabe im Wahllokal gewährleistet werden.<sup>33</sup> Dass durch das Wählen im Winter die Bedingungen für den Straßenwahlkampf nicht nur angesichts der Kälte, sondern auch der Dunkelheit, die vermehrte Angriffe auf Wahlkämpfer:innen befürchten lässt, erschwert werden, ist kein ausreichender Grund für die Durchbrechung des verfassungsrechtlichen Zeitrahmens. Gleiches gilt in Hinblick darauf, dass der Weg zum Wahllokal für ältere Personen aufgrund von durch Schnee oder Eis glatte Straßen besonders beschwerlich sein mag.

Die Fristen, die Art. 39 Abs. 1 GG festlegt, sind jeweils analog §§ 181 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB zu berechnen.<sup>34</sup>

#### b) Weitere Belange bei der Ermessensausübung

Die Terminierung der Wahl sollte so erfolgen, dass die Wahlbeteiligung möglichst hoch zu sein verspricht und die Wähler:innen nicht faktisch zur Briefwahl gedrängt werden. Dazu zählt, dass die Wahl nicht während der Schulferien stattfinden sollte. 1998 wurde die Festlegung des Wahlzeitraums in Art. 39 Abs. 1 S. 3 GG gerade mit dem Ziel geändert, zu vermeiden, dass der Wahltermin schrittweise in die Sommerferienzeit rutscht. Stattdessen findet die Wahl nach Vorstellung des Gesetzgebers im Idealfall zwischen Mitte Oktober und Mitte November statt.<sup>35</sup> In seine Ermessensentscheidung sollte der Bundespräsident auch bundesweite oder überregionale Großereignisse wie Sportweltmeisterschaften einbeziehen. Außerdem kann berücksichtigt werden, ob die Bundestagswahl am selben Tag wie andere Wahlen (Europa-, Landtags- oder Kommunalwahlen) oder auch Abstimmungen stattfinden soll. Eine gleichzeitige Durchführung ist grundsätzlich verfassungskonform<sup>36</sup> und muss mit den jeweils zuständigen Wahlorganen koordiniert werden.

Bei der Ermessensentscheidung spricht insbesondere der Wahlgrundsatz der Allgemeinheit dafür, eine möglichst hohe Wahlbeteiligung zu ermöglichen. Gleichzeitig sprechen die Grundsätze der Freiheit, Gleichheit, Geheimheit und Öffentlichkeit der Wahl, zusammengefasst auch im sogenannten „Leitbild der Urnenwahl“<sup>37</sup>, dafür, möglichst allen Wähler:innen die Wahlteilnahme an der Urne zu ermöglichen und sie nicht auf die Briefwahl zu verweisen. Wie der Bundespräsident diese Belange bei seiner Entscheidung für einen konkreten Wahltag berücksichtigt, ist seinem Ermessen überlassen.

Eine Verletzung der (Chancen-)Gleichheit der Kandidierenden und Wahlvorschlagsträger:innen (Art. 21 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG), der Gleichheit oder Allgemeinheit der Wahl (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG) durch die Bestimmung des Wahltags kommt nach herrschender Auslegung der Wahlgrundsätze in der Regel nicht in Betracht. Die Grundsätze werden so ausgelegt, dass sie allein eine formale Gleichheit garantieren.<sup>38</sup> Der Wahltermin gilt formal für alle gleich. Dass tatsächlich der Zugang zur Urnenwahl für einige Wähler:innen erschwert wird, wenn der Wahltermin beispielsweise in einigen Ländern in die Ferienzeit fällt, ist der streng formalen Betrachtung nach nicht beachtlich.

<sup>33</sup> Vgl. Deutscher Bundestag, WD, Verschiebung der Bundestagswahl, WD 3 – 3000 – 183/20, S. 8; *Michl*, JuS 2020, 643 (646 f.).

<sup>34</sup> *Seedorf*, in: Schreiber, BWahlG, Kommentar, 11. Aufl. 2021, § 16 Rn. 7. Siehe Übungsfälle VI. 1a und 1b.

<sup>35</sup> Begründung 46. ÄndG GG, BT-Drs. 13/9393, S. 4.

<sup>36</sup> *Weides*, in: FS Carstens, 1984, S. 933 (945); *Klein/Giegerich*, AöR 112 (1987), 544 (563 ff.); HmbVerfG NVwZ-RR 2007, 571 (572); VerFGH R-P NVwZ 1984, 574 (575); a.A. VGH BaWü NVwZ 1994, 1231 (1232).

<sup>37</sup> BVerfGE 134, 25 (32).

<sup>38</sup> BVerfGE 151, 1 (18); *Müller/Drossel*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 38 Rn. 63, 79 m.w.N.

Kritisch lässt sich fragen, ob die Unterscheidung danach, ob die rechtliche Regelung – hier die Anordnung des Wahltags durch den Bundespräsidenten – explizit und direkt eine Ungleichbehandlung vorsieht oder diese mittelbar durch die Auswahl eines Tages eintritt, an dem mit hoher Wahrscheinlichkeit aus (außerrechtlichen und anderen rechtlichen) Gründen ein großer Anteil der Wahlberechtigten sich nicht am Wohn- und damit Wahlort aufhält, mit Blick auf die Konsequenzen der Regelung nicht willkürlich ist.<sup>39</sup> Ein Argument für die Auslegung der Wahlgrundsätze als formale Gleichheitsmaßstäbe ist allerdings, dass im Massenverfahren Wahl nur beschränkt auf individuelle Situationen Rücksicht genommen werden kann.

Zwar trifft den Gesetzgeber grundsätzlich die Verpflichtung, für eine bestmögliche Sicherung und Gewährleistung der Wahlrechtsgrundsätze zu sorgen.<sup>40</sup> Doch auch der Gesetzgeber ist nach herrschender Meinung nicht durch die Allgemeinheit der Wahl (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG) dazu verpflichtet, Maßnahmen zu ergreifen, um jeder Wählerin die Teilnahme an der Wahl zu ermöglichen, die aus einem in ihrer Person oder in der Ausübung ihres Berufes liegenden Grunde freiwillig oder unfreiwillig ihr Wahlrecht nicht am Wahlort ausüben kann. Im Jahr 1961 hielt das BVerfG mit dieser Auslegung des Grundgesetzes daran fest, dass der Landesgesetzgeber nicht verpflichtet sei, die Möglichkeit der Stimmabgabe per Briefwahl einzuführen.<sup>41</sup> Strengere Maßstäbe können auch nicht für den Bundespräsidenten gelten, welcher die Entscheidung über den Wahltag in freiem politischen Ermessen trifft.

Die Festlegung des Wahltags ist nicht zuletzt wegen der Vielzahl einzustellender Erwägungen und Abwägungen zwischen Belangen eine Ermessensentscheidung des Bundespräsidenten. Ein Anspruch auf Berücksichtigung der Situation Einzelner oder von Umständen, die eine größere Gruppe (wegen eines für diese verallgemeinerbaren Kriteriums) betrifft, besteht nach herrschender Meinung nicht.

#### IV. Rechtsschutz

Die Bestimmung des Wahltags durch den Bundespräsidenten, die mit der Anordnung der Neuwahl einhergeht, ist laut BVerfG „als staatsorganisatorischer Akt mit Verfassungsfunktion“ in Art. 39 Abs. 1 und 2 GG vorausgesetzt.<sup>42</sup> Trotz der einfachrechtlichen Regelung der Zuständigkeit des Bundespräsidenten in § 16 BWahlG übt der Bundespräsident also nach Auffassung des BVerfG eine verfassungsrechtliche Kompetenz aus, wodurch ein Verfassungsrechtsverhältnis zu anderen Verfassungsorganen oder Teilen dieser begründet wird. Die Bestimmung des Wahltags ist daher ein tauglicher Gegenstand eines Organstreitverfahrens nach Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 13 Nr. 5 BVerfGG.<sup>43</sup>

Die Anordnung des Wahltags ist außerdem eine Maßnahme, die sich unmittelbar auf das Wahlverfahren bezieht und als solche nach Art. 41 GG, § 49 BWahlG, § 48 BVerfGG im Nachgang der Wahl im Wahlprüfungsverfahren angefochten werden kann. Im Gegensatz zu einem Organstreitverfahren kann eine Wahlprüfungsbeschwerde auch von einer wahlberechtigten Einzelperson angestrengt werden (§ 2 Abs. 2 WahlPrG; § 48 Abs. 1 S. 1 BVerfGG). Eine Verfassungsbeschwerde gegen die Anordnung des Wahltags dürfte hingegen regelmäßig unzulässig sein. Nicht nur ist das Wahlprüfungsverfahren vorrangig vor der Verfassungsbeschwerde.<sup>44</sup> Die Antragsbefugnis dürfte mangels individu-

<sup>39</sup> Formale Gleichbehandlung birgt außerdem stets ein Benachteiligungspotential, wenn in den Hintergrund gerät, dass der Gleichheitssatz auch gebietet, Ungleiches ungleich zu behandeln.

<sup>40</sup> BVerfGE 59, 119 (127) in Hinblick auf die Sicherung der Wahlrechtsgrundsätze bei der Briefwahl.

<sup>41</sup> BVerfGE 12, 139 (142); Müller/Drossel, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 38 Rn. 64; Morlok, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 70.

<sup>42</sup> BVerfGE 62, 1 (31); 114, 121 (146).

<sup>43</sup> Siehe Übungsfrage VI. 4.

<sup>44</sup> Str. Gegen eine Zulässigkeit BVerfG NVwZ 1994, 893; Seedorf, in: Schreiber, BWahlG, Kommentar, 11. Aufl. 2021, § 16 Rn. 10; a.A. wohl Lang, in: Höfling/Augsberg/Rixen, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3,

eller Betroffenheit in eigenen Grundrechten und fehlender subjektivrechtlicher Dimension der zeitlichen Festsetzung der Wahl in der Regel nicht hinreichend geltend gemacht werden können.<sup>45</sup>

Schließlich kann der Bundespräsident bei vorsätzlichen Verstößen gegen § 16 BWahlG oder Art. 39 GG vom Bundesrat oder Bundestag nach Art. 94 Abs. 1 Nr. 5 GG i.V.m. Art. 61 GG, §§ 13 Nr. 4, 49 ff. BVerfGG beim BVerfG angeklagt werden.

## V. Fazit

Die Festlegung des Wahltags ist eine politische Ermessensentscheidung des Bundespräsidenten in engem zeitlichen verfassungsrechtlichen Rahmen. Der Bundespräsident trägt für die Bestimmung des Wahltags die politische Verantwortung. Praktisch wird die Terminierung der Wahl zwischen Bundesregierung und Bundespräsident ausgehandelt. Die Aufgabe des Bundespräsidenten ist es, bei der Wahltagbestimmung gegenüber den politischen Interessen der Regierungsfractionen (und möglicherweise auch der größten Oppositionsfraction<sup>46</sup>) nicht nur die Einhaltung der Periodizität der Wahl (Art. 39 Abs. 1 GG) sicherzustellen, sondern auch auf die Ermöglichung einer möglichst großen Wahlbeteiligung und einer ordnungsgemäßen Wahlorganisation zu achten.

Die Anordnung des Wahltags steht wie andere Fragen der Wahlorganisation grundsätzlich eher im Schatten anderer staatsorganisationsrechtlicher Prüfungsgegenstände. Der Aktualitätsbezug der rechtlichen Fragen der Anordnung des Wahltags könnte dies ändern. Sie bieten sich als Gegenstand des Rechtsgesprächs in mündlichen Prüfungen an. An der Kompetenz zur Bestimmung des Wahltags lässt sich auch die Stellung des Bundespräsidenten im Verfassungsgefüge diskutieren.

## VI. Übungsfragen

Die folgenden Übungsfragen sollen die Verinnerlichung des Stoffs unterstützen:

*Frage 1a:* Der Bundestag hat sich am 26.10.2021 konstituiert. Als sich die Wahlperiode ihrem regelmäßigen Ende zuneigt, bestimmt die Bundespräsidentin als Wahltermin den 26.10.2025. Die Anordnung wird von Bundeskanzlerin und Bundesinnenministerin gegengezeichnet und ordnungsgemäß verkündet. Hat die Bundespräsidentin den Wahltag verfassungs- und rechtskonform festgelegt?

Der Wahltermin muss i.R.v. Art. 39 Abs. 1 S. 3 GG liegen: Die Neuwahl findet frühestens sechsundvierzig, spätestens achtundvierzig Monate nach Beginn der Wahlperiode statt. Die Frist beginnt mit der Konstituierung des Bundestages (Schluss aus Art. 39 Abs. 1 S. 2 GG). Die Frist, innerhalb derer der Wahltag liegen muss, beginnt also analog § 187 Abs. 1 BGB am 26.10.2021. Die nach Monaten bestimmte Frist des Art. 39 Abs. 1 S. 3 GG endet nach § 188 Abs. 2 BGB analog mit Ablauf des 26. des letzten Monats der Frist, dem 48. Monat nach der Konstituierung des Bundestags. Der 26.10.2025 liegt gerade noch in der Frist des Art. 39 Abs. 1 S. 3 GG.

Der 26.10.2025 ist ein Sonntag. Damit ist § 16 S. 2 BWahlG eingehalten.

---

2023, Art. 39 Rn. 35; *Schreiber/Schnapauff*, AöR 109 (1984), 369 (415), halten eine Verletzung des aktiven Wahlrechts von Minderjährigen an der Schwelle zur Volljährigkeit für möglich, die durch die verfassungswidrige Terminierung von der Wahl ausgeschlossen werden.

<sup>45</sup> Siehe Übungsfrage VI. 5.

<sup>46</sup> Bundestagswahl: Steinmeier signalisiert Zustimmung zu 23. Februar als Neuwahl-Termin, tagesschau v. 12.11.2024, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/inland/regional/brandenburg/rbb-bundestagswahl-neuwahlen-sollen-am-23-februar-stattfinden-100.html> (10.1.2025).

*Frage 1b:* Wie oben, allerdings legt die Bundespräsidentin den Wahltag auf den 24.8.2025.

Frühestens darf die Neuwahl nach Art. 39 Abs. 1 S. 3 GG 46 Monate nach Beginn der Wahlperiode stattfinden. Nach §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB berechnet liegt der 24.8.2025 *im* 46. Monat der Wahlperiode. Der Wahltermin liegt zu früh.

*Frage 2:* Um mehr Wähler:innen die Wahl an der Urne zu ermöglichen, wird § 16 BWahlG dahin geändert, dass die Wahl an drei aufeinanderfolgenden Tagen, und zwar Freitag bis Sonntag, stattfindet.

Dass die Wahl an einem Sonntags- bzw. Feiertag stattfinden muss, ist kein Verfassungsgebot, kann also durch ein Parlamentsgesetz geändert werden. Gegen eine Ausdehnung des Wahlzeitraums steht die Gleichheit der Wahl (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG), die gebietet, dass die Wähler:innen auf potentiell gleicher Informationsbasis ihre Stimmentscheidung treffen können. Die Wahl an drei Tagen durchzuführen, erhöht außerdem das Risiko von Manipulationen der Wahl: Die Urnen und Stimmzettel müssen gesichert gelagert werden. Auch die Öffentlichkeit der Wahl (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG), die die Kontrollierbarkeit und Nachvollziehbarkeit während der gesamten Wahlhandlung gebietet, ist kaum durchgehend sicherzustellen. Zudem entfällt die integrative Funktion einer synchronisiert an einem Tag stattfindenden Wahl. Schließlich erhöht die Streckung des Wahltags den Organisationsaufwand signifikant. Ausreichend Wahlhelfer:innen zu rekrutieren, stellt schon jetzt die Wahlorgane vor Herausforderungen. Beeinträchtigungen der Wahlgrundsätze können insbesondere gerechtfertigt werden, wenn sie der Verwirklichung eines anderen Wahlgrundsatzes dienen. Eine hohe Wahlbeteiligung fördert die Allgemeinheit der Wahl. In dieser Hinsicht überschneidet sich die Zielsetzung mit der Zulassung der Briefwahl (§ 14 Abs. 3 lit. b BWahlG), bei der die Ausdehnung des Wahlzeitraums auf einige Wochen hingenommen wird.<sup>47</sup> Es ist Sache des Gesetzgebers, die kollidierenden Grundentscheidungen in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Nach den Maßstäben, die das BVerfG an die Briefwahl anlegt<sup>48</sup>, würde die Ausdehnung des Wahltags keine unverhältnismäßige Einschränkung der Gleichheit, Geheimheit und Öffentlichkeit der Wahl (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG) darstellen.

*Frage 3a:* Bundeskanzlerin K hat entschieden, die Vertrauensfrage (Art. 68 GG) zu stellen. Aus politischen Gründen will sie dies erst in ein paar Wochen tun. Oppositionsführerin O wendet ein, dass K damit die Kompetenzordnung des Grundgesetzes missachte, nach der die Bundespräsidentin den Wahltag bestimmt. Indem K sich den Zeitpunkt der Vertrauensfrage frei aussuche, bestimme sie auch, wann die Neuwahl stattfindet.

In der Tat beeinflusst K mit der Terminierung der Vertrauensfrage den Wahltermin. Durch die Abstimmung des Bundestags über die Vertrauensfrage, die frühestens 48 Stunden nach dieser stattfinden darf (Art. 48 Abs. 2 GG), wird eine Frist von 21 Tagen ausgelöst, innerhalb derer die Bundespräsidentin den Bundestag auflösen muss, sollte sie sich (im freien politischen Ermessen) dazu entscheiden. Die Auflösung des Bundestages löst wiederum die 60-Tage-Frist des Art. 39 Abs. 1 S. 4 GG aus. Die Vertrauensfrage ist ein rechtlich abgesichertes politisches Vorrecht der Bundeskanzlerin, die dieses nach politischem Kalkül ausübt. So ist es grundsätzlich ihrem Ermessen überlassen, einzuschätzen,

<sup>47</sup> LVerfG Sachsen-Anhalt BeckRS 2021, 9643 Rn. 57; ebenso StGH Bremen NVwZ-RR 2023, 748 (751 Rn. 50). Kritisch dazu Böttner/Mittrop, NVwZ 2023, 1306 (1307 f.).

<sup>48</sup> BVerfGE 134, 25 (30).

ob und wann die Handlungsfähigkeit der parlamentarisch verankerten Bundesregierung verloren ist, also eine politische Lage der Instabilität vorliegt. Dadurch, dass die Vertrauensfrage eine solche politische Lage der Instabilität voraussetzt<sup>49</sup> und das BVerfG die Einschätzung dieser durch die Bundeskanzlerin auch (mit zurückgenommen Prüfungsmaßstab) überprüft, ist die Vertrauensfrage nach Art. 68 GG kein Instrument, mit dem sich eine Kanzlerin mit einer Regierungsmehrheit im Parlament einen neuen, für sich selbst vorteilhaften Wahltermin aussuchen kann – zumal ein solcher kaum vorhergesehen werden kann.<sup>50</sup> Die Auflösung nach Art. 68 GG erfordert außerdem die Mitwirkung von Bundeskanzlerin, Bundestag und Bundespräsidentin. Die Entscheidung über den Versuch, per Vertrauensfrage eine Neuwahl herbeizuführen, ist also eine zwar verfassungsrechtlich eingerahmte, aber vor allem politisch geprägte Entscheidung. Dass sich dabei die Fraktionsführungen der Regierungskoalitionen und der größten Oppositionsfraktion<sup>51</sup> über den Termin der Vertrauensfrage und damit über den Termin der Neuwahl als Teil einer Verständigung einigen, die die Handlungsfähigkeit des Parlaments in der Übergangszeit sicherstellen soll, ist verfassungsrechtlich nicht verboten. Die Bundespräsidentin tritt erst nach der politischen Entscheidung über Vertrauensfrage und Abstimmung über diese auf den Plan, um den Wahltag in Abstimmung mit der Bundesregierung (vgl. Gegenzeichnungspflicht<sup>52</sup>) zu bestimmen (§ 16 BWahlG).

*Frage 3b:* Kann die Bundespräsidentin schon bevor die Bundeskanzlerin die Vertrauensfrage gestellt und insbesondere der Bundestag darüber entschieden hat, (vorsorglich) einen Wahltag anordnen?

Erst die Auflösung des Bundestags aktiviert die Kompetenz der Bundespräsidentin, den Wahltag anzuordnen. Das ergibt sich aus der Konditionalformulierung „Findet ein Antrag des Bundeskanzlers, ihm das Vertrauen auszusprechen, nicht die Zustimmung der Mehrheit der Mitglieder des Bundestags, so kann der Bundespräsident [...] den Bundestag auflösen.“ (Art. 68 Abs. 1 S. 1 GG). Eine politische Einigung über den Wahltag schon vor der Auflösung des Bundestags kann die Wahlvorbereitung erleichtern; rechtsförmig kann der Wahltag allerdings erst nach der Auflösung des Bundestages bestimmt werden.

*Frage 4:* Abgeordnete A ist Mitglied des Bundestags. Die Bundespräsidentin legt die Wahl auf einen Termin noch vor Ablauf des 46. Monats der Wahlperiode. Kann A dagegen gerichtlich vorgehen?

Da es sich bei der Bestimmung des Wahltags um einen staatsorganisatorischen Akt handelt,<sup>53</sup> kann die Anordnung des Wahltags ein Verfassungsrechtsverhältnis zwischen der Bundespräsidentin und anderen Verfassungsorganen oder Teilen dieser begründen. A ist als Abgeordnete im Organstreit antragsfähig, die Bundespräsidentin ist eine taugliche Antragsgegnerin (Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 63 BVerfGG). A müsste die Möglichkeit der Verletzung eigener Rechte hinreichend geltend machen können, um antragsbefugt zu sein (§ 64 Abs. 1 BVerfGG). In Betracht kommt eine Beeinträchtigung des Abgeordnetenstatus (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG). Die zeitliche Festlegung der Wahlperiode auf vier Jahre

<sup>49</sup> Diese Voraussetzung hat das BVerfG herausgearbeitet: BVerfGE 62, 1 (42 f.); 114, 121 (162 ff.); Herzog, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 53. Lfg., Stand: Oktober 2008, Art. 68 Rn. 24.

<sup>50</sup> BVerfGE 62, 1 (86).

<sup>51</sup> Bundestagswahl: Steinmeier signalisiert Zustimmung zu 23. Februar als Neuwahl-Termin, tagesschau v. 12.11.2024, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/inland/regional/brandenburg/rbb-bundestagswahl-neuwahlen-sollen-am-23-februar-stattfinden-100.html> (10.1.2025).

<sup>52</sup> Siehe III. 1.

<sup>53</sup> Siehe III. 1.

durch Art. 39 Abs. 1 S. 1 GG sichert nicht nur das zentrale demokratische Prinzip der zeitlichen Begrenzung von Herrschaft, sondern soll auch dem neugewählten Parlament einen hinreichenden Zeitraum zur Erfüllung der eigenen Ziele und Aufgaben zur Verfügung stellen. Der Abgeordnetenstatus gewährleistet die Teilhabe an der Aufgabenerfüllung des Bundestages. Die Verkürzung der Wahlperiode durch die Terminierung der Wahl greift in den Abgeordnetenstatus ein. Der Organstreitantrag der A ist also zulässig, vorausgesetzt die anderen Zulässigkeitsvoraussetzungen (Rechtsschutzinteresse, Form und Frist, § 64 Abs. 2 und 3 BVerfGG) sind auch erfüllt.

*Frage 5:* B wurde am 24.2.2007 geboren. Sie will als Einzelbewerberin bei der Bundestagswahl antreten. Sie hat alle nötigen Unterschriften für ihre Kandidatur gesammelt (§ 20 Abs. 3 BWahlG), doch der Kreiswahlausschuss lässt sie nach § 26 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BWahlG nicht zur Wahl zu, weil sie bei der Bundestagswahl am 23.2.2024 nach Art. 38 Abs. 2 Hs. 2 GG nicht passiv wahlberechtigt ist. Kann B gegen die Bestimmung des Wahltermins durch die Bundespräsidentin gerichtlich vorgehen?

Zwar gehört Art. 38 Abs. 2 GG (passives Wahlrecht) zu den explizit in Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG aufgelisteten grundrechtsgleichen Rechten. Seine Verletzung kann daher grundsätzlich in einer Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht gerügt werden. Allerdings ist eine Verletzung hier von vornherein ausgeschlossen. Die Bundespräsidentin kann bei der Festlegung des Wahltags schon aus praktischen Gründen nicht daran gebunden sein, den Wahltag nach dem Eintritt des passiven Wahlrechts jeder Person auszurichten. Ob die Voraussetzungen der passiven Wahlberechtigung am Wahltag eingetreten sind, ist aus Perspektive der Einzelnen immer zufällig. Es bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei der Altersfestlegung in Art. 38 Abs. 2 Hs. 2 GG um einen Fall der umstrittenen Figur des „verfassungswidrigen Verfassungsrechts“ handelt. B ist schon nicht antragsbefugt (§ 64 Abs. 1 BVerfGG). Dass eine Verfassungsbeschwerde außerdem nur ausnahmsweise zulässig ist, wenn auch eine Wahlprüfungsbeschwerde statthaft ist (str.), muss nicht mehr thematisiert werden.<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> Siehe IV.

# Gewahrsam von Sterbenden und Strafbarkeit wegen Diebstahls und Raubes

Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam\*

Der Text behandelt die Probleme, die in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal „Wegnahme“ entstehen, wenn der Gewahrsamsinhaber bewusstlos ist und schließlich stirbt.

<b>I. Einleitung</b> .....	<b>51</b>
<b>II. Der Begriff „Wegnahme“</b> .....	<b>52</b>
1. Definition .....	52
2. Übergabe statt Wegnahme .....	52
3. Tatbestandsausschließendes Einverständnis .....	53
<b>III. Problematische Gewahrsamsinhaber</b> .....	<b>54</b>
1. Abwesende .....	54
2. Schlafende .....	55
3. Bewusstlose und Sterbende .....	56
a) Unmöglichkeit der Wegnahme .....	56
b) Herbeiführung der Bewusstlosigkeit als Beginn der Wegnahme .....	57
c) Gewahrsam Dritter .....	59
d) Fortbestand des Gewahrsams während der Bewusstlosigkeit .....	60
<b>IV. Räuberische Erpressung</b> .....	<b>62</b>
<b>V. Schluss</b> .....	<b>63</b>

## I. Einleitung

Gewaltkriminalität ist naturgemäß häufig mit dem Tod von Menschen verbunden. Zu den Gewaltdelikten gehört unter anderem der Raub (§ 249 StGB). Nicht selten findet bei einem brutalen Raubüberfall das Opfer der Gewalttätigkeit den Tod. Ergreifen die Täter erst danach bewegliche Sachen, die dem Opfer oder einem Dritten – nach dem Tod des Eigentümers dessen Erben (§ 1922 BGB) – gehören, stellt sich die Frage, ob diese Handlung noch eine „Wegnahme“ sein kann. Der bereits eingetretene Todeserfolg oder die ihm vorausgehende Bewusstlosigkeit des Opfers könnten dem entgegenstehen. Der *Verfasser* dieses Beitrags hatte vor kurzem Bearbeitungen eines Strafrechtsfalles zu begutachten, in dem der Täter mit einem Baseballschläger dem Opfer einen tödlichen Schlag auf den Kopf verpasst und danach bewegliche Sachen des Bewusstlosen an sich genommen hatte. Nicht wenige Bearbeiter behandelten als Problem die Gewahrsamslage im Stadium der Bewusstlosigkeit, aus der das Opfer nicht mehr aufwachte. Ob dies wirklich ein Problem ist, erscheint zweifelhaft.

\* Der *Autor* ist emeritierter Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam.

Bestätigt doch die Existenz des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB und des § 251 StGB, dass im Ergebnis Gewahrsamslosigkeit der Sachen auf Grund der geschwächten physischen Verfassung ihres Inhabers nicht richtig sein kann. Dennoch bedarf im strafrechtlichen Gutachten natürlich einer präzisen Begründung die Behauptung, dass trotz Bewusstlosigkeit oder gar Tod des bisherigen Gewahrsamsinhabers fremder Gewahrsam gebrochen und somit Sachen weggenommen wurden.

## II. Der Begriff „Wegnahme“

### 1. Definition

„Wegnahme“ wird im Strafrecht definiert als Bruch fremden und Begründung neuen – nicht notwendig tätereigenen – Gewahrsams.<sup>1</sup> Gewahrsam ist tatsächliche Sachherrschaft, begleitet von einem Herrschaftswillen und konform zur „Verkehrsanschauung“.<sup>2</sup> Bruch des Gewahrsams ist die Aufhebung des bestehenden Herrschaftsverhältnisses ohne herrschaftsbeendende aktive Mitwirkung des betroffenen Gewahrsamsinhabers und ohne Einverständnis des Gewahrsamsinhabers.<sup>3</sup> Diese Definitionen liegen den Diebstahlstatbeständen (§§ 242 ff. StGB) und den Raubtatbeständen (§§ 249 ff. StGB) gleichermaßen zugrunde.<sup>4</sup> Besonderheiten der Wegnahme bei einem Raub betreffen nicht die Definition, sondern die Subsumtion des Sachverhalts unter die Definition.<sup>5</sup> Da im typischen Fall eines Raubes der Gewahrsamsinhaber unmittelbar in den Tathergang involviert ist (als Opfer der Gewalt oder Drohung), kann möglicherweise seine Anwesenheit oder gar aktive Mitwirkung dem positiven Subsumtionsergebnis („T hat weggenommen“) entgegenstehen. Häufig findet dann ein Übergang der Strafbarkeitsprüfung vom Raub zur räuberischen Erpressung (§§ 253, 255 StGB) statt.<sup>6</sup>

### 2. Übergabe statt Wegnahme

Zu unterscheiden sind zwei Arten der Opfermitwirkung: Übergabe und Einverständnis. In den typischen Fällen der „Übergabe“ der Sache wird das bestehende Herrschaftsverhältnis nicht durch eine Handlung des Täters aufgehoben, sondern durch eine Handlung des Opfers. Der Gewahrsamsinhaber selbst beendet seinen Gewahrsam, indem er die Sache aus seinem Herrschaftsverhältnis

---

<sup>1</sup> Eisele, Strafrecht – Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 25; Gropp, JuS 1999, 1041 (1042); Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 13 Rn. 37; Hellmann, in: Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 19. Aufl. 2024, Rn. 14; Hilgendorf/Valerius, Strafrecht, Besonderer Teil II, 3. Aufl. 2024, § 2 Rn. 21; Klescowski, Strafrecht, Besonderer Teil, 2016, § 8 Rn. 85; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 22; Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil II, 3. Aufl. 2023, § 2 Rn. 19; Schramm, JuS 2008, 678 (680); Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 87.

<sup>2</sup> Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 13 Rn. 38; Eisele, Strafrecht – Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 27; Hilgendorf/Valerius, Strafrecht, Besonderer Teil II, 3. Aufl. 2024, § 2 Rn. 22; Hellmann, in: Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 19. Aufl. 2024, Rn. 15; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 23; Valerius/Ruppert, Examenskurs Strafrecht, 2023, § 16 Rn. 22.

<sup>3</sup> Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 64; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 120.

<sup>4</sup> Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 17 Rn. 5; Ceffinato, Strafrecht BT/2, 2. Aufl. 2022, Rn. 111; Eisele, Strafrecht – Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 303; Hilgendorf/Valerius, Strafrecht, Besonderer Teil II, 3. Aufl. 2024, § 14 Rn. 7; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 7 Rn. 1; Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil II, 3. Aufl. 2023, § 4 Rn. 12; Valerius/Ruppert, Examenskurs Strafrecht, § 17 Rn. 6.

<sup>5</sup> Instruktiv Klescowski, Strafrecht, Besonderer Teil, 2016, § 8 Rn. 185.

<sup>6</sup> Arzt, Die Strafrechtssklausur, 7. Aufl. 2006, S. 53.

entlässt.<sup>7</sup> Die Sache wird dann entweder – vorübergehend – gewahrsamslos oder es wird neuer Gewahrsam des Täters oder eines Dritten begründet. Was der Täter anschließend in Bezug auf die Sache tut, kann folglich kein Bruch fremden Gewahrsams und keine Wegnahme sein. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Übergabe der Sache ein Umstand ist, der zum Tatbestand der räuberischen Erpressung (§§ 253, 255 StGB) gehört. Die Verneinung der Wegnahme hängt nicht davon ab, dass die Gewahrsamsverschiebung eine „Vermögensverfügung“ und ihre Erwirkung seitens des Täters eine Erpressung ist. Gleichwohl muss man bei der Prüfung des Raubtatbestandes in Fällen der Sachübergabe darauf achten, dass diesem Gebe-Akt eine Handlung des Täters vorausgegangen sein kann, durch die der Gewahrsamsinhaber zur Übergabe veranlasst wurde. Beim Raub erfordert der Gesetzeswortlaut (§ 249 Abs. 1 StGB) eine gegen die Person des Gewahrsamsinhabers<sup>8</sup> gerichtete Gewalt oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben. Der genötigte Gewahrsamsinhaber befindet sich also bei der selbstschädigenden Herausgabe der Sache in der Situation eines „Werkzeugs“ im Sinne der mittelbaren Täterschaft, § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB.<sup>9</sup> Das „Geben“ seitens des Gewahrsamsinhabers ist dann letztlich doch ein „Nehmen“ seitens des Täters: Wegnahme in mittelbarer Täterschaft. Der zweite Gesichtspunkt, der bei Übergabevorgängen Berücksichtigung verdient, ist die Reichweite der vom Gewahrsamsinhaber vollzogenen Gewahrsamsverschiebung. Hat diese noch nicht zu einer vollständigen Aufhebung des bisherigen Gewahrsams geführt, ist dieser Gewahrsam nur „gelockert“. Der „Gewahrsamsrest“, der dem Gewahrsamsinhaber verblieben ist, reicht aus als Objekt einer Wegnahmehandlung des Täters. Greift nun der Täter auf die Sache zu, „vergreift“ er sich an einem immer noch existierenden fremden Gewahrsam. Er bricht diesen und erfüllt dadurch und durch die Begründung neuen Gewahrsams das Tatbestandsmerkmal „Wegnahme“.<sup>10</sup>

### 3. Tatbestandsausschließendes Einverständnis

Die zweite Art von Opferverhalten, das Einfluss auf die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Wegnahme“ durch den Täter haben kann, ist das Einverständnis.<sup>11</sup> Die Wegnahme ist ein Begriff mit Willensbruchskomponente. Denn der „Bruch“ des Gewahrsams bedeutet Aufhebung des Gewahrsams gegen den tatsächlichen oder vermuteten Willen des Gewahrsamsinhabers. Hat der Gewahrsamsinhaber also eine die Aufhebung seiner Sachherrschaft befürwortende Willenshaltung, wird sein Gewahrsam nicht gebrochen. Anders als die rechtfertigende Einwilligung braucht das Einverständnis nicht kundgetan zu werden. Ausreichend ist das „innere“ Einverständnis. In der Fallbearbeitung wird häufig das Einverständnis verwechselt mit der oben (2.) skizzierten „Übergabe“ der Sache. Beide – Übergabe und Einverständnis – schließen einen Gewahrsamsbruch aus. Beide stehen der Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Wegnahme“ entgegen. Aber Übergabe der Sache durch

<sup>7</sup> Zu unterscheiden ist die bloße Aufhebung des eigenen Gewahrsamsbeziehung von der Aufgabe der Rechtsstellung als Eigentümer, die durch eine „Dereliktion“ erfolgt, § 959 BGB. In diesem Fall verliert die Sache bereits ihre Eigenschaft „fremd“. Allgemein zum Unterschied zwischen Eigentum und Gewahrsam *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 90

<sup>8</sup> Der Raubtatbestand kann auch durch Gewalt gegen einen Dritten, der als Nothelfer für den Gewahrsamsinhaber Widerstand gegen die Wegnahme leistet, erfüllt werden.

<sup>9</sup> Allgemein zur Begründung der mittelbaren Täterschaft durch „Nötigung zur Selbstschädigung“, *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 25 Rn. 68 ff.

<sup>10</sup> *Eisele*, Strafrecht – Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 46.

<sup>11</sup> *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 13 Rn. 53; *Ceffinato*, Strafrecht BT/2, 2. Aufl. 2022, Rn. 14; *Eisele*, Strafrecht – Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 51; *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 3. Aufl. 2024, § 2 Rn. 41; *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 242 Rn. 41; *Mitsch*, Strafrecht in der Examensklausur, 2022, § 2 Rn. 143; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 64; *Valerius/Ruppert*, Examenskurs Strafrecht, 2023, § 16 Rn. 36.

den Gewahrsamsinhaber und Einverständnis des Gewahrsamsinhabers sind nicht dasselbe. Wechselt der Gewahrsam an der Sache seinen Inhaber infolge einer „Übergabe“, fehlt es schon an einem Täterhandeln, auf das sich das Einverständnis des Gewahrsamsinhabers beziehen könnte. Dessen eigenes Handeln hebt die Sachherrschaft auf. Ergreift der Täter die Sache, nachdem der Gewahrsamsinhaber sie herausgegeben hat, ist dieses Handeln des Täters auch ohne Einverständnis des ehemaligen Gewahrsamsinhabers keine Wegnahme. Das Einverständnis des Gewahrsamsinhabers entfaltet tatbestandsausschließende Wirkung also nur, wenn es sich auf eine Handlung des Täters bezieht, mit der dieser die Sachherrschaft des bisherigen Gewahrsamsinhabers aufhebt. Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn der Gewahrsamsinhaber zunächst durch eine Handlung seinen eigenen Gewahrsam „gelockert“ hat und anschließend der Täter durch Ergreifen der Sache den Gewahrsam mit Einverständnis des bisherigen Gewahrsamsinhabers aufhebt.

*Beispiel:* Im Schuhgeschäft probiert Kunde T ein paar Schuhe an. Da ihm diese Schuhe gut gefallen, sagt er zur Verkäuferin V: „Die nehme ich. Ich behalte sie gleich an“. Anschließend bezahlt T die Schuhe und verlässt den Laden.

Da T im Einvernehmen mit V die Schuhe nur zum Probieren angezogen hat, ist hier keine „Gewahrsamsenklaue“ entstanden, durch die T bereits vor Verlassen des Geschäfts neuer Inhaber des Gewahrsams an den Schuhen geworden wäre. Selbst wenn T insgeheim vorgehabt hätte, das Geschäft mit den Schuhen ohne Bezahlung zu verlassen, wäre der Gewahrsam der V nur „gelockert“. Der Gewahrsamsübergang auf T fand erst statt, als T den Laden mit den Schuhen verließ. Dies geschah mit Einverständnis der V.<sup>12</sup> Daher hat T den Gewahrsam nicht gebrochen.<sup>13</sup>

### III. Problematische Gewahrsamsinhaber

#### 1. Abwesende

Großer räumlicher Abstand zur Sache erschwert oder verunmöglicht die tatsächliche Ausübung der Sachherrschaft, während und solange diese räumliche Trennung besteht. Gleichwohl zweifelt niemand daran, dass es ein – gem. § 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB qualifizierter – Diebstahl ist, wenn Täter in ein Wohnhaus eindringen und Sachen entwenden, während die Bewohner und Eigentümer auf Urlaubsreise sind und am Strand in der Sonne liegen.<sup>14</sup> Möglich ist das nur, wenn die Urlauber trotz der großen Distanz, die zwischen ihrem aktuellen Aufenthaltsort und ihrem Heim liegt, Gewahrsam an den von den Tätern entwendeten Sachen haben. Dies wird zu Recht allgemein angenommen.<sup>15</sup> Die räumliche Entfernung, die einer wirklichen Ausübung der Sachherrschaft entgegensteht, ist unschädlich und bewirkt nur eine Gewahrsamslockerung.<sup>16</sup> Verneinung des Gewahrsams widerspräche

<sup>12</sup> Dieses Einverständnis wird dem Geschäftsinhaber – der zumindest übergeordneten Mitgewahrsam hat – zugerechnet.

<sup>13</sup> Zudem waren die Schuhe nach Bezahlung an der Kasse auch nicht mehr „fremd“, § 929 S. 2 BGB.

<sup>14</sup> Eisele, *Strafrecht – Besonderer Teil II*, 6. Aufl. 2021, Rn. 27; Fahl, *Jura* 1998, 456 (458); Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 242 Rn. 37.

<sup>15</sup> Glandien, *JR* 2019, 60 (62); Gropp, *JuS* 1999, 1041 (1042); Rengier, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 28; Vogel/Brodowski, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 242 Rn. 64.

<sup>16</sup> Bosch, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 26; Vogel/Brodowski, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 242 Rn. 64.

der „Verkehrsanschauung“.<sup>17</sup> Denn müsste der Gewahrsamsinhaber immer in der Nähe der Sache sein, um Gewahrsam an ihr zu haben, verlöre der Diebstahlstatbestand erheblich an praktischer Bedeutung, weil die Wegnahme dann sehr oft nur unter den Bedingungen des Raubtatbestandes vollzogen werden könnte. Sachentwendung zum Nachteil abwesender Eigentümer wäre hingegen kein Diebstahl, sondern „nur“ Unterschlagung. § 242 StGB würde von § 249 StGB und § 246 StGB verdrängt werden. Die tatsächliche physische Anwesenheit des Gewahrsamsinhabers als Fundament der Sachherrschaft muss also ersetzt werden durch räumliche Einrichtungen, die zum einen physischen Schutz gegen Abhandenkommen bieten und zum anderen ein deutliches Signal geben, dass die beweglichen Sachen in dieser räumlichen Sphäre der Herrschaft einer Person unterliegen, auch wenn diese gerade nicht anwesend ist. Betrachtete man den Gewahrsam enger, mehr physisch und weniger normativ, hätte dies die sozial unerwünschte Konsequenz, dass das Haben vieler Sachen die Entfaltungsfreiheit ihres Inhabers nicht erweitert<sup>18</sup>, sondern umgekehrt verengt. Denn um den strafrechtlichen Schutz des § 242 StGB nicht zu verlieren,<sup>19</sup> dürfte der Inhaber sich nie von seinen Sachen entfernen. Er könnte also letztendlich überhaupt nicht auf Reisen gehen oder müsste alles mitnehmen, sich übermäßig mit Gepäck belasten. Weder der Begriff „Wegnahme“ noch der Begriff „Gewahrsam“ – den es im Text des StGB seit der Neufassung des § 246 durch das 6. Strafrechtsreformgesetz von 1998 ohnehin nicht mehr gibt<sup>20</sup> – zwingen zu solchen Konsequenzen. „Gewahrsam“ ist ein funktionaler Begriff, der von der Rechtsgemeinschaft modelliert werden kann, damit Normen, deren Bestandteil er ist, interessengerecht „funktionieren“. <sup>21</sup> Was „Gewahrsam“ ist, gibt nicht die Natur vor, sondern legen die „Rechtsgenossen“, vertreten durch ihre Gerichte und die am strafrechtswissenschaftlichen Diskurs Beteiligten, fest.<sup>22</sup> Dass man einen Begriff „Wegnahme“ auch ohne „Gewahrsams“-Komponente konstruieren kann, belegt die h.M. zu § 289 StGB.<sup>23</sup> Nichts hindert also den Gesetzgeber daran, zu bestimmen, dass die Entwendung von Sachen aus einem Haus, deren Bewohner sich zur Zeit der Tat auf der gegenüberliegenden Hälfte der Erdkugel aufhalten, Diebstahl ist. Wenn dies nicht explizit mit vielen Worten im Gesetzestext verankert wird, sondern lediglich das Handlungsmerkmal „Wegnahme“ die richtige Strafrechtsanwendung in allen Fällen gewährleisten soll, muss es durch Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals erreicht werden. Das haben Rechtsprechung und Strafrechtswissenschaft für viele Tatkonstellationen geleistet.

## 2. Schlafende

Ist der Gewahrsamsinhaber abwesend, spielt es keine Rolle, ob er zur Zeit der Tat wach ist oder schläft. So oder so kann er aus der Ferne seinen Gewahrsam nicht verteidigen. Gleichwohl ist er Gewahrsamsinhaber und Opfer eines Gewahrsamsbruchs, auch während des Schlafs. Schon deshalb würde es nicht einleuchten, wenn die Beurteilung eines zur Tatzeit in unmittelbarer Nähe der tatgegen-

---

<sup>17</sup> Hilgendorf/Valerius, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 3. Aufl. 2024, § 2 Rn. 25; Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 27; Wessels/Hillenkamp/Schuh, *Strafrecht*, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 88.

<sup>18</sup> „Klassisch“ das geflügelte Wort von Gunther Arzt, wonach „Sachwerte geronnene Freiheit“ sind; vgl. jetzt in Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, *Strafrecht*, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 11 Rn. 1.

<sup>19</sup> Zwar bliebe noch der Schutz des § 246 StGB. Aber dieser Tatbestand ist schon auf der Grundtatbestandsebene schwächer und hat keine Verbindung zu den Regelbeispielen des § 243 Abs. 1 S. 2 StGB und zu den Qualifikationen der §§ 244, 244a StGB. Auch ist die Unterschlagung keine taugliche Vortat eines räuberischen Diebstahls, § 252 StGB.

<sup>20</sup> Jäger, *JuS* 2000, 1167.

<sup>21</sup> Lampe, *JR* 1986, 294 (295): „Der Gewahrsamsbegriff ist durch und durch sozialer Natur“.

<sup>22</sup> Glandien, *JR* 2019, 60 (61); Rönnau, *JuS* 2009, 1088.

<sup>23</sup> Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 28 Rn. 12.

ständlichen Sache Schlafenden anders ausfiele. Kein Zweifel besteht an der Erfüllung des Diebstahlstatbestandes, wenn die Täter nachts in das Wohnhaus eindringen und Sachen entwenden, während die Bewohner schlafend im Bett liegen.<sup>24</sup> Davon zu unterscheiden ist der Fall, in dem bereits die Begründung von Gewahrsam an einer in die räumliche Herrschaftssphäre gelangten Sache daran scheitert, dass der Inhaber der Herrschaft über Haus und Grundstück davon keine Kenntnis hat, z.B. weil er gerade schläft.<sup>25</sup> Dies verdeutlicht § 867 BGB: Fliegt ein Fußball vor dem Grundstück spielender Kinder über den Zaun auf das Grundstück, wird der Besitzer des Grundstücks dadurch nicht automatisch Besitzer des Balles. Der Eigentümer des Balles hat deshalb zunächst keinen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB. Obwohl § 867 BGB auf den Besitz abstellt und zwischen Besitz und Gewahrsam keine vollständige Kongruenz – aber eine große Schnittmenge – besteht,<sup>26</sup> ist die Gewahrsamslage hier identisch mit der Besitzlage. Der Grundstücksbesitzer hat nicht nur keinen unmittelbaren Besitz, er hat auch keinen Gewahrsam an dem Ball. Klettert nun ein Dritter über den Zaun und holt sich den Ball, ist das kein Gewahrsamsbruch gegenüber dem Grundstücksbesitzer und auch kein Gewahrsamsbruch gegenüber dem Kind, dem der über den Zaun geflogene Ball gehört. Strafbar ist die Tat nur als Unterschlagung und Hausfriedensbruch.

Begründung von Gewahrsam im Schlaf ohne aktuellen Herrschaftswillen ist möglich auf der Grundlage eines „antizipierten“ Gewahrsamsbegründungswillens. Deshalb erlangt ein ehemaliger Gewahrsamsinhaber wieder Gewahrsam an einer verliehenen Sache, wenn der Entleiher sie – z.B. der Ehefrau des Verleihers – zurückgibt, während dieser schläft oder aus sonstigen Gründen – z.B. Bewusstlosigkeit (dazu sogleich) – aktuell keinen Herrschaftswillen hat.<sup>27</sup>

### 3. Bewusstlose und Sterbende

#### a) Unmöglichkeit der Wegnahme

Vor allem in Raubfällen begegnet dem Rechtsanwender die Situation eines bewusstlosen, möglicherweise aus der Bewusstlosigkeit nicht mehr aufwachenden, also sterbenden, Gewahrsamsinhabers. Dieser Zustand ist naturgemäß oft Folge der verübten tatbestandsmäßigen „Gewalt gegen eine Person“, § 249 Abs. 1 StGB. Da die Wegnahme immer der Gewalt oder Drohung nachfolgt, stellt sich die Frage, ob im Anschluss an eine zu Bewusstlosigkeit und/oder Tod des Gewahrsamsinhabers führende Gewalt eine Wegnahme überhaupt noch möglich ist. Der Gewahrsamsinhaber könnte infolge des Bewusstseinsverlusts seine objektive Sachherrschaft sowie den diesbezüglichen Herrschaftswillen

<sup>24</sup> *Fahl*, Jura 1998, 456 (458); *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 13 Rn. 52; *Hellmann*, in: *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 19. Aufl. 2024, Rn. 18; *Kindhäuser/Hoven*, in: *NK-StGB*, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 242 Rn. 36; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 42.

<sup>25</sup> Anders als bei Sachen, die z.B. von Postboten oder Kurierdiensten ohne konkretes Wissen des Grundstücksbesitzers in den Briefkasten geworden oder vor der Haustür abgestellt werden, hat der Grundstücksbesitzer in dem Fußball-Beispiel nicht einmal einen „generellen“ Gewahrsamswillen, dazu *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 13 Rn. 52; *Eisele*, Strafrecht – Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 29; *Kindhäuser/Hoven*, in: *NK-StGB*, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 242 Rn. 35; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 29; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 93.

<sup>26</sup> *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 24: „Keinesfalls darf man den zivilrechtlichen Besitz mit dem strafrechtlichen Gewahrsam ohne weiteres gleichsetzen“; vgl. auch *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 3. Aufl. 2024, § 2 Rn. 24; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 91.

<sup>27</sup> *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 28; BGH GA 1962, 78 (79).

und damit den Gewahrsam verloren haben.<sup>28</sup> Der folgende Zugriff des Täters auf Sachen geht möglicherweise „ins Leere“, d.h. er betrifft eine Sache, an der gar kein fremder Gewahrsam mehr besteht. Seine fremdes Eigentum verletzende Handlung ist somit kein Raub und kein Diebstahl, sondern nur Unterschlagung. Unzweifelhaft kann ein Toter keinen Gewahrsam mehr haben. Spätestens mit dem Tod endet der Gewahrsam, den der Verstorbene zuvor – möglicherweise bis zu diesem Zeitpunkt – hatte.<sup>29</sup>

#### b) Herbeiführung der Bewusstlosigkeit als Beginn der Wegnahme

Der rechtlichen Herabstufung der Tat zur bloßen Unterschlagung könnte entgegengehalten werden, dass bereits mit der Verübung von Gewalt der Gewahrsamsbruch und somit die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Wegnahme“ beginnt.<sup>30</sup> Die Handlung trifft auf einen Gewahrsamsinhaber, der noch lebt und Herr seiner Sinne, folglich unbestreitbar Inhaber des Gewahrsams ist.<sup>31</sup> Hat die zur Bewusstlosigkeit führende Gewalthandlung die Eigenschaft eines unmittelbaren Ansetzens zur Wegnahme (§ 22 StGB), kann die anschließende Bewusstlosigkeit die Vollendung der Wegnahme nicht mehr verhindern. Bei der Begründung neuen Gewahrsams ist es ohnehin gleichgültig, in welcher Verfassung der ehemalige Gewahrsamsinhaber ist. Sogar der bereits eingetretene Tod steht einer tatbestandsmäßigen Begründung neuen Gewahrsams nicht mehr entgegen. Problematisch an dieser Theorie ist, dass nicht in jedem Fall Gewalt und unmittelbares Ansetzen zur Wegnahme zusammenfallen. Gewiss drängt sich diese Koinzidenz auf, wenn der Täter unmittelbar nach dem Gewaltakt dem Opfer die Beute quasi nur noch aus der Tasche ziehen muss. Dann liegen zwischen Gewalthandlung und Gewahrsamsbruch keine „wesentlichen Zwischenakte“ mehr. Auch ist der Gewahrsam mit der Gewalt bereits konkret gefährdet. Man kann dann darauf verzichten, darüber zu spekulieren, ob sich der Täter in dem Moment bezüglich der Wegnahme auch noch gedacht hat: „Jetzt geht’s los“. Die Feststellung der objektiven Kriterien des unmittelbaren Ansetzens gestaltet sich indessen schwierig, wenn der Abstand zwischen der den Gewahrsamsinhaber in den Zustand der Bewusstlosigkeit versetzenden Gewalt und dem als unmittelbares Ansetzen zur Wegnahme qualifizierbaren Zugriff auf Sachen größer ist.<sup>32</sup> Neuerdings ist der „räumlich-zeitliche“ Zusammenhang sogar ein Kriterium der tatbestandsmäßigen Vollendung des Raubes.<sup>33</sup> Bei zu großem Abstand zwischen Gewalt und Wegnahme scheidet die Erfüllung des objektiven Tatbestandes, auch wenn die Wegnahme danach erfolgt und die Gewalt zu ihr in einem Finalzusammenhang steht.<sup>34</sup> Liegen die Dinge so, kann natürlich der Gewaltakt von vornherein kein unmittelbares Ansetzen zur raubtatbestandlichen Wegnahme sein. Sicher kein Fall einer fehlenden „raubspezifischen Einheit“ von Gewalt und Wegnahme ist jedoch die praktisch häufige Situation eines Täters, der in der für ihn fremden räumlichen Umgebung des Tatortes – Wohnung, Geschäftsräume – zunächst einmal eine aufwändige Suchaktion durchführen müssen, bis er stehenswerte Sachen gefunden hat und sich ihrer bemächtigen kann. Wenn ihm das gelingt, hat er den Tatbestand des vollendeten Raubes erfüllt. Andererseits müssen in einem solchen Fall gewiss

<sup>28</sup> So BayObLG JR 1961, 188 (189); ebenso *Seelmann/Pfohl*, JuS 1987, 199 (202).

<sup>29</sup> *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 4. Aufl. 2021, § 13 Rn. 52; *Vogel/Brodowski*, in: *LK-StGB*, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 242 Rn. 69.

<sup>30</sup> *Gropp*, JuS 1999, 1041 (1042 Fn. 13).

<sup>31</sup> *Kleszczewski*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 2016, § 8 Rn. 186.

<sup>32</sup> *Kindhäuser/Hoven*, in: *NK-StGB*, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 249 Rn. 8.

<sup>33</sup> *Hilgendorf/Valerius*, *Strafrecht, Besonderer Teil II*, 3. Aufl. 2024, § 14 Rn. 32; *Vogel/Burchard*, in: *LK-StGB*, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 249 Rn. 72 ff.; *Mitsch*, *studere* 2024/2, 38 (40).

<sup>34</sup> *Sander*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 249 Rn. 34; *Rengier*, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, 26. Aufl. 2024, § 7 Rn. 29.

einige „wesentliche Zwischenakte“ vollzogen werden, bis der Täter am Zwischenziel<sup>35</sup> der beginnenden Wegnahme angelangt ist.<sup>36</sup> Wenn man also der Bewusstlosigkeit die Wirkung zuschreibt, den Gewahrsam zu beenden, kann man die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Wegnahme“ nicht mehr damit begründen, dass das Opfer jedenfalls beim unmittelbaren Ansetzen zur Wegnahme noch bei Bewusstsein gewesen ist.

*Beispiel:* Auf einer Straße in Berlin zündet O sich mit einem wertvollen goldenen Feuerzeug eine Zigarette an. T, der dieses Feuerzeug stehlen will, schlägt dem O wuchtig mit der Faust ins Gesicht. O lässt das Feuerzeug fallen und stürzt selbst zu Boden. Da er mit dem Kopf auf einer Bordsteinkante aufschlägt, verstirbt er infolge der erlittenen Kopfverletzung. Jetzt ergreift T das auf dem Boden liegende Feuerzeug.

*Erste Abwandlung:* Das Geschehen ereignete sich auf einer Eisenbahnbrücke. O stand dicht am Brückengeländer. Das Feuerzeug, das der Hand des O entglitt, fiel über den Rand der Brücke in die Tiefe. T findet erst nach mehrstündiger mühsamer Suche im Gleisbett das Feuerzeug. Seine Suche musste er immer wieder unterbrechen, um ein- und ausfahrende Züge durchzulassen.

*Zweite Abwandlung:* Als T sieht, wie das Feuerzeug in die Tiefe fällt, gibt er den Plan zur Entwendung dieses Gegenstands auf. Stattdessen durchsucht er die Kleidung des ihm völlig unbekanntes O. Aus dem Personalausweis des O erfährt T, dass dieser in einer Wohnung in Stuttgart lebte. In der Hosentasche des Toten findet O einen Schlüsselbund, an dem auch die Wohnungsschlüssel hängen. Am nächsten Tag fährt T mit einem ICE nach Stuttgart. Dort sucht er die Wohnung des O auf und verschafft sich mit dem Schlüssel Einlass. Er findet Bargeld und noch einige andere wertvolle Sachen. Mit dieser Beute verlässt er sodann die Wohnung.

Im Beispiel hatte O keinen Gewahrsam mehr an dem Feuerzeug, als dieses von T in Besitz genommen wurde. Auch hatte kein Dritter (Mit-)Gewahrsam am Feuerzeug (dazu unten c). Die Besitzergreifung erfolgte aber in unmittelbarem Anschluss an den Faustschlag. Daher kann dieser als unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Wegnahme-Merkmals anerkannt werden. O war in diesem Moment noch Gewahrsamsinhaber. Diesen Gewahrsam hat T mit seinem Faustschlag gebrochen. Den neuen eigenen Gewahrsam konnte er auch nach dem Tod des O begründen. In der ersten abgewandelten Situation ist es nicht anders. Der Gewahrsam des O war gebrochen, als ihm das Feuerzeug aus der Hand fiel. Dass es danach anders als im Ausgangsfall eine lange Zeit brauchte, bis T das Feuerzeug an sich bringen konnte, ist rechtlich unerheblich. Denn das betrifft nicht den Gewahrsamsbruch, sondern die Begründung neuen Gewahrsams. Diese unterliegt weder einem zeitlichen Limit noch der Bedingung eines noch lebenden ehemaligen Gewahrsamsinhabers. In der zweiten Abwandlung ist bereits zweifelhaft, ob zwischen der Gewalt und der Entwendung der Sachen aus der Wohnung des O der erforderliche Finalzusammenhang besteht. Sofern O in seiner Wohnung allein lebte, hat an den dort befindlichen Sachen keine andere Person Gewahrsam. Mit dem Tod des O wurden diese Sachen gewahrsamslos.<sup>37</sup> Aus § 857 BGB folgt nichts Gegenteiliges.<sup>38</sup> Ursache der Gewahrsamslosigkeit war aber nicht ein Gewahrsamsbruch. Dieser hätte vorausgesetzt, dass die Fortschaffung der Sachen aus

<sup>35</sup> Endziel ist die Begründung neuen Gewahrsams.

<sup>36</sup> Kudlich, NStZ 2020, 598 (599); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 7 Rn. 41.

<sup>37</sup> Aber nicht „herrenlos“, vgl. § 1922 BGB.

<sup>38</sup> Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 98, 100.

der Wohnung zumindest unmittelbar bevorstand, als O noch lebte. Das ist indessen zweifellos nicht der Fall. T hat die Sachen, die nun dem Erben des O gehörten, nicht weggenommen, sondern er hat sie unterschlagen, § 246 StGB.<sup>39</sup>

### c) Gewahrsam Dritter

Sollte ein Gewahrsamsinhaber auf Grund von Bewusstlosigkeit seine Sachherrschaft verlieren, bliebe in manchen Fällen die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Wegnahme“ gleichwohl möglich, sofern es wenigstens noch einen anderen Gewahrsamsinhaber in Bezug auf die Sache gibt. Das ist naturgemäß der Fall bei Raubüberfällen in Gebäuden, in denen mehrere miteinander ehelich oder familiär verbundene Personen wohnen. Insbesondere Sachen in der gemeinsamen Wohnung, die von beiden Ehegatten oder allen Mitgliedern der Wohngemeinschaft alltäglich benutzt werden (z.B. Kochgeschirr, Essbesteck), stehen in deren Mitgewahrsam.<sup>40</sup> Gerät also einer von ihnen in einen Zustand, der den Fortbestand seiner Sachherrschaft zweifelhaft erscheinen lässt, ist der unbefugte Zugriff des Täters auf diese Sachen gegenüber den anderen ein Gewahrsamsbruch und somit tatbestandsmäßige Wegnahme. War indessen der bewusstlos gewordene Gewahrsamsinhaber jedenfalls zum Tatzeitpunkt alleiniger Sachherr, passiert es mitunter, dass der Gewahrsam infolge des Bewusstseinsverlusts auf einen anderen übergeht. Der Fall ist das bei Vorfällen in einer fremden – privaten oder öffentlichen – Gewahrsamssphäre. Bekanntlich erlangt an beweglichen Sachen, die ein Kinobesucher nach der Filmvorführung im Kinosaal zurückgelassen hat, der Kinobetreiber Gewahrsam.<sup>41</sup> Dadurch sind diese Sachen gegen den unbefugten Zugriff Unbefugter<sup>42</sup> strafrechtlich nicht allein von § 246 StGB, sondern von § 242 StGB (i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB) geschützt. Derselbe Übergang des Gewahrsams findet statt, wenn der Kinobesucher einen tödlichen Herzinfarkt erleidet oder von einem anderen getötet wird. Die Sachen, die der Verstorbene in seiner Kleidung und mitgebrachten Behältnissen (Rucksack, Handtasche) bei sich trug, werden nicht gewahrsamslos. Da sie sich ohnehin innerhalb der räumlichen Herrschaftssphäre befinden, die der Betreiber des Kinos innehat, erlangt dieser in demselben Moment, in dem der Kinobesucher den Gewahrsam verliert, den Gewahrsam an ihnen. Bis zu diesem Punkt hatte der Kinobetreiber noch keinen Gewahrsam an diesen Sachen, weil sie sich zu Lebzeiten des Kinobesuchers in dessen „Gewahrsamsenklave“ befanden.<sup>43</sup> Entnimmt der Täter der Kleidung des bisherigen Gewahrsamsinhabers erst nach dessen Tod bewegliche Sachen,<sup>44</sup> bricht er zu diesem Zeitpunkt nicht den Gewahrsam des Verstorbenen, wohl aber den Gewahrsam des Kinobetreibers.

*Beispiel:* T sitzt im Kinosaal eine Reihe hinter O. Mit einer Spritze injiziert T dem O in den Hals eine Flüssigkeit, die nach wenigen Sekunden zum Herzstillstand führt. Nachdem O verstorben ist, entnimmt T der Jackentasche des O dessen mit Bargeld gefüllte Brieftasche.

<sup>39</sup> Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 100.

<sup>40</sup> Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 34.

<sup>41</sup> Ceffinato, Strafrecht BT/2, 2. Aufl. 2022, Rn. 21; Eisele, Strafrecht – Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 37; Glan-dien, JR 2019, 60 (65); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 31.

<sup>42</sup> Dazu gehört – auf Grund des untergeordneten Mitgewahrsams – auch Personal, z.B. eine Reinigungskraft; Arzt, Die Strafrechtsklausur, 7. Aufl. 2006, S. 81, 141.

<sup>43</sup> Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 47.

<sup>44</sup> In der Regel wird in derartigen Fällen – wie unter b) erläutert – der Beginn der Wegnahme bereits mit der Gewalthandlung zusammenfallen.

**Abwandlung:** Bevor T in die Jackentasche des O greifen kann, hat dies der neben O sitzende A getan. A verlässt eilends mit der Briefftasche den Kinosaal.

Im Beispiel lässt sich die Erfüllung des Raubtatbestandes durch T zweifach begründen. Den Bruch des Gewahrsams, den O bis zu seinem Tod innehatte, beging T bereits durch das Setzen der tödlichen Injektion. Gewalt und Beginn der Wegnahme fallen zusammen, die zur Vollendung der Wegnahme erforderliche Begründung neuen Gewahrsams ist ohne Weiteres auch nach dem Tod des Opfers möglich. Statt an den beginnenden Gewahrsamsbruch zum Nachteil des noch nicht verstorbenen O anzuknüpfen, könnte auch auf den Bruch des Gewahrsams abgestellt werden, den der Kinobetreiber im Todeszeitpunkt an der Briefftasche erlangt hatte. In der Abwandlung kann die Erfüllung des Diebstahlstatbestandes durch A nur mit dem Bruch des Gewahrsams des Kinobetreibers begründet werden. Der verstorbene O hatte keinen Gewahrsam mehr und T hatte noch keinen eigenen Gewahrsam begründet. Der Kinobetreiber war zu diesem Zeitpunkt alleiniger Gewahrsamsinhaber.

#### d) Fortbestand des Gewahrsams während der Bewusstlosigkeit

Die obigen Ausführungen haben gezeigt, dass in vielen Fällen die Beantwortung der Frage, ob jemand im Zustand der – zum Tod führenden – Bewusstlosigkeit noch Gewahrsam an Sachen hat, nicht entscheidungserheblich ist. Es gibt Begründungswege, auf denen auch ohne Beantwortung dieser Frage die Erfüllung der Wegnahmevoraussetzung „Bruch fremden Gewahrsams“ durch den Täter bejaht werden kann. Gleichwohl sollte im Gutachten immer, auch wenn es für das Ergebnis darauf nicht ankommt, zu der Möglichkeit von Gewahrsam eines Bewusstlosen Stellung genommen werden. Schwierig ist das nicht. Denn Rechtsprechung und Literatur bejahen einhellig den Fortbestand des Gewahrsams im Stadium der Bewusstlosigkeit und zwar auch für den Fall des Versterbens ohne vorheriges nochmaliges Aufwachen.<sup>45</sup> Begründet wird das mit geringem Argumentationsaufwand<sup>46</sup>, im Wesentlichen mit dem Hinweis auf die „Auffassung des täglichen Lebens“<sup>47</sup> bzw. die „Verkehrsanschauung“,<sup>48</sup> den „sozialen Faktor“.<sup>49</sup> Zutreffend ist das gewiss in Bezug auf Sachen, die sich während der Bewusstlosigkeit ihres Inhabers in einer diesem zugeordneten räumlichen Herrschaftssphäre – z.B. seine Wohnung – oder in der durch seinen Körper und seine Kleidung gebildeten „Gewahrsamsenklave“ befinden. Zweifelhaft wird die Berufung auf die Verkehrsanschauung jedoch in Fällen, in denen der Gewahrsam bereits vor der Bewusstlosigkeit nur noch ein „gelockerter“ war. Viel hängt also von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab.<sup>50</sup> Pauschale Aussagen sind zu ungenau, eine differenzierende Betrachtung der Fälle ist erforderlich. Bei der Fallbearbeitung hilft auswendig Gelerntes nur bedingt. Gefragt ist „Judiz“ und Argumentationsvermögen, dessen Einsatz auf die Besonderheiten des Falles Rücksicht nimmt.<sup>51</sup>

<sup>45</sup> Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, *Strafrecht*, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 13 Rn. 52; Eisele, *Strafrecht – Besonderer Teil II*, 6. Aufl. 2021, Rn. 30; Hellmann, in: Krey/Hellmann/Heinrich, *Strafrecht*, Besonderer Teil, Bd. 2, 19. Aufl. 2024, Rn. 18; Kudlich, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 5. Aufl. 2021, Fall 13; Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 242 Rn. 36; Valerius/Ruppert, *Examenskurs Strafrecht*, 2023, § 16 Rn. 24.

<sup>46</sup> Ganz ohne Begründung z.B. Hilgendorf/Valerius, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 3. Aufl. 2024, § 2 Rn. 30.

<sup>47</sup> BGH JR 1986, 294; Hellmann, in: Krey/Hellmann/Heinrich, *Strafrecht*, Besonderer Teil, Bd. 2, 19. Aufl. 2024, Rn. 18; Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 42; Wessels/Hillenkamp/Schuh, *Strafrecht*, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 92.

<sup>48</sup> Vogel/Brodowski, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 242 Rn. 70; Schröder, JR 1961, 189.

<sup>49</sup> Lampe, JR 1986, 294 (295).

<sup>50</sup> Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 78.

<sup>51</sup> Rönnau, JuS 2009, 1088 (1090): „Entwicklung eines Judizes“.

*Beispiel:* E will in der Adventszeit den Weihnachtsmarkt an der Spandauer Zitadelle in Berlin besuchen. Da er in Kleinmachnow wohnt, fährt er mit seinem Pkw nach Spandau. Dort sind alle Parkplätze überfüllt und auch in den angrenzenden Straßen gibt es keine legale Abstellmöglichkeit mehr. Daher stellt E sein Fahrzeug einen Kilometer vom Weihnachtsmarktgelände entfernt vor einer Grundstückseinfahrt ab. Nach dem Genuss von zwei Gläsern Glühwein, einer Currywurst mit Pommes Frites und einer Thüringer Bratwurst mit scharfem Senf wird dem E schlecht. Er muss sich übergeben und verliert sodann das Bewusstsein. Andere Weihnachtsmarktbesucher kümmern sich sofort um ihn und alarmieren einen Notarzt. Dessen Behandlungsmaßnahmen bewirken, dass E alsbald wieder auf den Beinen ist und sich zu seinem Pkw begeben kann. Diesen hatten aber kurz zuvor A und B mittels eines Abschleppwagens, der mit Erkennungszeichen des ADAC getarnt ist, entwendet.

*Abwandlung:* E schleppt sich vom Weihnachtsmarktgelände in einen angrenzenden Park, legt sich unter einen Busch und fällt dann in Ohnmacht. Erst nach über 12 Stunden wird E am folgenden Tag von einem Spaziergänger gefunden und danach von Sanitätern ins Krankenhaus gebracht. In der Zwischenzeit hatte der Eigentümer des Grundstücks, vor dessen Einfahrt E seinen Pkw abgestellt hatte, ein Abschleppunternehmen mit der Beseitigung des Fahrzeugs beauftragt.

Die Qualifizierung der Entfernung des illegal vor der Grundstückseinfahrt geparkten Pkw als Wegnahme hängt davon ab, ob E zum Zeitpunkt der Handlung noch Gewahrsamsinhaber war. Solange E auf dem Weihnachtsmarktgelände bei Bewusstsein war, wird die Verkehrsanschauung diese Herrschaft – wenngleich gelockert – wohl noch zuerkennen. Zwar erzeugt die Unerlaubtheit des Parkens vor der Grundstückseinfahrt von Anfang an das Risiko des Abgeschlepptwerdens. Indessen wird eine solche Maßnahme nicht sofort, sondern nur mit zeitlicher Verzögerung möglich sein. Zunächst einmal muss der betroffene Grundstückseigentümer die Blockade seiner Einfahrt bemerken. Dann muss er sich entschließen, das störende Fahrzeug entfernen zu lassen und diesen Entschluss durch Beauftragung eines Unternehmens umsetzen. Bis dieses eintrifft, vergeht noch einmal Zeit. Ein Übergang von der Lockerung zum völligen Verlust des Gewahrsams ist also erst nach Ablauf einer längeren Zeitspanne möglich. Dieser Prozess kann aber beschleunigt werden, indem der Gewahrsamsinhaber in den Zustand der Bewusstlosigkeit fällt und somit nicht mehr in der Lage ist, in absehbarer Zeit zu seinem geparkten Pkw zurückzukehren. Die Abwandlung des Falles verdeutlicht dies. Als E bewusstlos wurde, befand er sich an einem Ort, wo er nicht sofort gefunden werden konnte. Die ex ante<sup>52</sup> zu bestimmende Gefahr, dass sein Fahrzeug in der Zwischenzeit von seinem Standort entfernt würde, war deshalb sehr hoch. Im Ausgangsfall ist die Beurteilung schwieriger. Ex ante war nicht zwingend damit zu rechnen, dass E infolge seines Zusammenbruchs für längere Zeit handlungsunfähig und zu einem stationären Krankenhausaufenthalt gezwungen sein würde. Auch ist es Zufall, dass der illegal geparkte Pkw nicht mittels zeitaufwändigen ordnungsgemäßen Abschleppverfahrens, sondern unerwartet schnell durch kriminelle Akteure beiseitegeschafft wurde. Unter normalen Umständen wäre E wahrscheinlich wieder bei seinem Pkw gewesen, bevor ein vom Grundstückseigentümer beauftragtes Abschleppunternehmen an Ort und Stelle angekommen wäre. Deshalb ist im Ausgangsfall der gelockerte Gewahrsam des E an seinem Pkw aufrechterhalten geblieben. A und B haben ihn weggenommen.

<sup>52</sup> Vgl. den zutreffenden Hinweis bei *Hellmann*, in: Krey/Hellmann/Heinrich, *Strafrecht*, Besonderer Teil, Bd. 2, 19. Aufl. 2024, Rn. 19, dass die Feststellung des Gewahrsamsbruchs nicht davon abhängig gemacht werden kann, dass der zur Zeit der Tat Bewusstlose später verstirbt. So bereits *Schröder*, JR 1961, 189, der diesen „Schwebezustand“ als „unerträgliches Ergebnis“ bezeichnet; ebenso BGH JR 1986, 294.

Dass grundsätzlich Bewusstlosigkeit und Sterbeprozess den weiter bestehenden Gewahrsam vor Todeseintritt nicht aufheben, lässt sich auch mit dem Hinweis auf zwei Vorschriften des StGB begründen, nämlich § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB und § 251 StGB. Das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB setzt voraus, dass während der Begehung des Diebstahls der Verletzte – also der Inhaber des Gewahrsams – sich in einer hilflosen Lage befindet. Auf den Zustand der Bewusstlosigkeit trifft diese Bezeichnung zweifellos zu. Da der Täter diese Hilflosigkeit zudem Ausnutzen muss, befindet sich der Verletzte gerade im Moment der Aufhebung seines Gewahrsams durch den Täter in dieser Situation geminderter Widerstandsfähigkeit. Schliesse also Bewusstlosigkeit die Möglichkeit eines Gewahrsamsbruchs aus, könnte § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB jedenfalls in Fällen des bewusstlosen Diebstahlsopfers niemals zur Anwendung kommen. Dass sogar der Tod des Opfers die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Wegnahme“ in der dem Tod vorausgehenden Phase nicht verhindert, legt die Existenz des Straftatbestandes „Raub mit Todesfolge“ (§ 251 StGB) nahe. Praktisch wird in Fällen des § 251 StGB häufig das Opfer bereits infolge der ihm zugefügten Gewalt verstorben sein, bevor die Täter damit beginnen, fremde bewegliche Sachen wegzunehmen. Der Anwendungsbereich des § 251 StGB würde in sinnwidriger Weise verengt und seiner gravierendsten Fälle beraubt werden, wenn § 251 StGB derartige Fälle nicht erfassen würde, die Todeserfolgsqualifikation also nur eingreifen soll, wenn das Opfer bei Beginn der Wegnahme noch nicht verstorben ist. Hier die Grenze zwischen Anwendbarkeit und Nichtanwendbarkeit des § 251 StGB zu ziehen, wäre vollkommen unvernünftig. Die Möglichkeit der drastischen Sanktionierung hinge vom Zufall ab. Oft wäre im Strafverfahren gar nicht aufklärbar, zu welchem Zeitpunkt das Opfer verstorben ist, sodass nach „in dubio pro reo“ vom Versterben vor Beginn der Sachentwendung ausgegangen werden müsste. Wie oben (b) gezeigt wurde, bereitet der Tod des Opfers in den meisten Fällen deswegen keine Schwierigkeiten, weil bereits die zum Tod führende Gewalttätigkeit Beginn der Wegnahme ist.

#### IV. Räuberische Erpressung

Bewusstlosigkeit und Tod des Opfers schließen in der Regel die Strafbarkeit wegen Diebstahl oder Raub nicht aus. Sollte es ausnahmsweise aber doch einmal so sein, ist in Fällen mit der Raubkomponente „Gewalt gegen eine Person“ oder „Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben“ an eine Strafbarkeit wegen räuberischer Erpressung (§§ 253, 255 StGB) zu denken. Die h.M. in der Strafrechtswissenschaft wird diese Idee schon deswegen zurückweisen, weil sie zur Erfüllung des Erpressungstatbestandes eine „Vermögensverfügung“ des Genötigten verlangt.<sup>53</sup> Zu einer Verfügung über sein Vermögen ist ein bewusstloser Mensch nicht in der Lage. Anders ist die Rechtslage wiederum, wenn auf der Opferseite noch eine weitere Person steht, die durch die gegen den anderen gerichtete Gewalt oder Drohung zu einer Handlung veranlasst wird, die Vermögensverfügung ist. Beim „erpresserischen Menschenraub“ (§ 239a StGB) ist das sogar die typische Konstellation. Keine unüberwindbaren Probleme bei der Anwendung der §§ 253, 255 StGB bereitet die Bewusstlosigkeit des Opfers der Rechtsprechung und ihren Anhängern. Eine Vermögensverfügung ist danach keine tatbestandliche Voraussetzung einer räuberischen Erpressung.<sup>54</sup> Dem Wortlaut der §§ 253, 255 StGB (i.V.m. § 251 StGB) entspricht daher sogar eine Strafbarkeit des Täters, der dem Vermögen des Erben (§ 1922 BGB) einen Schaden erst nach Versterben des Genötigten zufügt.

<sup>53</sup> Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 11 Rn. 25 ff.; Schramm, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 3. Aufl. 2023, § 9 Rn. 29.

<sup>54</sup> BGHSt 14, 386 ff.; Hellmann, in: Krey/Hellmann/Heinrich, *Strafrecht*, Besonderer Teil, Bd. 2, 19. Aufl. 2024, Rn. 491.

## V. Schluss

Ein bewusstloser Gewahrsamsinhaber kann tatsächlich keine Herrschaft über seine Sache ausüben. Den Gewahrsam verliert er – solange er lebt – deswegen gleichwohl nicht. Deshalb kann eine während der Bewusstlosigkeit begangene Entwendung der Sache ein Gewahrsamsbruch und somit eine den Diebstahls- oder Raubtatbestand erfüllende Wegnahme sein. Es ist nicht schwer, sich dies zu merken und bei der Bearbeitung strafrechtlicher Fälle darauf zurückzugreifen. Worauf es aber ankommt, ist eine gehaltvolle Begründung dieses Ergebnisses. Vor allem muss man darauf achten, dass ein Sachverhalt mit Bewusstlosigkeit noch andere Umstände enthalten kann, die allein oder zusammen mit der Bewusstlosigkeit für einen Gewahrsamsverlust sprechen. Dass somit je nach Fallgestaltung durchaus unterschiedliche Argumentationen und Ergebnisse möglich sind, wurde mit vorliegendem Text versucht darzustellen.

## Fortgeschrittenenhausarbeit: Von Casanova zu casa nueva?\*

Wiss. Mitarbeiterin Julia Buschmann, Stud. Hilfskraft Catharina Jakobka, Bielefeld\*\*

### Sachverhalt

M mietet seit Januar 2022 eine Wohnung des Privatvermieters V. Seit August 2021 ist M Lehrling in einem Malerbetrieb, verfügt über ein überschaubares Einkommen und benötigt die günstige Wohnung nahe der Ausbildungsstätte, weil er sich ein Auto nicht leisten kann und keine ausreichende ÖPNV-Verbindung besteht. M machte sich nichts daraus, dass bei seinem Einzug in die Wohnung an den Wänden, wie zuvor besichtigt, noch deutliche Abzeichnungen aufgehängter Bilder zu sehen waren. Auch der Küche war anzusehen, dass der Vormieter leidenschaftlich kochte. Über den Zustand der Wohnung wurde weder bei der Vermietung gesprochen, noch gibt es dazu Angaben im Mietvertrag. Aus dem Mietvertrag ergibt sich für die 50 qm große Wohnung eine Nettokaltmiete von 350 € zuzüglich 50 € Nebenkostenvorauszahlung, während die ortsübliche Vergleichsmiete bei 9 €/qm liegt und vergleichbare Wohnungen bei Immoscout aktuell für 12 €/qm angeboten werden.

Lange Zeit kommt M mit seinem Gehalt gut über die Runden. Als er sich Anfang Dezember 2023 jedoch Hals über Kopf in F verliebt, will er ihr jeden noch so kostspieligen Wunsch erfüllen, weshalb er die Mieten für Januar, Februar und März 2024, die jeweils bis zum Monatsdritten zu zahlen waren, nicht entrichten kann. Daraufhin geht bei M am 10.3.2024 ein von V unterschriebenes Kündigungsschreiben ein, in dem er den Mietvertrag fristlos kündigt, hilfsweise zum 30.6.2024 auch ordentlich. Als Kündigungsgrund gibt V in dem Schreiben sowohl für die ordentliche als auch für die außerordentliche Kündigung den Zahlungsrückstand an.

M denkt, dass sich V schon wieder beruhigen werde, sofern er die nächsten beiden Monatsmieten fristgerecht bezahlt. Er legt das Schreiben daher achtlos beiseite. Nachdem sich die Romanze mit F Ende März erledigt hat, erholt sich M auch finanziell und kann die Mieten in den folgenden Monaten fristgerecht zahlen. Umso verwunderter ist er, als er am 5.7.2024 eine Räumungsklage des V aus seinem Briefkasten fischt. Nun wird M doch etwas nervös. Widerwillig wendet er sich an seine Eltern, die ihm das Geld zur Verfügung stellen. Noch am 6.7.2024 begleicht M sodann die bestehenden Mietrückstände i.H.v. 1.200 € und die dem V entstandenen Verfahrenskosten.

Überraschenderweise verlangt V aber weiterhin von M, dass er auszieht. Er beruft sich auf die ordentliche Kündigung, wegen der M Ende Juni hätte ausziehen müssen. M macht am 10.7.2024 schriftlich geltend, dass es für ihn unzumutbar sei, auszugehen. Er behauptet wahrheitsgemäß, er sei auf die günstige Wohnung in unmittelbarer Nähe zu seiner Ausbildungsstätte geradezu angewiesen – vergleichbare Wohnungen seien auf dem örtlichen Mietmarkt momentan nicht zu finden, dies habe er schon eifrig probiert.

---

\* Die vorliegende Klausur wurde im Sommersemester an der Universität Bielefeld im Rahmen der Veranstaltung Allgemeines Schuldrecht und vertragliche Schuldverhältnisse bei Prof. Dr. Markus Artz als Hausarbeit gestellt. Entsprechend tiefgehend wurde auch der Lösungsvorschlag verfasst.

\*\* Die Autoren sind Wiss. Mitarbeiterin und Stud. Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Markus Artz an der Universität Bielefeld.

M verlangt jedenfalls eine Erstattung des Wertes der Renovierungsarbeiten, die er im Januar 2024 vorgenommen hat. Damals hatte er die Wände im Wohnzimmer und in der Küche neu gestrichen, nachdem sich die Wandfarbe mittlerweile gänzlich den gräulichen Abzeichnungen angepasst hatte. Das Mietvertragsformular hatte M Ende 2021 auf Verlangen des V von Häuser & Grundstücke e.V. für 10 € erworben und zum Unterzeichnungstermin mitgebracht. Vor Ort hat V darauf bestanden, das Formular zu verwenden.

§ 5 des Mietvertrags lautet:

- (1) Der Mieter übernimmt die Schönheitsreparaturen.
- (2) Zu den Schönheitsreparaturen gehören das Tapezieren, Anstreichen oder Kalken der Wände und Decken, das Streichen der Fußböden, Heizkörper einschließlich Heizrohre, der Innentüren sowie der Fenster und Außentüren von innen.
- (3) Im Allgemeinen müssen Schönheitsreparaturen, falls erforderlich, in Wohn- und Schlafräumen alle drei Jahre, in Küche und Bad alle fünf Jahre und in Nebenräumen alle sieben Jahre durchgeführt werden.

M hat im Januar 2024 für 100 € Farbe gekauft. Für das einwandfreie Anstreichen brauchte er als Auszubildender nur drei Stunden. Ein Fachhandwerker hätte für die auch von diesem benötigten drei Stunden rund 150 € veranschlagt. Aus dem Ausbildungsvertrag des M ergibt sich ein Stundenlohn i.H.v. 6 €.

Aufgrund des Räumungsrechtsstreits meldet sich M wegen der Schönheitsreparaturen erst Anfang August erneut bei V.

### Aufgabe

Beantworten Sie bitte folgende Fragen in einem umfassenden Rechtsgutachten:

1. Kann V von M am 31.7.2024 verlangen, aus der Wohnung auszuziehen und stehen V noch Zahlungsansprüche gegen M zu?
2. Stehen M gegen V Anfang August 2024 Ansprüche wegen der vorgenommenen Schönheitsreparaturarbeiten zu?

### Bearbeitungsvermerk

Etwaige Aufrechnungen und Ansprüche aus GoA sind nicht zu prüfen.

### Lösungsvorschlag

<b>Frage 1: Kann V von M am 31.7.2024 verlangen, aus der Wohnung auszuziehen und stehen V noch Zahlungsansprüche gegen M zu? .....</b>	<b>67</b>
<b>I. Anspruch V gegen M auf Herausgabe der Wohnung gem. § 546 Abs. 1 BGB .....</b>	<b>67</b>
1. Mietverhältnis.....	67
2. Beendigung.....	68
a) Außerordentliche Kündigung .....	68
aa) Kündigungserklärung .....	68

bb) Kündigungsgrund, § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a BGB.....	68
cc) Keine Unwirksamkeit der Kündigung.....	68
(1) Gem. § 543 Abs. 2 S. 2 und 3 BGB.....	68
(2) Gem. § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB, sog. Schonfristzahlung.....	69
dd) Zwischenergebnis.....	70
b) Ordentliche Kündigung.....	70
aa) Kündigungserklärung.....	70
bb) Kündigungsgrund, § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB.....	70
cc) Keine Unwirksamkeit der Kündigung.....	70
(1) Wortlaut.....	70
(2) Systematik.....	71
(3) Sinn und Zweck.....	72
(4) Historische Auslegung.....	73
dd) Härteeinwand, § 574 BGB.....	74
(1) Form und Frist des Widerspruchs.....	74
(2) Härtegrund.....	74
(a) Vorliegen eines Härtegrundes.....	74
(b) Interessenabwägung.....	75
(c) Kein Ausschluss des Widerspruchsrechts.....	75
(aa) Anwendbarkeit.....	75
(bb) Auswirkungen der Schonfristzahlung.....	75
ee) Kündigungsfrist.....	77
c) Zwischenergebnis.....	77
3. Ergebnis Anspruch auf Herausgabe.....	77
<b>II. Anspruch aus § 985 BGB.....</b>	<b>77</b>
<b>III. Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 1 BGB.....</b>	<b>77</b>
<b>IV. Anspruch V gegen M auf Entschädigung wegen verspäteter Rückgabe gem. § 546a Abs. 1 BGB.....</b>	<b>77</b>
1. Beendeter Mietvertrag.....	77
2. Nicht erfolgte Herausgabe.....	77
3. Rechtsfolge: Entschädigung.....	77
<b>V. Gesamtergebnis zu Frage 1.....</b>	<b>78</b>
<b>Frage 2: Stehen M gegen V Ansprüche wegen der vorgenommenen Schönheitsreparaturarbeiten zu?.....</b>	<b>78</b>
<b>I. Anspruch M gegen V auf Ersatz gem. § 536a Abs. 2 BGB.....</b>	<b>78</b>

**II. Anspruch M gegen V auf Ersatz gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB .... 78**

1. Vorvertragliches Schuldverhältnis .....	78
2. Vorvertragliche Pflichtverletzung.....	79
a) Vorliegen von AGB .....	79
b) Einbeziehung.....	79
c) Inhaltskontrolle, §§ 307 ff. BGB.....	80
aa) Eröffnung, § 307 Abs. 3 S. 1 BGB.....	80
bb) Spezielle Klauselverbote, §§ 308, 309 BGB .....	80
cc) § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB.....	80
dd) Rechtsfolge .....	81
3. Vertretenmüssen, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB .....	81
4. Schaden.....	81
5. Durchsetzbarkeit.....	82
6. Ergebnis.....	82

**III. Anspruch M gegen V auf Ersatz gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 Alt. 1 BGB ..... 82**

1. Etwas erlangt .....	82
2. Durch Leistung des M.....	82
3. Ohne Rechtsgrund .....	83
4. Rechtsfolge .....	83
5. Durchsetzbarkeit.....	83
6. Ergebnis.....	83

**IV. Gesamtergebnis zu Frage 2 ..... 83**

**Frage 1: Kann V von M am 31.7.2024 verlangen, aus der Wohnung auszuziehen und stehen V noch Zahlungsansprüche gegen M zu?**

**I. Anspruch V gegen M auf Herausgabe der Wohnung gem. § 546 Abs. 1 BGB**

Dazu müsste ein zwischen V und M bestehendes Mietverhältnis spätestens zum 31.7.2024 wirksam beendet worden sein.

**1. Mietverhältnis**

Zwischen V und M bestand seit Januar 2022 ein wirksames Mietverhältnis. Die eventuelle Unwirksamkeit einzelner Vertragsklauseln lässt die Wirksamkeit des restlichen Vertrags unberührt, vgl. § 306 Abs. 1 BGB.

## 2. Beendigung

Das Mietverhältnis zwischen V und M bestand auf unbestimmte Zeit. Unbefristete Mietverhältnisse können gem. § 542 Abs. 1 BGB grundsätzlich nur durch Kündigung beendet werden. V müsste dem M mithin wirksam gekündigt haben.

### a) Außerordentliche Kündigung

Zunächst könnte V dem M außerordentlich gekündigt haben.

#### aa) Kündigungserklärung

Dazu bedarf es einer wirksamen Kündigungserklärung.

Das Mietverhältnis wurde zu Wohnzwecken geschlossen, stellt demnach ein Wohnraummietverhältnis dar und bringt gem. § 549 Abs. 1 BGB auch die Vorschriften der §§ 549 ff. BGB zur Anwendung.

Die nach § 568 Abs. 1 BGB geforderte Schriftform gem. § 126 Abs. 1 BGB hat V durch die Unterzeichnung des Kündigungsschreibens vom 10.3.2024 gewahrt. Weiterhin hat er gem. § 569 Abs. 4 BGB den Grund der Kündigung – den Zahlungsrückstand – genannt. Ein Hinweis auf Form und Frist des Widerspruchs gem. § 568 Abs. 2 BGB ist zwar unterblieben. Dieser ist jedoch ohnehin nur bei ordentlicher Kündigung notwendig und zudem auch nur bloße Sollvorschrift, die nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung führt.<sup>1</sup>

Folglich hat V dem M gegenüber eine wirksame Kündigungserklärung abgegeben.

#### bb) Kündigungsgrund, § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a BGB

V müsste ein Kündigungsgrund zugestanden haben. Als solcher kommt der von ihm genannte Kündigungsgrund des Zahlungsverzugs gem. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a BGB in Betracht. Danach müsste M für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung der Miete oder eines nicht unerheblichen Teils der Miete in Verzug gem. § 286 BGB geraten sein.

Dafür bedarf es zunächst zweier wirksamer, fälliger und einredefreier Mietzinsansprüche. Bei Zugang der Kündigung am 10.3.2024 waren die Ansprüche des V gegen M auf Mietzahlung für die Monate Januar bis März 2024 gem. § 535 Abs. 2 BGB bereits wirksam entstanden, am jeweiligen Monatsdritten fällig und auch einredefrei.

Gemahnt hat V den M zwar nicht, dies war jedoch aufgrund der kalendermäßigen Bestimmung auf den dritten Werktag eines jeden Monats gem. § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB auch nicht notwendig. Zudem hat M den Umstand, weshalb die Zahlung nicht erfolgte, zu vertreten.

Damit befand sich M am 10.3.2024 sogar mit drei aufeinander folgenden Mieten in Verzug. Der Kündigungsgrund gem. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a BGB ist folglich gegeben.

#### cc) Keine Unwirksamkeit der Kündigung

Die Kündigung dürfte auch nicht nachträglich unwirksam geworden sein.

#### (1) Gem. § 543 Abs. 2 S. 2 und 3 BGB

Im Falle des Zahlungsverzugs ist die Kündigung gem. § 543 Abs. 2 S. 2 BGB ausgeschlossen, wenn der Vermieter vorher, d.h. vor Zugang der Kündigung,<sup>2</sup> befriedigt wird, oder sie wird unwirksam, wenn

<sup>1</sup> Streyll, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB § 568 Rn. 35, 41.

<sup>2</sup> BGH NZM 2016, 765 (765 Rn. 22).

der Mieter unverzüglich nach der Kündigung die Aufrechnung erklärt. M hat erst nach Zugang der Kündigung die rückständigen Mieten gezahlt. Damit ist die Kündigung weder ausgeschlossen noch mangels Aufrechnung unwirksam geworden.

## (2) Gem. § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB, sog. Schonfristzahlung

Der auf Wohnraummietverhältnisse anwendbare § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB lässt eine außerordentliche Kündigung auch dann unwirksam werden, wenn der Vermieter innerhalb von zwei Monaten nach Rechtshängigkeit des Räumungsanspruchs hinsichtlich der fälligen Miete bzw. fälligen Entschädigung gem. § 546a BGB befriedigt wird. Vorliegend hat M die fälligen Mieten vollständig am 6.6.2024, also einen Tag nach Zustellung und damit Rechtshängigkeit der Klage gem. §§ 261 Abs. 1, 253 Abs. 1 ZPO, beglichen.

Fraglich ist, ob dies genügt oder ob sich nicht aus § 546a Abs. 1 BGB eine höhere Entschädigungssumme ergibt. Dazu muss zunächst bestimmt werden, welche konkreten Auswirkungen die Schonfristzahlung auf die außerordentliche Kündigung hat.

Während durchaus vertreten werden könnte, die Schonfristzahlung hätte lediglich die Unwirksamkeit der Kündigung ex nunc zur Folge – das Mietverhältnis wäre also definitiv unterbrochen worden –, könnte ebenso Gegenteiliges – die Unwirksamkeitsfiktion ex tunc – ihre Folge sein. Für Erstes streitet die Gestaltungswirkung der Kündigungserklärung, welche grundsätzlich erfordert, dass zum Zugangszeitpunkt die Rechtslage rechtssicher gestaltet wird.<sup>3</sup> Für Letzteres spricht jedoch, dass auch an anderer Stelle gesetzliche Fiktionen zur Unwirksamkeit von Gestaltungserklärungen führen können, vgl. § 142 Abs. 1 BGB.<sup>4</sup> Zudem wollte der Gesetzgeber bei Schaffung der Unwirksamkeitsgründe diejenigen Fallgestaltungen erfassen, die unter Beachtung der Vermieterinteressen eine ununterbrochene und unveränderte Fortsetzung zugunsten der Mieterinteressen erlauben.<sup>5</sup> Folglich wirkt – auch, um einen einheitlichen Lebenssachverhalt nicht künstlich in zwei Vertragslaufzeiten aufzuspalten<sup>6</sup> – die Schonfristzahlung insofern, als die Kündigung rückwirkend als unwirksam betrachtet wird.

Dennoch führt die Gestaltungswirkung der Kündigungserklärung dazu, dass das Mietverhältnis zunächst einmal beendet ist. Erst mit der Schonfristzahlung wird die Kündigung, wie gesehen, rückwirkend unwirksam. Anzudenken wäre also, aufgrund der zum Zahlungszeitpunkt noch bestehenden Wirksamkeit der Kündigung, als Entschädigung nicht nur die vertraglich vereinbarte Miete zahlen zu müssen, sondern die ortsübliche. So hätte M nicht nur die Mieten für Januar bis März begleichen müssen, sondern auch die Differenz zur ortsüblichen Vergleichsmiete in den darauffolgenden Monaten, in denen er lediglich die Vertragsmiete zahlte. Dies würde jedoch dazu führen, dass der überschüssige Betrag nach Eintritt der rückwirkend als unwirksam geltenden Kündigung und folglich beständig gebliebenem Mietverhältnis stets erstattet werden müsste. Um diese vorhersehbare Lästigkeit zu vermeiden, sind für die Schonfristzahlung allein die rückständigen vertraglichen Mieten maßgeblich.<sup>7</sup> Indem M die rückständigen Mieten für Januar bis März beglich und auch die Zahlung der Vertragsmieten ab April 2024 wieder aufnahm, wurde die außerordentliche Kündigung des V folglich durch fristgerechte und vollständige Schonfristzahlung des M ex tunc unwirksam.

<sup>3</sup> Vgl. O'Sullivan, ZMR 2002, 250.

<sup>4</sup> Vgl. BGH NJW 2018, 3517 (3521 Rn. 33).

<sup>5</sup> Vgl. BGH NJW 2018, 3517 (3520 Rn. 27).

<sup>6</sup> Vgl. BGH NJW 2018, 3517 (3519 Rn. 21).

<sup>7</sup> Vgl. Geib, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2024, § 569 Rn. 62; Strey, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB § 569 Rn. 82, BGB § 546a Rn. 25.

#### dd) Zwischenergebnis

Das Mietverhältnis wurde nicht durch außerordentliche Kündigung beendet.

### b) Ordentliche Kündigung

#### aa) Kündigungserklärung

V hat neben der außerordentlichen Kündigung auch die ordentliche Kündigung hilfsweise erklärt. V bringt damit zum Ausdruck, dass die ordentliche Kündigung auch dann Wirkung entfalten soll, wenn die zunächst wirksam erklärte fristlose Kündigung aufgrund eines gesetzlich vorgesehenen Umstandes nachträglich unwirksam wird.<sup>8</sup> Insbesondere kann Gegenteiliges nicht damit begründet werden, dass die ordentliche Kündigung schon deswegen keinen Bestand haben könne, da die fristlose Kündigung das Mietverhältnis zunächst beendet hätte und eine erfolgte Schonfristzahlung selbiges erst wieder ex nunc begründet hätte, sodass es einer ordentlichen Kündigung schon am zu kündigenden Mietverhältnis ermangele (siehe oben).<sup>9</sup>

Der fehlende Hinweis auf Form und Frist des Widerspruchs gem. § 568 Abs. 2 BGB führt nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung.<sup>10</sup>

#### bb) Kündigungsgrund, § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB

V konnte dem M gem. § 573 Abs. 1 S. 1 BGB nur dann wirksam kündigen, wenn ihm ein berechtigtes Interesse zustand. Ein solches ist gem. § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB grundsätzlich dann gegeben, wenn der Mieter seine vertraglichen Pflichten schuldhaft nicht unerheblich verletzt hat. Überwiegend wird vertreten, dass die Erheblichkeitsschwelle überschritten ist, wenn die Höhe des Rückstandes eine Monatsmiete übersteigt und die Verzugsdauer mehr als einen Monat beträgt.<sup>11</sup> Vorliegend war M zum Kündigungszeitpunkt mit drei Monatsmieten seit dem jeweils Monatsdritten in Verzug. Diese Gründe hat V auch im Kündigungsschreiben angegeben, § 573 Abs. 3 S. 1 BGB. Damit besteht ein Kündigungsrecht.

#### cc) Keine Unwirksamkeit der Kündigung

Fraglich ist, ob die Begleichung der rückständigen Mieten auch Auswirkungen auf die Wirksamkeit der hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung hat. In Betracht kommt auch hier der Unwirksamkeitsgrund der Schonfristzahlung gem. § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB. Dazu müsste diese Norm jedoch neben der außerordentlichen Kündigung auch Anwendung auf die ordentliche Kündigung finden. Dies ist auf der Grundlage der anerkannten Auslegungsmethoden zu eruieren.

#### (1) Wortlaut

Die Grenze des möglichen Auslegungsergebnisses bildet grundsätzlich der Wortlaut einer Norm. Dazu ist zunächst festzustellen, dass die Überschrift von § 569 BGB lautet: „Außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund.“ Auch in den folgenden Absätzen und insbesondere im Einleitungssatz des hier maßgeblichen § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB wird stets Bezug auf die außerordentliche Kündigung gem. § 543 BGB genommen. Allerdings ist ebenfalls zu konstatieren, dass Nr. 2 abwei-

<sup>8</sup> Vgl. BGH NJW 2018, 3517 (3518 Rn. 15 ff.).

<sup>9</sup> Vgl. BGH NJW 2018, 3517 (3519 Rn. 21 ff.).

<sup>10</sup> Streyll, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB § 568 Rn. 35, 41.

<sup>11</sup> BGH NJW 2013, 159; Hannappel/Caspers, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2024, § 573 Rn. 28 m.w.N.

chend von beispielsweise Nr. 3 nur von „der Kündigung“ spricht, während letzterer ausdrücklich auf die „Voraussetzung der außerordentlichen fristlosen Kündigung“ abstellt. Zwar kann, muss aber der Wortlaut in Nr. 2 nicht zwingend als Oberbegriff für sowohl ordentliche als auch außerordentliche Kündigung verstanden werden.<sup>12</sup> Dennoch ist der sprachliche Unterschied beider Nummern nicht unbeachtet zu lassen und zu bemerken, dass mit unterschiedlichem Wortlaut auch in der Regel Unterschiedliches gemeint sein soll.<sup>13</sup> Der Wortlaut ist also nicht so eindeutig, als der Ausschluss der ordentlichen Kündigung außer Frage stünde.<sup>14</sup>

## (2) Systematik

Systematisch betrachtet sprechen wiederum Gründe sowohl für als auch gegen die Erfassung der ordentlichen Kündigung. Einerseits ist § 569 BGB im „Unterkapitel 1: Allgemeine Vorschriften“ normiert. Dass im folgenden Unterkapitel 2 in § 573 BGB die Regelungen zur ordentlichen Kündigung geschrieben stehen, könnte dem Grundsatz nach, dass die vorangestellten Regelungen zur Vermeidung von Wiederholungen für die nachfolgenden Normen gelten, dafür sprechen, dass „die Kündigung“ in § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB allgemein für beide Formen der Kündigung gilt.<sup>15</sup> Andererseits ist jedoch der Grund für die geltende Systematik zu erforschen. Die Umstrukturierung des Mietrechts ab 2001 sollte nämlich zunächst gegenstandsunabhängige Regelungen von denjenigen über Wohnraum trennen und Letztere sodann in dem der Realität entsprechenden zeitlichen Ablauf normieren. So mussten die für alle außerordentlichen Kündigungen geltenden Gründe im Untertitel 1 in § 543 BGB geregelt werden und der nur für Wohnraummietverhältnisse geltende Unwirksamkeitsgrund der Schonfristzahlung im Untertitel 2. Innerhalb dessen musste die Regelung dann in die allgemeinen Vorschriften integriert werden, da sie sowohl für außerordentliche fristlose Kündigungen von Mietverhältnissen auf unbestimmte Zeit (Unterkapitel 2) als auch auf bestimmte Zeit (Unterkapitel 3) gilt.<sup>16</sup> Mithin ist § 569 BGB zwar sehr wohl als allgemeine Vorschrift zu verstehen, jedoch nicht im Hinblick auf ordentliche und außerordentliche Kündigung, sondern vielmehr auf Mietverhältnisse auf bestimmte und unbestimmte Zeit. Dieses Ergebnis stützt insbesondere die Gesetzesbegründung des Reformgesetzgebers 2001, wonach unter der veränderten Systematik keine inhaltliche Änderung verstanden werden soll, sondern § 569 Abs. 3 BGB die Sonderregelung für die fristlose Kündigung von Wohnraum wegen Zahlungsverzugs aus § 554 Abs. 2 BGB a.F. aufnimmt.<sup>17</sup>

Auch könnte man annehmen, dass § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB eine Ausnahme von dem Fall darstellt, dass eine Kündigung wegen eines gewissen Zahlungsverzugs zunächst wirksam ist. Als eine solche wäre sie sodann eng auszulegen und sollte daher tatsächlich nur auf § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB bezogen werden.<sup>18</sup> Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass ein solcher Grundsatz nicht bekannt ist, sondern vielmehr ausdifferenzierte Regelungen bestehen, wann eine darauf gestützte Kündigung wirksam ist oder nicht. § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB konstatiert lediglich, unter welchen Voraussetzungen sie ebenfalls unwirksam wird. Eine Wertung, die das Ergebnis in die Richtung der Verneinung des Tatbestands lenken soll, ist darin nicht erkennbar.<sup>19</sup>

---

<sup>12</sup> BGH NZM 2022, 49 (50 Rn. 39 f.); LG Berlin NZM 2022, 617 (619 Rn. 25).

<sup>13</sup> LG Berlin NZM 2022, 617 (619 Rn. 26).

<sup>14</sup> A.A. BGH NZM 2022, 49 (50 Rn. 38 ff.); *Siegmund*, in: BeckOK Mietrecht, Stand: 1.11.2024, BGB § 573 Rn. 23.

<sup>15</sup> LG Berlin NZM 2022, 617 (619 Rn. 29).

<sup>16</sup> BGH NZM 2022, 49 (51 Rn. 52).

<sup>17</sup> BT-Drs. 14/4553, S. 64.

<sup>18</sup> BGH NZM 2022, 49 (50 Rn. 46).

<sup>19</sup> Vgl. LG Berlin NZM 2022, 617 (620 Rn. 31 ff.).

### (3) Sinn und Zweck

Die Schonfristregelung soll die Obdachlosigkeit verhindern.<sup>20</sup> Zwar ist die Verwirklichung dieser Gefahr aufgrund des zuvor oftmals eingeleiteten gerichtlichen Verfahrens bei einer außerordentlichen im Vergleich zur ordentlichen Kündigung wohl kaum höher – schließlich erfolgt ein freiwilliger Auszug, d.h. ohne dass ein Räumungstitel erstritten wurde, nur dann, wenn der Mieter bereits eine andere Unterkunft hat.<sup>21</sup> Somit unterscheiden sich im Hinblick auf den vorübergehenden Verbleib in der Wohnung und Nichteintritt der Obdachlosigkeit in der Praxis diejenigen Fälle der fristlosen Kündigung, deren Lösung die Norm zum Ziel hat, nicht von denen der ordentlichen Kündigung. Zu denken ist jedoch auch an den Fall, dass ein Mieter bei Zugang der Kündigung zwar noch keine neue Wohnung hat, sich jedoch innerhalb der nächsten drei Monate eine solche erfolgreich suchen kann – und aus Kostenersparnis deswegen eben nicht gerichtlich vorgehen möchte, sondern lieber schnell die Schonfristzahlung leisten möchte und somit seinen sofortigen Auszug mit gleichbedeutender Obdachlosigkeit oder aber den nicht gewünschten, weil in diesem Falle „unnötigen“ Prozess vermeiden kann.<sup>22</sup> Insofern kann die Obdachlosigkeit bei fristloser Kündigung tatsächlich in höherem Maß als bei der ordentlichen Kündigung drohen.

Dass es das Ziel des Gesetzgebers gewesen wäre, den dauerhaften Verbleib in der Wohnung zu sichern,<sup>23</sup> ist aus den Gesetzesmaterialien auch nicht direkt ersichtlich.<sup>24</sup> Wenn der Reformgesetzgeber 2001 jedoch davon spricht, dass es ein Schutz für den Vermieter sei, dass diesem die Unwirksamkeit seiner Kündigung nach Erhalt der Schonfristzahlung nur im Abstand von zwei Jahren zugemutet wird, könnte er, damit dies tatsächlich als Schutz gelten kann, vor Augen gehabt haben, dass auch eine hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung dann keine Auswirkungen haben darf.<sup>25</sup> Ob diese Schlussfolgerung die einzig richtige aus dieser Gesetzesbegründung ist, kann jedoch in Zweifel gezogen werden, wenn man bedenkt, dass nicht jede ordentliche Kündigung, die auf denselben Zahlungsverzug gestützt ist, wirksam ist. Denn dazu bedarf es gem. § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB stets einer schuldhaften Pflichtverletzung. Zwar könnte man sich nun auf den Standpunkt stellen, es sei unsinnig, dasselbe schuldhafte Verhalten einmal durch Schonfristzahlung „heilen“ zu lassen, auf anderem Wege dann aber doch nicht.<sup>26</sup> Man könnte dies jedoch auch als bewusste Intention des Gesetzgebers auslegen, die Schonfristzahlung eben nur bei unverschuldetem Zahlungsverzug zur Geltung kommen zu lassen.<sup>27</sup>

Weiterhin könnte der Wunsch nach erhöhtem Einschreiten der Sozialhilfeträger für eine Erstreckung der Schonfristregelung auf die ordentliche Kündigung sprechen. In der Praxis weigern sich Sozialbehörden zunehmend, die rückständigen Mieten zu tilgen, da das Ziel – der Erhalt der Wohnung – unerreichbar geworden ist.<sup>28</sup> Die Einheitlichkeit der Rechtsordnung gebietet es, die Möglichkeit unterschiedlicher Rechtsfolgen eines Gesetzes so aufzulösen, dass übrige Gesetze ihren Anwendungsbereich nicht verlieren.<sup>29</sup> Wenn jedoch etwa wegen Mietmangels die Mietzahlungen bewusst ausbleiben, überschneiden sich die Anwendungsbereiche des Sozialhilfe- und Mietrechts nicht. Dies

<sup>20</sup> BT-Drs. 14/4553, S. 64.

<sup>21</sup> BGH NZM 2022, 49 (52 Rn. 57 f.); LG Berlin NZM 2022, 617 (620 Rn. 41 f.).

<sup>22</sup> Vgl. *Drasdo*, NJW-Spezial 2019, 1 (Praxishinweis).

<sup>23</sup> So aber *Häublein*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 8. Aufl. 2020, § 573 Rn. 71.

<sup>24</sup> BGH NZM 2022, 49 (52 Rn. 59).

<sup>25</sup> LG Berlin NZM 2022, 617 (621 Rn. 43 f.).

<sup>26</sup> LG Berlin NZM 2022, 617 (620 Rn. 38).

<sup>27</sup> In diese Richtung BGH NZM 2022, 49 (54 Rn. 82).

<sup>28</sup> LG Berlin NZM 2022, 617 (621 Rn. 47).

<sup>29</sup> LG Berlin NZM 2022, 617 (621 Rn. 49).

vermag zwar einen geringeren Teil der Schonfristfälle auszumachen, verdeutlicht jedoch, dass eine enge Verzahnung der beiden Rechtsmaterien, die eine erweiterte Auslegung des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB zwingend gebietet, in der Form nicht existiert.<sup>30</sup> Auch in den Gesetzesmaterialien ist der Wunsch nach erhöhtem sozialbehördlichem Einschreiten nur im Rahmen der Fristverlängerung genannt.<sup>31</sup>

Zuletzt könnte für eine Anwendung auch auf die ordentliche Kündigung die Zielsetzung des Reformgesetzgebers sprechen, welche in der „Vereinfachung des Mietrechts im Sinne von Klarheit, Verständlichkeit und Transparenz“ lag. Wendete man die Schonfristzahlung nämlich nur auf die außerordentliche Kündigung an, so wäre im Nachgang jeweils zu prüfen, ob die Zahlung etwas an dem Grund für die ordentliche Kündigung ändert. Zu befürchten wären daher unvorhersehbare Einzelfallentscheidungen. Dem ist jedoch damit zu begegnen, dass im Rechtsstaat das Recht die Praxis bestimmt, nicht die Praxis das Recht; zudem ist die Einzelfallentscheidung jeweils geboten, sodass die Aberkennung der Praxistauglichkeit bereits zweifelhaft ist.<sup>32</sup>

#### (4) Historische Auslegung

Auch die jüngere historische Entwicklung kann zur Auslegung des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB herangezogen werden. Zum einen wurde der Entwurf zum Zweiten Mietrechtsnovellierungsgesetz, der eine Erstreckung auch auf die ordentliche Kündigung enthielt, nicht Gesetz, zum anderen wurde ein die Erstreckung enthaltender Änderungsantrag zum Mietrechtsanpassungsgesetz mehrheitlich abgelehnt, wenn auch nur deshalb, weil man sich wegen Zeitdrucks und Relevanz der übrigen zu verabschiedenden Normen nicht noch mit weiteren Regelungen auseinandersetzen wollte.<sup>33</sup> Auch wenn daraus keine inhaltliche Ablehnung des Antrags lag, hat sich der Gesetzgeber bewusst für ein Aufschieben der Befassung mit der Sache entschieden und folglich die Gesetzeslage zunächst hingenommen.<sup>34</sup> Wie mit einem solchen „Verhalten“ des Gesetzgebers umzugehen ist, ist daher entscheidend. Die Gerichte sind schließlich nur an Gesetz und Recht gebunden. Aus diesem Grunde sind Vorarbeiten eines Gesetzes für dessen Auslegung nur mit Zurückhaltung für dessen Auslegung verwertbar; der Wille des Gesetzgebers muss für dessen Berücksichtigung einen hinreichend bestimmten Ausdruck im Gesetz gefunden haben.<sup>35</sup>

Auch ist zu beachten, dass generell eine Ablehnung eines Gesetzes nicht die Zustimmung zum kontradiktorischen Gegenteil bedeutet.<sup>36</sup> Erst recht kann darin nicht die Zustimmung zu einer – dazu nicht unbestrittenen – Rechtsprechung liegen. Der Gesetzgeber hat nicht gesprochen, sondern geschwiegen. Wann aus das Gesetzgebungsverfahren begleitenden Umständen eine Art beredtes Schweigen wird, um zur Auslegung herangezogen werden zu können, muss von eindeutiger Natur sein – ansonsten besteht die Gefahr, die Existenz bindender Gesetze anzunehmen, was mit der Gewaltenteilung unvereinbar wäre.<sup>37</sup> Aus historischen Gesichtspunkten kann daher das Schweigen des Gesetzgebers, das insbesondere nicht inhaltlichen, sondern praktischen Erwägungen geschuldet war, nicht als Auslegungskriterium dienen.<sup>38</sup>

---

<sup>30</sup> BGH NZM 2022, 49 (53 Rn. 72 ff.).

<sup>31</sup> BT-Drs. 14/4553, S. 64.

<sup>32</sup> BGH NZM 2022, 49 (52 Rn. 60 ff.).

<sup>33</sup> LG Berlin NZM 2022, 617 (623 Rn. 63).

<sup>34</sup> Vgl. BGH NJW-RR 2023, 20; *Börstinghaus*, NZM 2022, 442 (455); a.A. LG Berlin NZM 2022, 617 (623 Rn. 64 f.).

<sup>35</sup> BVerfG NJW 1960, 1563 (1564).

<sup>36</sup> *Häublein/Lehmann-Richter*, JZ 2023, 89 (92).

<sup>37</sup> LG Berlin NZM 2023, 554 (556 Rn. 32).

<sup>38</sup> LG Berlin NZM 2023, 554 (555 Rn. 17 ff.).

*Anmerkung:* Welcher Ansicht sich die Bearbeitenden anschließen, ist bei guter Argumentation letztendlich unerheblich. Da sich jedoch wahrscheinlich viele Studierende dem BGH anschließen, wird hier diesem gefolgt und ein Kündigungsgrund angenommen. Wird mit dem BGH angenommen, dass schon der Wortlaut eindeutig sei, sind die Überlegungen im Rahmen einer Analogie anzustellen.

#### dd) Härteeinwand, § 574 BGB

Das Mietverhältnis könnte jedoch aufgrund des Härteeinwands des M gem. § 574 Abs. 1 S. 1 BGB fortzusetzen sein.

#### (1) Form und Frist des Widerspruchs

Die Schriftform des § 574b Abs. 1 S. 1 BGB wurde eingehalten, die Frist von zwei Monaten vor Beendigung des Mietverhältnisses musste aufgrund mangelnden Hinweises nicht eingehalten werden, § 574b Abs. 2 S. 2 BGB. Grundsätzlich könnte M daher ein Widerspruchsrecht zustehen.

#### (2) Härtegrund

##### (a) Vorliegen eines Härtegrundes

Dafür müsste die ordentliche Kündigung eine besondere Härte für M darstellen. Als Härtegrund kommt gem. § 574 Abs. 2 BGB fehlender angemessener Ersatzraum in Betracht. Ein Ersatzwohnraum ist angemessen, wenn er den bisherigen Lebensumständen und Bedürfnissen des Mieters hinsichtlich Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage seiner Wohnung möglichst entspricht, wobei die Ersatzwohnung nicht völlig gleichwertig sein muss.<sup>39</sup> Die Wohnung muss zudem finanziell für den Mieter tragbar sein.<sup>40</sup> Das Gesetz zielt jedoch nicht auf den Fall ab, dass der Mieter eine besonders günstige Wohnung verlassen muss und er sich eine vergleichbare Wohnung nicht leisten kann.<sup>41</sup> Vielmehr muss er in einem solchen Fall Änderungen der bisherigen Lebenszuschnitte hinnehmen. Unzumutbar ist in der Regel eine Miete, die deutlich über der ortsüblichen Miete liegt.<sup>42</sup> Maßgeblich für die Beurteilung sind die Lebensführung des Mieters und seine persönlichen und finanziellen Lebensverhältnisse.<sup>43</sup> Der Mieter muss dafür konkret darlegen und beweisen, dass er sich um einen Ersatzwohnraum bemüht hat.<sup>44</sup>

Die Miete des M beträgt 7 €/qm (350 € Nettokaltmiete/50 qm), wohingegen verfügbare Vergleichswohnungen bei Immoscout derzeit bei 12 €/qm liegen. Gerechnet auf die Wohnung des M (50 qm) müsste er somit 250 € mehr zahlen. Allerdings ist bei dem Vergleich auf die ortsübliche Miete, welche bei 9 €/qm liegt und nicht auf die bisherige Miete abzustellen. Damit gerechnet ergibt sich dann ein Mehrbetrag von 150 € für eine derzeit verfügbare, gleichgroße Ersatzwohnung. Ein Nennwert, ab wann eine Miete deutlich über der ortsüblichen Vergleichsmiete liegt, kann nicht pauschal genannt werden, vielmehr sind die Lebensumstände des Mieters zu berücksichtigen. M ist Lehrling in einem Malerbetrieb und hat dementsprechend ein recht überschaubares Einkommen. Ein monatlicher Mehrbetrag von 150 € für eine vergleichbare Ersatzwohnung kann von M aufgrund dessen nicht tra-

<sup>39</sup> Emanuel, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2025, § 574 Rn. 25; BGH NJW 2019, 2765 (2771 Rn. 50).

<sup>40</sup> BGH NJW 2019, 2765 (2771 Rn. 50).

<sup>41</sup> LG Bremen WuM 2003, 333 = BeckRS 2003, 30925714.

<sup>42</sup> LG Bremen WuM 2003, 333 = BeckRS 2003, 30925714; Häublein, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 574 Rn. 13.

<sup>43</sup> BGH NJW 2019, 2765 (2771 Rn. 50).

<sup>44</sup> Hartmann, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB § 574 Rn. 30.

gen, womit die Miete der vergleichbaren Wohnung deutlich über der ortsüblichen Vergleichsmiete liegt. Schließlich hat M auch wahrheitsgemäß dargelegt, dass er sich um eine vergleichbare Ersatzwohnung bemüht hat. Somit liegt ein Härtegrund aufgrund einer fehlender angemessener Ersatzwohnung vor.

### (b) Interessenabwägung

Auch bei diesem Härtegrund findet eine Interessenabwägung im Einzelfall statt.

M hat durch die Zahlungsrückstände seine vertraglichen Pflichten aus dem Mietverhältnis schuldhaft verletzt (siehe oben). Dadurch entstand bei V ein berechtigtes Interesse an der ordentlichen Kündigung. Auf der anderen Seite muss die finanzielle und berufliche Situation des M berücksichtigt werden. M hatte sich gerade aufgrund der nicht ausreichenden ÖPNV-Anbindung für eine Wohnung nahe seiner Ausbildungsstätte entschieden, weil er aufgrund seiner finanziellen Situation sich kein Auto leisten kann. Er ist daher auf die Lage der Wohnung angewiesen. Seiner finanziellen Situation ist auch geschuldet, dass er den Mehrbetrag von 150 € für eine vergleichbare Ersatzwohnung nicht aufbringen kann. Zudem hat er die fehlenden Rückstände des Mietzinses, einschließlich der Verfahrenskosten an V zurückgezahlt. Es würde für M einen gravierenden Einschnitt in seine aktuelle Lebensführung bedeuten, wenn er aus der Wohnung ausziehen müsste. Aufgrund dessen fällt die Interessenabwägung zu seinen Gunsten aus.

### (c) Kein Ausschluss des Widerspruchsrechts

Dem könnte allerdings der Ausschlusstatbestand des § 574 Abs. 1 S. 2 BGB entgegenstehen. Danach ist das Widerspruchsrecht ausgeschlossen, wenn der Vermieter zur außerordentlichen Kündigung berechtigt ist.

#### (aa) Anwendbarkeit

Anhand einer systematischen Auslegung des § 574 Abs. 1 S. 2 BGB könnte man zwar die Überlegung anstellen, ob der Ausschlusstatbestand auch für den Abs. 2 gelten soll, allerdings sollte die Einführung des damaligen § 556a Abs. 1 S. 2 BGB a.F. (vor 2001; heute der § 574 Abs. 2 BGB) nur die bestehende Rechtslage bekräftigen.<sup>45</sup> Damals befand sich der Ausschluss des Widerspruchs in Abs. 4 des § 556a BGB a.F. und erfasste unproblematisch auch den Härtegrund des fehlenden Ersatzwohnraums in Abs. 1 S. 2. Mit der Überarbeitung des § 574 BGB n.F. bei der Mietrechtsreform 2001 sollte inhaltlich nichts an den beiden Regelungen – § 556a Abs. 1 S. 2 und Abs. 4 BGB – geändert werden<sup>46</sup> Auch ist kein sachlicher Grund ersichtlich, warum der Gesetzgeber den Härtegrund des § 574 Abs. 2 BGB nicht vom Ausschlusstatbestand erfasst sehen wollte. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die möglichen Auswirkungen seiner Systematik nicht hinreichend bedacht hat.<sup>47</sup> Folgerichtig gilt der Ausschlusstatbestand auch für § 574 Abs. 2 BGB.

#### (bb) Auswirkungen der Schonfristzahlung

V war zur außerordentlichen Kündigung berechtigt (siehe oben), allerdings war die Kündigung wegen der Schonfristzahlung des M ex tunc unwirksam. Fraglich ist, ob und ggf. wie sich dieser

---

<sup>45</sup> BT-Drucks VI/1549, S. 6.

<sup>46</sup> BT-Drs. 14/4553, S. 69; *Siegmund*, in: Blank/Börstinghaus/Siegmund, *Miete*, Kommentar, 7. Aufl. 2023, BGB § 575 Rn. 11.

<sup>47</sup> *Hartmann*, in: Schmidt-Futterer, *Mietrecht*, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB § 574 Rn. 10.

Umstand auf das Widerspruchsrecht auswirkt.

Es wird teilweise vertreten, dass die Beseitigung der außerordentlichen Kündigung mit Ex-tunc-Wirkung durch die Schonfristzahlung impliziere, den Mieter auch i.R.v. § 574 BGB so zu stellen, als habe er keinen Grund für eine außerordentliche Kündigung geliefert.<sup>48</sup> Im Wege einer teleologischen Reduktion solle § 574 Abs. 1 S. 2 BGB dahin einzuschränken sein, dass das Widerspruchsrecht mit einer wirksamen Schonfristzahlung entsteht oder wieder auflebt.<sup>49</sup> Angeführt werden rechtspolitische Gründe, insbesondere, dass Vermieter angesichts der sich verengenden Mietmärkte und erhöhten Ertragschancen bei Neuvermietung vermehrt dazu übergingen, die Schonfrist durch eine „kombinierte Kündigung“ zu unterlaufen.<sup>50</sup>

Allerdings scheinen schon die Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion fraglich. Für eine teleologische Reduktion ist eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes erforderlich. Die Beurteilung des Bestehens einer solchen Lücke erfolgt vom Standpunkt des Gesetzes und der ihm zugrundeliegenden Regelungsabsicht.

Nach dem Wortlaut des § 574 BGB genügt für den Ausschlussstatbestand das objektive Vorliegen eines Grundes, welcher zur außerordentlichen Kündigung berechtigt.<sup>51</sup> Der Vermieter muss die außerordentliche Kündigung nicht geltend machen. Auch in der Gesetzesbegründung zu § 565a BGB a.F., der alten Fassung des § 574 BGB, stellt der Gesetzgeber klar, dass beim objektiven Vorliegen von Gründen, die zur „fristlosen“<sup>52</sup> Kündigung berechtigen, kein Raum für den Schutz des Mieters bleibt.<sup>53</sup> Schon dies spricht dafür, dass die Wirkung der Schonfristzahlung eine teleologische Reduktion nicht begründen kann. Denn wenn das objektive Vorliegen des Grundes zur außerordentlichen Kündigung ausreicht, der Vermieter die Kündigung aber nicht auf diesen Grund stützt, bzw. nur ordentlich kündigt, kann der Mieter nach der hier vertretenen Auffassung keine Schonfristzahlung leisten.

Darüber hinaus sprechen auch der Sinn und Zweck der Norm gegen eine teleologische Reduktion. Das Widerspruchsrecht aus § 574 BGB soll für den Mieter aus sozialen Gründen unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit schaffen, trotz berechtigter Kündigung des Vermieters die Fortsetzung des Mietverhältnisses beanspruchen zu können. Ein solcher Anspruch soll dem Mieter indes nicht gewährt werden, wenn gravierende Vertragsstörungen eingetreten sind, die zur außerordentlichen Kündigung berechtigen.<sup>54</sup> Schutz erfahren soll nur der vertragstreue Mieter.

Schließlich ist die Schonfristzahlung schon lange im BGB normiert – eine ausdrückliche Regelung im Gesetz, die den Schutz des Mieters über die Unwirksamkeit einer ausgesprochenen fristlosen Kündigung hinaus noch weiter auf die ordentliche Kündigung ausdehnen und dem Mieter auch für diesen Fall die Möglichkeit des Widerspruchs nach § 574 Abs. 1 S. 2 BGB gewähren soll, hat der Gesetzgeber nie vorgesehen. Eine planwidrige Regelungslücke besteht nach dem zuvor Gesagten nicht. Damit wirkt sich auch die Schonfristzahlung nicht auf den Ausschlussstatbestand des § 574 Abs. 1 S. 2 BGB aus.

M kann folglich keinen Härteeinwand geltend machen.

---

<sup>48</sup> Häublein, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 574 Rn. 32.

<sup>49</sup> LG Berlin (Zivilkammer 64), Hinweisbeschl. v. 1.3.2018 – 64 S 191/17 = BeckRS 2018, 13545.

<sup>50</sup> LG Berlin (Zivilkammer 64), Hinweisbeschl. v. 1.3.2018 – 64 S 191/17 = BeckRS 2018, 13545.

<sup>51</sup> BGH, Urt. v. 1.7.2020 – VIII ZR 323/18, Rn. 27; Emanuel, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2025, § 574 Rn. 60.

<sup>52</sup> Nach dem damaligen Wortlaut des Gesetzes; BT-Drs. 3/1234, S. 74.

<sup>53</sup> BT-Drs. 3/1234, S. 74.

<sup>54</sup> Hartmann, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, § 574 Rn. 10.

#### ee) Kündigungsfrist

V müsste auch die Kündigungsfrist gewahrt haben. Gem. § 573c Abs. 1 BGB beträgt die Kündigungsfrist drei Monate abzüglich dreier Werktage (Karenztage).<sup>55</sup> Gekündigt hat V zum 30.6.2024. Daher hätte die Kündigung spätestens bis zum 3.4.2024 bei M zugehen müssen. Die Kündigung ist schon am 10.3.2024 bei M eingegangen. Folglich hat V die Kündigungsfrist gewahrt.

#### c) Zwischenergebnis

V hat das Mietverhältnis wirksam zum 30.6.2024 beendet.

### 3. Ergebnis Anspruch auf Herausgabe

V hat am 31.7.2024 einen Anspruch gegen M auf Herausgabe der Wohnung gem. § 546 Abs. 1 BGB.

#### II. Anspruch aus § 985 BGB

Die Herausgabe der Wohnung kann V als Eigentümer auch im Wege des Herausgabeanspruchs aus § 985 BGB verlangen. Dieser steht zu § 546 Abs. 1 BGB in Anspruchskonkurrenz.

M hat die tatsächliche Sachherrschaft der Wohnung inne und ist damit Besitzer der Wohnung, § 854 BGB. Durch die wirksame Kündigung hat M ab dem 1.7.2024 kein Recht zum Besitz mehr i.S.v. § 986 BGB. Damit besteht auch ein Anspruch aus § 985 BGB.

#### III. Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 1 BGB

Zudem besteht ein Herausgabeanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 1 BGB.

#### IV. Anspruch V gegen M auf Entschädigung wegen verspäteter Rückgabe gem. § 546a Abs. 1 BGB

M könnte aufgrund der verspäteten Rückgabe der Mietsache ein Entschädigungsanspruch gegen M gem. § 546a Abs. 1 BGB zustehen.

#### 1. Beendeter Mietvertrag

Zunächst müsste ein wirksam vereinbarter Mietvertrag beendet worden sein. V kündigte M ordentlich und wirksam (siehe oben) zum 30.6.2024. Damit liegt ein beendeter Mietvertrag vor.

#### 2. Nicht erfolgte Herausgabe

Darüber hinaus dürfte M die Mietsache V nicht nach Beendigung des Mietverhältnisses zurückgegeben haben. M ist noch im Besitz der Wohnung, eine Herausgabe ist nicht erfolgt.

#### 3. Rechtsfolge: Entschädigung

Folglich kann V gem. § 546a Abs. 1 BGB für die Dauer der Vorenthaltung als Entschädigung die vereinbarte Miete oder die Miete verlangen, die für vergleichbare Sachen ortsüblich ist. Der Anspruch

---

<sup>55</sup> Häublein, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 573c Rn. 6.

bestimmt sich nach dem jeweils höheren Betrag.<sup>56</sup> Da M für Juli die Vertragsmiete gezahlt hat, hat er V nur die Differenz zur ortsüblichen Vergleichsmiete zu erstatten, d.h. 100 €  $([9-7 \text{ €}] \times 50 \text{ qm})$ .

## V. Gesamtergebnis zu Frage 1

V hat sowohl aus § 546 Abs. 1 BGB als auch aus § 985 BGB und § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 1 BGB einen Anspruch auf Herausgabe der Wohnung gegen M am 31.7.2024. Zudem kann V gem. § 546a Abs. 1 BGB 100 € von M verlangen.

## Frage 2: Stehen M gegen V Ansprüche wegen der vorgenommenen Schönheitsreparaturarbeiten zu?

### I. Anspruch M gegen V auf Ersatz gem. § 536a Abs. 2 BGB<sup>57</sup>

Ein Anspruch des M gegen V auf Ersatz der für die Schönheitsreparaturarbeiten aufgewendeten Kosten gem. § 536a Abs. 2 BGB würde einen Mangel voraussetzen, d.h. eine Abweichung der vertraglichen Soll- zur Ist-Beschaffenheit, die die Gebrauchstauglichkeit der Sache beeinträchtigt. Die Soll-Beschaffenheit bestimmt sich in erster Linie nach der Beschaffenheitsvereinbarung der Mietvertragsparteien, die auch konkludent getroffen werden kann.<sup>58</sup> M hat die Wohnung mit bereits deutlichen Gebrauchsspuren an den Wänden als vertragsgemäß angenommen. Eine solche negative Beschaffenheitsvereinbarung führt dazu, dass die Renovierungsbedürftigkeit an sich keinen Mangel begründet und mithin gerade keine Renovierungspflicht des Vermieters auslöst.<sup>59</sup> Auch die in den folgenden Jahren eintretenden Abnutzungserscheinungen durch den vertragsgemäßen Gebrauch durch M begründen daher keinen Mangel wegen Renovierungsbedürftigkeit. Ein Mangel wird in einem solchen Fall erst dann angenommen, wenn sich der vereinbarte Zustand der Renovierungsbedürftigkeit dergestalt verschlechtert, dass nicht mehr nur der Dekorationszustand betroffen ist, sondern funktionale Beeinträchtigungen der Mietsache bzw. Substanzschäden zu verzeichnen sind.<sup>60</sup> Aufgrund dessen scheidet ein Anspruch gem. § 536a Abs. 2 BGB aus.

### II. Anspruch M gegen V auf Ersatz gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB

M könnte gegen V gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für die vorgenommenen Schönheitsreparaturen haben. Dies wäre dann der Fall, wenn V durch die Verwendung einer unwirksamen AGB schuldhaft eine vorvertragliche Pflicht verletzt hätte und M dadurch ein Schaden entstanden ist.

#### 1. Vorvertragliches Schuldverhältnis

Vor Abschluss des Vertrags kam es zu Vertragsverhandlungen, sodass ein vorvertragliches Schuldverhältnis gem. § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB angenommen werden kann.

---

<sup>56</sup> BGH NJW 1999, 2808.

<sup>57</sup> Vgl. dazu auch Häublein, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 535 Rn. 182.

<sup>58</sup> Siegmund, in: Blank/Börstinghaus/Siegmund, Miete, Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 536 Rn. 3.

<sup>59</sup> Gsell/Mayrhofer, NZM 2020, 1065 (1069).

<sup>60</sup> Sehr schön erklärt bei Gsell/Mayrhofer, NZM 2020, 1065 (1069).

## 2. Vorvertragliche Pflichtverletzung

Das vorvertragliche Schuldverhältnis verpflichtet gem. § 241 Abs. 2 BGB zur gegenseitigen Rücksichtnahme auf Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils. Die Verwendung einer unwirksamen AGB kann grundsätzlich einen solchen Sorgfaltspflichtverstoß bedeuten.<sup>61</sup> V müsste folglich mit § 5 des Mietvertrags M gegenüber unwirksame AGB verwandt haben.

### a) Vorliegen von AGB

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind gem. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt.

Der Mietvertrag und damit auch dessen § 5 gestalten den Vertragsinhalt und sind folglich Vertragsbedingungen.<sup>62</sup> Weiterhin müssten sie von V als Verwender bei Vertragsschluss gestellt, d.h. einseitig in den Vertrag eingeführt worden sein. Fraglich ist hier, inwiefern es sich auswirkt, dass M den Vertrag auf Verlangen des V zum Vertragsschluss mitgebracht hat. Ziel der Regelung ist jedoch, denjenigen als Verwender zu betrachten, der die entsprechenden Regelungen initiativ in den Vertrag aufnehmen will, ihre Einbeziehung somit verlangt.<sup>63</sup> Daher wurden die Bedingungen auch von V gestellt. Auch wurden sie gem. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB nicht im Einzelnen ausgehandelt – V gab M nicht die Möglichkeit, auf die Vertragsbedingungen oder im Speziellen § 5 des Mietvertrags Einfluss nehmen zu können.

Zuletzt müssten die Regelungen für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert worden sein. Eine Vielzahl von Verwendungen wird ab einer dreimaligen Nutzung angenommen.<sup>64</sup> V hat den Vertrag jedoch erstmalig genutzt. Allerdings kommt es für die Mehrfachverwendungsabsicht auf denjenigen an, der die Vertragsbedingungen vorformuliert hat.<sup>65</sup> Dies kann folglich auch ein Dritter, wie hier Häuser & Grundstücke e.V., sein. Da dieser das Formular zur Nutzung anbot, ist davon auszugehen, dass es schon mehr als dreimal verwendet worden bzw. zur mehrfachen Verwendung vorgesehen ist. Folglich waren die vorformulierten Vertragsbedingungen auch für eine Vielzahl von Verwendungen bestimmt. Damit ist § 5 des Mietvertrags eine AGB i.S.v. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB.

### b) Einbeziehung

Die AGB müssten gem. § 305 Abs. 2 BGB wirksam einbezogen worden sein. Wird ein Formularmietvertrag wie dieser schriftlich unterzeichnet, ist § 305 Abs. 2 BGB dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass die Regelungen nach allgemeinen rechtsgeschäftlichen Prinzipien zum Vertrag werden.<sup>66</sup> Nach diesen Grundsätzen haben M und V einen Vertrag durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen in Form des schriftlichen Formularmietvertrags geschlossen. § 5 des Mietvertrags wurde folglich wirksam einbezogen.

---

<sup>61</sup> BGH NJW 2009, 2590 (2590 Rn. 10).

<sup>62</sup> Lehmann-Richter, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.9.2024, § 305 Rn. 86.

<sup>63</sup> Lehmann-Richter, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.9.2024, § 305 Rn. 127.

<sup>64</sup> BGH NJW 2002, 138 (138 f.).

<sup>65</sup> Becker, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2024, § 305 Rn. 25.

<sup>66</sup> Lehmann-Richter, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.9.2024, § 305 Rn. 255; BGH NJW 1995, 190.

**c) Inhaltskontrolle, §§ 307 ff. BGB**

Um wirksam zu sein, müsste § 5 des Mietvertrags der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB standhalten.

**aa) Eröffnung, § 307 Abs. 3 S. 1 BGB**

Dafür müsste die Inhaltskontrolle zunächst eröffnet sein. Dies ist sie gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB dann, wenn die Regelung von den gesetzlich vorgesehenen abweicht oder sie ergänzt. § 5 des Mietvertrags überträgt die Schönheitsreparaturarbeiten dem Mieter, obwohl sie im Rahmen von Erhaltungsmaßnahmen gem. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB grundsätzlich dem Vermieter aufgetragen sind. Folglich weicht sie von den gesetzlichen Vorschriften ab; die Inhaltskontrolle ist eröffnet.

**bb) Spezielle Klauselverbote, §§ 308, 309 BGB**

Ein Verstoß von § 5 des Mietvertrags gegen die speziellen Klauselverbote gem. §§ 308, 309 BGB ist nicht ersichtlich.

**cc) § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB**

§ 5 des Mietvertrags könnte gem. § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sein, wenn die Regelung M unangemessen benachteiligen würde, indem sie mit dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

§ 5 Abs. 1 MV überträgt die Schönheitsreparaturen dem Mieter. Dies ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, ist doch davon auszugehen, dass sich dieser Umstand in der Bemessung der Miete auswirkt.<sup>67</sup> Auch die beschriebenen Arbeiten in § 5 Abs. 2 des Mietvertrags sind typische Schönheitsreparaturarbeiten.<sup>68</sup> Der Mieter soll aber nicht zu mehr verpflichtet werden, als es der Vermieter nach den gesetzlichen Vorschriften gewesen wäre. Damit unvereinbar ist folglich ein strenger Fristenzeitplan, nach welchem die Räume in einem bestimmten Abstand – vom tatsächlichen Zustand der Wohnung unabhängig – zu renovieren sind. § 5 Abs. 3 des Mietvertrags hingegen besagt nur, dass die Arbeiten „allgemein“ und insbesondere „falls erforderlich“ in den dort genannten Zeitabständen zu erledigen sind. Eine solche weiche Frist ist damit grundsätzlich eher Leitlinie als Verpflichtung; vielmehr soll der Mieter – wie auch bei gesetzlicher Lage der Vermieter – nur dann tätig werden, wenn die Räume tatsächlich renovierungsbedürftig sind. So hat der Mieter auch weiterhin durch einen sorgsamen Umgang mit der Mietsache einen Einfluss darauf, wann die Arbeiten fällig werden.

Fraglich ist aber, wie es sich auswirkt, dass die Wohnung bereits zu Beginn des Mietverhältnisses Gebrauchsspuren in Form von gräulichen Wandabzeichnungen und einer stark beanspruchten Küche aufwies. Wird die Wohnung unrenoviert übergeben und werden dem Mieter die Schönheitsreparaturen auferlegt, ist es nämlich faktisch nicht möglich, bei der Vornahme der Arbeiten seine eigenen Abnutzungen zu renovieren, die des Vermieters jedoch nicht. Dies führte dazu, dass der Mieter letzten Endes doch zu mehr verpflichtet wäre, als es der Vermieter gewesen wäre. Um diesen Umstand auszugleichen, ist eine derartige Klausel bei Überlassung einer renovierungsbedürftigen Wohnung nur wirksam, wenn ein angemessener Ausgleich gezahlt worden ist.<sup>69</sup> Zu beachten ist, dass eine Wohnung nicht erst dann als unrenoviert gilt, wenn sie völlig abgewohnt ist; es genügen nicht ganz unerhebliche Gebrauchsspuren, die aus einem vorvertraglichen Zeitraum resultierten. Dies ist bei Wandabzeichnungen und erkennbar stark genutzter Küche der Fall. V zahlte M jedoch keinen Ausgleich.

<sup>67</sup> *Wurmnest*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 307 Rn. 134.

<sup>68</sup> Vgl. § 28 Abs. 4 S. 3 Zweite Berechnungsverordnung; BGH NJW 2010, 674.

<sup>69</sup> BGH NJW 2015, 1594.

An einer solchen Regelung hat V kein schützenswertes Interesse. Der Grundgedanke von § 535 Abs. 1 S. 2 BGB, den bei Überlassung vereinbarten Zustand zu erhalten, würde vertan und M unangemessen benachteiligen. Folglich ist die Klausel gem. § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

#### dd) Rechtsfolge

Gem. § 306 Abs. 1 BGB bleibt der Mietvertrag ansonsten bestehen. Soweit die Klauseln unwirksam sind, greifen gem. § 306 Abs. 2 BGB die gesetzlichen Vorschriften, sodass V gem. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB die Pflicht gehabt hätte, zu renovieren.

### 3. Vertretenmüssen, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB

V müsste die Pflichtverletzung auch zu vertreten haben. Dies wird grundsätzlich gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet. V hat keine gegenteiligen Aspekte vorgebracht. Auch war die Rechtsprechung des BGH zum Verwendungszeitpunkt bereits bekannt.<sup>70</sup> Damit liegt auch das Vertretenmüssen vor.

### 4. Schaden

Der Schaden wird anhand der Differenzhypothese ermittelt. Da M dachte, zur Vornahme der Schönheitsreparaturen wirksam verpflichtet worden zu sein, hat er sämtliche Kosten für die Renovierung getragen und drei Stunden seiner Arbeitskraft eingesetzt. Hätte V die Klausel nicht verwendet, hätte er gem. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB die Schönheitsreparaturen übernehmen müssen. Er hätte folglich den Zustand wiederherstellen müssen, den die Parteien bei Vertragsschluss als vertragsgemäß angenommen haben. Dies ist die unrenovierte Wohnung.<sup>71</sup> Wenn M nun allerdings verlangen könnte, die Wohnung zu renovieren, könnte auch er im Grunde mehr verlangen, als ihm vertraglich an Erhaltungsmaßnahmen zustünde. Denn nicht nur wäre eine Renovierung bis auf den Stand der Übergabe kaum praktikabel, sie wäre zudem auch wirtschaftlich wenig sinnvoll und von den Parteien im Zweifel auch nicht gewollt.<sup>72</sup> Dies aber wäre unbillig und könnte daher nach dem Gebot von Treu und Glauben gem. § 242 BGB insofern einzuschränken sein, als der Anspruch des M auf Durchführung der Schönheitsreparaturen nur unter in der Regel hälftiger finanzieller Beteiligung desselben besteht.<sup>73</sup> Dagegen könnte zwar die Gefahr sprechen, dass der Vermieter Renovierungen bewusst auf Kosten des Mieters unternehmen und ihn somit letztlich auch aus der Wohnung drängen könnte, hat dieser die Maßnahmen des Vermieters doch zu dulden, § 555a Abs. 1 BGB.<sup>74</sup> Nehme man jedoch an, die Vereinbarung würde eine Wohnung, deren Räume von Zeit zu Zeit dekorativ hergerichtet würden, umfassen, würde dies einen Umfang der Erhaltungspflicht bedeuten, der über denjenigen der Überlassungspflicht hinausginge, was nur bei entsprechender Parteivereinbarung angenommen werden kann.<sup>75</sup>

---

<sup>70</sup> BGH NJW 2015, 1594.

<sup>71</sup> BGH NJW 2020, 3517 (3520 Rn. 26); Häublein, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 535 Rn. 178; a.A. Flatow, WuM 2009, 208 (109).

<sup>72</sup> BGH NJW 2020, 3517 (3521 Rn. 38).

<sup>73</sup> BGH NJW 2020, 3517 (3521 Rn. 43 f.).

<sup>74</sup> Vgl. Drasdo, NJW-Spezial 2020, 610 m.w.N.

<sup>75</sup> Vgl. BGH NZM 2020, 704 (707 Rn. 27 ff.).

*Anmerkung:* Da diese Rechtsprechung auf erhebliche Kritik gestoßen ist, ist auch hier die verfolgte Ansicht zweitrangig.

Folgt man dem, hätte M nur dann die Schönheitsreparaturarbeiten verlangen können, wenn er V einen angemessenen Ausgleich gezahlt hätte. V hätte folglich 50 € Materialkosten und die Hälfte derjenigen Kosten verlangen können, die für die Arbeitsleistung fällig geworden wären. Für drei Stunden kann ein Malermeister marktübliche 150 € veranschlagen. M ist indes noch in der Ausbildung, hat die Arbeiten jedoch fachmännisch durchgeführt. Er hätte seine Arbeit am Markt wahrscheinlich für etwas weniger als 150 € anbieten können; eine Reduzierung auf den Stundenlohn, den er in seiner Ausbildung bekommt, wäre außerhalb ebendieser jedoch nicht sachgerecht.

M ist folglich kein Schaden i.H.v. 100 €, sondern nur i.H.v. 50 € bezüglich der Materialkosten entstanden und bezüglich der eigenen Arbeitsleistung in Höhe der Differenz des Betrags, den er am Markt für seine Leistung erzielen könnte, zu den 75 €, die M durch die hälftige Teilung der Kosten für einen Fachmann hätte zahlen müssen.<sup>76</sup>

*Anmerkung:* Die Höhe des Schadensersatzes sollte jedenfalls thematisiert werden.

## 5. Durchsetzbarkeit

Zuletzt dürfte der Anspruch nicht verjährt sein, § 214 Abs. 1 BGB. Gem. § 548 Abs. 2 BGB verjährt der Anspruch des Mieters auf Ersatz von Aufwendungen, worunter auch Schadensersatz- und Bereicherungsansprüche wegen unwirksamer Schönheitsreparaturklauseln fallen,<sup>77</sup> sechs Monate nach Beendigung des Mietvertrags, d.h. im Fall des M am 31.12.2024. Anfang August steht M der Anspruch folglich noch zu.

## 6. Ergebnis

M hat gegen V gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für die vorgenommenen Schönheitsreparaturen i.H.v. 50 € und der Differenz zwischen 75 € und dem Wert seiner Arbeitsleistung.

### III. Anspruch M gegen V auf Ersatz gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 Alt. 1 BGB

#### 1. Etwas erlangt

Der von V erlangte vermögenswerte Vorteil besteht in den durchgeführten Renovierungsarbeiten durch M.

#### 2. Durch Leistung des M

M glaubte, mit den Renovierungsarbeiten eine Pflicht aus dem Mietvertrag zu erfüllen. Somit handelte M ziel- und zweckgerichtet zur Erhöhung fremden Vermögens und damit durch Leistung.

---

<sup>76</sup> Vgl. dazu BGH NJW 2009, 2590.

<sup>77</sup> Reuschle, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2024, § 548 Rn. 34; Häublein, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 535 Rn. 185.

### 3. Ohne Rechtsgrund

Aufgrund der Unwirksamkeit der Klausel geschah dies auch ohne Rechtsgrund, denn danach war V zur Renovierung verpflichtet, allerdings nur unter (hälftiger) Beteiligung des M.

### 4. Rechtsfolge

Gem. § 818 Abs. 1, Abs. 2 BGB ist für körperliche Leistungen aufgrund fehlender Herausgabemöglichkeit Wertersatz für dasjenige zu leisten, was ohne Rechtsgrund erlangt wurde. Somit kann M zunächst einmal Materialkosten i.H.v. 50 € ersetzt verlangen. Fraglich ist, in welcher Höhe M Wertersatz für die geleistete Arbeitszeit von drei Stunden verlangen kann. Grundsätzlich ist in diesen Fällen der Wert der üblichen, hilfsweise der angemessenen Vergütung anzusetzen.<sup>78</sup> Aufgrund der Tatsache, dass im Fall von Renovierungsarbeiten die Mieter diese meist in Eigenleistung erbringen, wird jedoch teilweise angenommen, der Wert bemesse sich üblicherweise nur nach dem, was der Mieter billigerweise neben einem Einsatz an freier Zeit als Kosten für das notwendige Material sowie als Vergütung für die Arbeitsleistung seiner Helfer aus dem Verwandten- und Bekanntenkreis aufgewendet hat oder hätte aufwenden müssen. Gleichzeitig könnte jedoch in Fällen, in denen der Mieter die Arbeiten im Rahmen einer selbstständigen beruflichen Tätigkeit ausführt, ein höherer Wert anzusetzen sein.<sup>79</sup> Auch an dieser Stelle ist der Wert der Leistung von Malerlehrling M daher wohl höher als sein Stundenlohn, jedoch weniger als die eines Malermeisters anzusetzen. Der Anspruch ist aufgrund der Beteiligungspflicht des M jedoch wiederum um das zu kürzen, was V von M wegen der Kosten für einen Handwerker verlangen könnte, d.h. um 75 €.

### 5. Durchsetzbarkeit

Der Anspruch ist auch durchsetzbar, insbesondere nicht gem. §§ 214 Abs. 1, 548 Abs. 2 BGB, verjährt.

### 6. Ergebnis

M hat einen Anspruch gegen V auf Ersatz gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 Alt. 1 BGB i.H.v. 50 € und der Differenz zwischen 75 € und dem Wert seiner Arbeitsleistung.

## IV. Gesamtergebnis zu Frage 2

M hat gegen V Zahlungsansprüche sowohl aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB als auch aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 Alt. 1 BGB wegen der vorgenommenen Schönheitsreparaturarbeiten.

---

<sup>78</sup> Sprau, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 818 Rn. 21.

<sup>79</sup> BGH NJW 2009, 2590 (2592 Rn. 24).

## Anfängerklausur im Sachenrecht: Bei der Probefahrt falsch abgebogen?\*

Wiss. Mitarbeiterin Clara Ffion Wenzel, Stud. Hilfskraft Jonas Krones, Augsburg\*\*

### Sachverhalt Teil 1

C ist leidenschaftliche Rennradfahrerin, als Studentin allerdings etwas knapp bei Kasse. Deshalb entschließt sie sich, ein gebrauchtes Fahrrad über eine lokale Anzeigenplattform zu suchen. Als sie ein passendes Modell findet, vereinbart sie mit der Verkäuferin V einen Termin zur Besichtigung des Fahrrads.

Bei dem Termin überzeugt sich C vom guten Zustand des Fahrrads. C fragt V, ob sie das Fahrrad ausprobieren dürfe, schließlich müsse sie bei einem gebrauchten Fahrrad die Schaltung und die Bremsen ausprobieren. V willigt in eine Probefahrt ein und händigt C das Fahrrad aus. Eine zeitliche oder örtliche Beschränkung der Probefahrt wird nicht vereinbart. Ferner hinterlegt C auch keinen Ausweis oder ähnliche Sicherheit bei V. C fährt aus der Straße der V hinaus und radelt eine kleine Runde. Das Fahrrad gefällt ihr sehr gut, sie ist begeistert. Erst jetzt entschließt sie sich spontan dazu, das Fahrrad nicht wieder zurückzubringen, und fährt damit direkt weiter.

Nach einiger Zeit und vielen Kilometern klackert beim Schalten die Kette. Eine gute Freundin von C ist die Hobby-Schrauberin S. S kennt sich als Fahrradliebhaberin mit Rädern aus und bietet C an, sie könne sich das Rad mal ansehen. Hierfür bringt C der S das Fahrrad vorbei und lässt es bei S in der Wohnung stehen.

S stellt allerdings fest, dass sie das Fahrrad nicht mehr reparieren kann. Der Rahmen gefällt ihr jedoch so gut, dass sie C das Fahrrad trotzdem als Deko-Artikel abkaufen möchte. C stimmt zu und die beiden vereinbaren, dass S das Rad gleich behalten darf.

### Fallfrage 1a

Wer ist Eigentümerin des Fahrrads?

### Fallfrage 1b

Ändert sich am Ergebnis von Frage 1a etwas, wenn V das Fahrrad ursprünglich bei der Polizei codieren ließ? Bei diesem unter Fahrradfahrerinnen bekannten Diebstahlschutz (sog. Registrierung) graviert die Polizei eine Nummer in das Fahrrad ein, welche anschließend vermerkt wird, was das Auf-

---

\* Die Klausur wurde an der Universität Augsburg als Anfängerklausur für die Vorlesung „Sachenrecht“ im Wintersemester 2023/2024 gestellt. Die Durchfallquote lag bei 42 %, der Schnitt bei 4,68 Punkten. Es handelt sich um eine Klausur durchschnittlicher Schwierigkeit. Die erste Frage behandelt grundlegende Probleme im Bereich des gutgläubigen Erwerbs, die zweite Frage ist aufgrund der Schnittstellen zum BGB AT etwas anspruchsvoller. Frage 1 war mit ca. 60 %, Frage 2 mit ca. 40 % zu gewichten. Vor allem die zweite Frage stellte Studierende vor erhebliche Schwierigkeiten, die richtige Anspruchsgrundlage wurde nur selten erkannt.

\*\* Die Verf. Wenzel ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (Prof. Dr. Leonhard Hübner, MJur [Oxford]) der Universität Augsburg, der Verf. Krones ist Stud. Hilfskraft ebenda. Die Verf. danken Prof. Dr. Leonhard Hübner für die wertvolle Hinweise und Unterstützung bei der Abfassung des Beitrags.

finden des Rads nach einem Diebstahl erleichtert. Die Polizei könnte das Rad der V bei einem Fund an V zurückführen.

Den Code hatte C durch viele gezielte Kratzer unkenntlich gemacht. Dies fällt S als Fahrradliebhaber bei ihrer versuchten Reparatur auf und sie fragt daher nochmal nach, was es mit den Kratzern auf sich hat. C ist entrüstet und wirft S vor, ihr nicht zu vertrauen. Sie hätte den Code entfernt, da ihr Datenschutz wichtig sei. Um ihre Freundin nicht noch mehr zu verärgern, fragt S nicht weiter nach.

### Sachverhalt Teil 2

Auch die Triathletin T möchte sich für die anstehende Saison ein neues Rennrad kaufen. Sie trifft auf die Rentnerin R, die eines ihrer alten Räder verkauft, selbst jedoch nicht so viel über Fahrräder weiß. R hatte das Fahrrad als Carbonrad annonciert.

T erkennt für sich nun eine günstige Möglichkeit und überzeugt R davon, dass das Fahrrad gar nicht aus dem besonders leichten Carbon, sondern nur aus gewöhnlichem Aluminium bestehe. Dadurch gelingt es ihr, den Preis deutlich nach unten zu handeln. T erwirbt nun das Rad von R.

R findet später bei einem Gespräch mit ihrer Enkelin heraus, dass sie von T ausgetrickst worden ist. Sie erklärt nun gegenüber T, dass sie aufgrund dieser trügerischen Schwindelei das ganze Geschäft rückgängig machen möchte.

T gibt das Fahrrad an R heraus. R ist damit allerdings noch nicht zufrieden, da ihre Enkelin sie darauf hingewiesen hat, dass die Tagesmiete für ein vergleichbares Rennrad ca. 30 € beträgt, T aber nun zwei Wochen kostenlos mit dem Fahrrad gefahren ist. R fragt sich deshalb, ob sie von T noch Geld verlangen kann.

### Fallfrage 2

Hat R gegen T einen Anspruch?

### Bearbeitungsvermerk

Auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen ist (ggf. hilfs-)gutachtlich einzugehen.

Bei Frage 1b dürfen Sie für alle unveränderten Ausführungen nach oben zu Frage 1a verweisen.

### Lösungsvorschlag

<b>Fallfrage 1a</b> .....	<b>87</b>
<b>I. Ursprüngliche Eigentümerstellung</b> .....	<b>87</b>
<b>II. Eigentumsübertragung von V an C durch Übergabe des Fahrrads</b> .....	<b>87</b>
<b>III. Eigentumsübertragung von C an S durch das Vorbeibringen des Fahrrads zur Reparatur</b> .....	<b>87</b>
<b>IV. Eigentumsübertragung von C an S durch die Vereinbarung, dass S das Rad behalten dürfe</b> .....	<b>87</b>
1. Dingliche Einigung gem. § 929 S. 1 BGB.....	87
2. Entbehrlichkeit der Übergabe gem. § 929 S. 2 BGB.....	87
3. Berechtigung .....	88

Wenzel/Krones: Bei der Probefahrt falsch abgebogen?

a) Verfügungsberechtigung der C.....	88
b) Gutgläubiger Eigentumserwerb der S gem. §§ 929 S. 2, 932 BGB .....	88
aa) Besitzerlangung vom Veräußerer gem. § 932 Abs. 1 S. 2 BGB.....	88
bb) Guter Glaube der S.....	88
cc) Kein Abhandenkommen gem. § 935 Abs. 1 S. 1 BGB.....	88
(1) Besitzlockerung.....	89
(2) Besitzdienerschaft der C .....	89
(3) Zwischenergebnis .....	90
dd) Kein Abhandenkommen gem. § 935 Abs. 1 S. 2 BGB.....	90
ee) Zwischenergebnis .....	91
<b>V. Ergebnis .....</b>	<b>91</b>
<b>Fallfrage 1b.....</b>	<b>91</b>
<b>I. Ursprüngliche Eigentümerstellung.....</b>	<b>91</b>
<b>II. Eigentumsübertragung von V an C.....</b>	<b>91</b>
<b>III. Eigentumsübertragung von C an S durch Übergabe .....</b>	<b>91</b>
<b>IV. Eigentumsübertragung von C an S durch die Vereinbarung, S dürfe das Rad behalten</b>	<b>91</b>
<b>Fallfrage 2.....</b>	<b>92</b>
<b>I. Nutzungsherausgabeanspruch aus §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1 S. 1 BGB .....</b>	<b>92</b>
1. Vindikationslage zum Zeitpunkt der Nutzungsziehung.....	92
a) Eigentümerstellung der T .....	92
aa) Dingliche Einigung .....	93
(1) Anfechtungserklärung und Gegner .....	93
(2) Anfechtungsgrund .....	93
(3) Anfechtungsfrist.....	94
bb) Zwischenergebnis.....	94
b) Besitz der T .....	94
c) Kein Recht zum Besitz der T gegenüber R.....	94
2. Ziehen von Nutzungen .....	95
3. Bösgläubigkeit.....	95
4. Ergebnis.....	96
<b>II. Nutzungsherausgabeanspruch aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 1 und 2 BGB .....</b>	<b>96</b>
<b>III. Ergebnis .....</b>	<b>97</b>

## Fallfrage 1a

### I. Ursprüngliche Eigentümerstellung

Ursprünglich war V Eigentümerin des Fahrrads, was sich aus der Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 2 BGB ergibt.

### II. Eigentumsübertragung von V an C durch Übergabe des Fahrrads

Möglicherweise hat C von V Eigentum an dem Fahrrad nach § 929 S. 1 BGB erworben, als V ihr das Fahrrad für die Probefahrt ausgehändigt hat.

Hierfür ist erforderlich, dass zunächst eine dingliche Einigung, gerichtet auf die Übertragung des Eigentums an dem Fahrrad, zwischen V und C vorlag. C und V haben sich dahingehend geeinigt, dass C das Fahrrad im Wege einer Probefahrt ausprobieren konnte. Die Einigung war somit nicht auf die Übertragung des Eigentums an dem Fahrrad gerichtet. Folglich lag keine Einigung i.S.d. § 929 S. 1 BGB vor. Durch das Aushändigen des Fahrrads hat C kein Eigentum an dem Fahrrad nach § 929 S. 1 BGB erworben.

V war damit weiterhin Eigentümerin des Fahrrads.

### III. Eigentumsübertragung von C an S durch das Vorbeibringen des Fahrrads zur Reparatur

Möglicherweise hat V ihr Eigentum an dem Fahrrad verloren, als C das Fahrrad an S zur Reparatur ausgehändigt hat. Allerdings fehlt es auch hier an einer dinglichen Einigung, denn C hat S das Fahrrad nur vorbeigebracht, damit S sich die Kette anschauen und ggf. reparieren konnte. Eine Übertragung des Eigentums an dem Rad war dabei nicht gewollt.

### IV. Eigentumsübertragung von C an S durch die Vereinbarung, dass S das Rad behalten dürfe

Möglicherweise hat V ihr Eigentum jedoch verloren, als C und S vereinbart haben, dass S das Rad behalten dürfe. Hierfür ist erforderlich, dass zwischen C und S eine wirksame Eigentumsübertragung nach § 929 S. 2 BGB vorlag.

#### 1. Dingliche Einigung gem. § 929 S. 1 BGB

Hierfür ist zunächst eine dingliche Einigung i.S.d. § 929 S. 1 BGB erforderlich. S und C haben sich darauf geeinigt, dass S das Fahrrad behalten darf. Damit haben sie zum Ausdruck gebracht, dass das Eigentum an dem Fahrrad auf S übergehen soll. Somit lag eine wirksame Einigung i.S.d. § 929 S. 1 BGB vor.

#### 2. Entbehrlichkeit der Übergabe gem. § 929 S. 2 BGB

Die Eigentumsübertragung nach § 929 S. 2 BGB setzt voraus, dass die Erwerberin S bereits Besitz an dem Fahrrad hatte. Das Fahrrad befand sich in der Wohnung der S. Damit war S unmittelbare Besitzerin der Sache, sodass für die Übertragung des Eigentums gem. § 929 S. 2 BGB die dingliche Einigung genügt.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Im Einzelnen *Heinze*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, § 929 Rn. 117 ff.

### 3. Berechtigung

C müsste ferner Verfügungsberechtigt gewesen sein.

#### a) Verfügungsberechtigung der C

Verfügungsberechtigt ist grundsätzlich der Eigentümer einer Sache sowie Personen, die vom Eigentümer nach § 185 Abs. 1 BGB zur Verfügung ermächtigt wurden.<sup>2</sup>

V war weiterhin Eigentümerin des Fahrrads. Im Sachverhalt finden sich keine Hinweise für eine Ermächtigung nach § 185 Abs. 1 BGB. Somit war C nicht Verfügungsberechtigt.

#### b) Gutgläubiger Eigentumserwerb der S gem. §§ 929 S. 2, 932 BGB

Möglicherweise kann die fehlende Berechtigung der C durch einen gutgläubigen Erwerb gem. § 932 BGB überwunden werden. Dadurch würde S gem. §§ 929 S. 2, 932 BGB gutgläubig Eigentum an dem Fahrrad erwerben.

Dafür müssten die Voraussetzungen des gutgläubigen Eigentumserwerbs nach §§ 929 S. 2, 932 BGB vorliegen.

##### aa) Besitzerlangung vom Veräußerer gem. § 932 Abs. 1 S. 2 BGB

Für den gutgläubigen Eigentumserwerb nach §§ 929 S. 2, 932 Abs. 1 S. 2 BGB muss der Erwerber den Besitz vom Veräußerer erlangt haben. C hat das Fahrrad zu S gebracht, damit diese die Schaltung des Fahrrads kontrolliert. Dadurch hat S den unmittelbaren Besitz an dem Fahrrad von der Veräußererin C erlangt. Somit liegen die Voraussetzungen des § 932 Abs. 1 S. 2 BGB vor.

##### bb) Guter Glaube der S

Der gutgläubige Erwerb ist gem. § 932 Abs. 1 S. 1 BGB ausgeschlossen, wenn der Erwerber nicht gutgläubig ist. Gem. § 932 Abs. 2 BGB ist der Erwerber nicht im guten Glauben, wenn er positive Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von der fehlenden Eigentümerstellung des Veräußerers hat. Im Sachverhalt finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass S wusste oder grob fahrlässig nicht wusste, dass C nicht Eigentümerin des Fahrrads war. Anders als beim Erwerb von gebrauchten Kraftfahrzeugen von Privatpersonen, bei dem sich der Erwerber die Zulassungsbescheinigung Teil II vorlegen lassen muss,<sup>3</sup> gibt es bei dem Erwerb von Fahrrädern ohne weitere Anhaltspunkte keine solche Erkundigungspflicht.

Damit war S gutgläubig. Folglich ist der Eigentumserwerb der S nicht nach § 932 Abs. 1 S. 1 BGB ausgeschlossen. Die Voraussetzungen des gutgläubigen Eigentumserwerbs nach §§ 929 S. 2, 932 Abs. 2 BGB liegen damit vor.

##### cc) Kein Abhandenkommen gem. § 935 Abs. 1 S. 1 BGB

Der gutgläubige Erwerb der S könnte allerdings gem. § 935 Abs. 1 S. 1 BGB ausgeschlossen sein. Dies ist der Fall, wenn V das Fahrrad abhandengekommen wäre.<sup>4</sup> Ein Abhandenkommen ist nach § 935

<sup>2</sup> Wellenhofer, Sachenrecht, 38. Aufl. 2023, § 7 Rn. 17 ff.

<sup>3</sup> BGH NJW 2006, 3488 (3489 Rn. 17); Heinze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, § 932 Rn. 140; zur Zulassungsbescheinigung Teil II Fritsche/Würdinger, DAR 2007, 501.

<sup>4</sup> Diese Frage ist angelehnt an das Probefahrt-Urteil des BGH, siehe BGH NJW 2020, 3711, Entscheidungsanmerkung Nitsche, ZJS 2020, 640. Die Grundsätze aus dem Urteil über ein Kraftfahrzeug sind grundsätzlich auch auf ein Fahrrad übertragbar, ein wichtiger Unterschied ist jedoch, dass es bei einem Kraftfahrzeug für die

Abs. 1 S. 1 BGB zu bejahen, wenn der Eigentümer den unmittelbaren Besitz an der Sache ohne seinen Willen verliert.<sup>5</sup> V hat C das Fahrrad für die Probefahrt ausgehändigt. Fraglich ist, ob dabei der unmittelbare Besitz an dem Fahrrad auf C übergegangen ist.

### (1) Besitzlockerung

Zunächst könnte durch das Aushändigen des Fahrrads zur Probefahrt der unmittelbare Besitz der V lediglich gelockert, nicht aber übertragen worden sein. Dann wäre V der unmittelbare Besitz erst durch das anschließende Entwenden des Fahrrads durch C verloren gegangen.

Aus dem Rechtsgedanken von § 856 Abs. 2 BGB folgt, dass ein Besitzverlust nicht schon deshalb eintritt, weil der Besitzer vorübergehend an der Ausübung der tatsächlichen Gewalt an der Sache gehindert ist. Für den unmittelbaren Besitz ist vielmehr entscheidend, ob V nach der Verkehrsanschauung während der Probefahrt noch ausreichend Einwirkungsmöglichkeit blieb.<sup>6</sup> Die Sachherrschaft muss dabei auf eine gewisse Dauer angelegt sein.<sup>7</sup> Daran kann es fehlen, wenn es sich nur um eine kurze Probefahrt handelt.<sup>8</sup> Dies war hier jedoch nicht der Fall, es wurde auch keine zeitliche Beschränkung vereinbart. Mithin weist die Probefahrt die für den Besitz erforderliche erkennbare Zeitdauer auf.<sup>9</sup>

Zudem ist die Sachherrschaft durch eine räumliche Beziehung zur Sache und damit eine tatsächliche, nicht nur rechtliche Einwirkungsmöglichkeit geprägt.<sup>10</sup> Hier findet die Probefahrt nicht etwa im Hof der V, sondern auf einer öffentlichen Straße statt, sodass C das Fahrrad räumlich von V entfernen kann. V hat die Probefahrt nicht begleitet, auch eine sonstige Einwirkungsmöglichkeit auf das Fahrrad durch eine technische Vorrichtung ist nicht ersichtlich. Damit hat V während der Probefahrt keine faktische Zugriffsmöglichkeit auf das Fahrrad.<sup>11</sup> Eine bloße Besitzlockerung scheidet daher aus.

### (2) Besitzdienerschaft der C

Möglicherweise war C während der Probefahrt Besitzdienerin der V i.S.d. § 855 BGB. Dadurch wäre V während der Probefahrt weiterhin unmittelbare Besitzerin des Fahrrads geblieben; sodass V allein durch das Aushändigen des Rads an C den unmittelbaren Besitz an der Sache noch nicht verloren hätte. Der Besitzverlust wäre demnach erst dann erfolgt, als sich C entschied, mit dem Fahrrad nicht mehr zurückzukehren.<sup>12</sup>

---

Besitzverhältnisse nicht unbedingt auf das Auto selbst, sondern auf den Besitz am Schlüssel ankommt, vgl. BGH NJW-RR 2017, 818 (819 Rn. 10).

<sup>5</sup> Herrler, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 935 Rn. 3; Vieweg/Lorz, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 5 Rn. 36.

<sup>6</sup> Zu der Verkehrsanschauung vgl. *Gutzeit*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2018, § 854 Rn. 6.

<sup>7</sup> *Gutzeit*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2018, § 854 Rn. 10, 12.

<sup>8</sup> BGH NJW-RR 2017, 818 (820 Rn. 20).

<sup>9</sup> BGH NJW-RR 2017, 818 (820 Rn. 18).

<sup>10</sup> *Gutzeit*, in: Staudinger BGB, Neubearbeitung 2018, § 854 Rn. 5, 7, 9.

<sup>11</sup> Vgl. BGH NJW 2020, 3711 (3712 Rn. 13); *Staudinger/Tröster*, DAR 2021, 8 (9). Bei einer Probefahrt des Bestellers zur Überprüfung der Reparaturleistung des Werkunternehmers für eine kurze Dauer und in Anwesenheit des Werkunternehmers war der unmittelbare Besitz des Werkunternehmers hingegen nur gelockert, BGH NJW-RR 2017, 818.

<sup>12</sup> Dazu, dass das eigenmächtige Weggeben der Sache durch den Besitzdiener dem gutgläubigen Erwerb entgegensteht, siehe BGH NJW 2014, 1524 (1525 f. Rn. 16). Zu den verschiedenen Einschränkungen, wonach ein Abhandenkommen etwa bei Vertretungsmacht abgelehnt wird, vgl. die Darstellung von *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 855 Rn. 24 f.; *Oechsler*, MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 935 Rn. 10. Zur Vertiefung *Witt*, AcP 201 (2001), 165 (169 ff.).

Besitzdienerschaft setzt nach § 855 BGB ein soziales Abhängigkeitsverhältnis mit Weisungsgebundenheit voraus. Entscheidend ist, dass der Besitzherr gegenüber dem Besitztziener die faktische Möglichkeit zur Durchsetzung seines Willens hat, der Besitztziener die Weisungen des Besitzherrn also zu befolgen hat und ihm untergeordnet ist. Dadurch kann der Besitzherr die tatsächliche Gewalt an der Sache durch den Besitztziener ausüben.<sup>13</sup>

Zwar wird bei sehr kurzen Probefahrten angeführt, dass nach der Verkehrsanschauung der Kaufinteressent die tatsächliche Gewalt über die Sache nur nach den Weisungen des Veräußerers ausübt.<sup>14</sup> Allein das Befolgen von Weisungen zur Begründung der Besitzdienerschaft reicht jedoch nicht aus; die Weisungsabhängigkeit muss sich gerade aus dem Abhängigkeitsverhältnis ergeben.<sup>15</sup> Denn gerade dieses Abhängigkeitsverhältnis erlaubt es dem Besitzherrn, die Einhaltung seiner Weisungen gegenüber dem Besitztziener durchzusetzen.<sup>16</sup> Ein solches Abhängigkeitsverhältnis liegt zwischen V und C während der Probefahrt nicht vor.

Damit war C während der Probefahrt nicht Besitztzienerin der V i.S.d. § 855 BGB.

### (3) Zwischenergebnis

Mithin ist der unmittelbare Besitz der V bereits mit dem Aushändigen des Fahrrads zum Zwecke der Probefahrt auf C übergegangen.

Fraglich ist, ob dies ohne den Willen der V geschah. V hat in die Probefahrt eingewilligt und C hierfür das Fahrrad ausgehändigt. Den Entschluss, das Fahrrad zu entwenden, hat C erst während der Probefahrt gefasst, mithin hat C bei der Entgegennahme des Fahrrads auch nicht über ihre Bereitschaft getäuscht, das Fahrrad nach der Probefahrt zurückzubringen.<sup>17</sup> Der Besitzverlust der V durch das Aushändigen des Fahrrads an C erfolgte damit freiwillig.

Das Fahrrad ist somit nicht nach § 935 Abs. 1 S. 1 BGB abhandengekommen.

### dd) Kein Abhandenkommen gem. § 935 Abs. 1 S. 2 BGB

Das Fahrrad könnte jedoch nach § 935 Abs. 1 S. 2 BGB abhandengekommen sein, wenn V mittelbare Besitzerin war und das Fahrrad der unmittelbaren Besitzerin C abhandengekommen ist. Dies setzt jedoch – unabhängig von der Einordnung des konkreten Besitzmittlungsverhältnisses<sup>18</sup> – voraus, dass das Rad der C abhandengekommen ist, sie also unfreiwillig den unmittelbaren Besitz verloren hat. Dies ist jedoch gerade nicht erfolgt, da C der S den unmittelbaren Besitz im Zuge der Reparatur freiwillig übertragen hat. Ein Abhandenkommen gem. § 935 Abs. 1 S. 2 BGB liegt damit nicht vor.

---

<sup>13</sup> Herrler, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 855 Rn. 2.

<sup>14</sup> Vgl. für eine Probefahrt mit einem Kfz OLG Köln NZV 2006, 260 (260); Götz, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2024, § 854 Rn. 138.4.

<sup>15</sup> Anschaulich und zu den Hintergründen lesenswert BGH NJW 2020, 3711 (3713 Rn. 22).

<sup>16</sup> BGH NJW 2020, 3711 (3712 Rn. 14); Wellenhofer, Sachenrecht, 39. Aufl. 2024, § 4 Rn. 28.

<sup>17</sup> Zur Unfreiwilligkeit des Besitzverlusts bei einer Täuschung vgl. Klinck, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2024, § 935 Rn. 12.

<sup>18</sup> Abhängig von der tatsächlichen Ausgestaltung kommen bei Probefahrten verschiedene Rechtsverhältnisse in Betracht. Zunächst muss die Probefahrt von einer reinen Gebrauchsüberlassung aus Gefälligkeit (siehe etwa BGH NJW 2010, 3087) und von einer Leihe abgegrenzt werden (siehe Häublein, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 598 Rn. 13). Ist der Gegenstand der Probefahrt tatsächlich auch der Kaufgegenstand selbst, kommt als gesetzliches Schuldverhältnis die Vertragsanbahnung i.S.d. § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB in Betracht, vgl. BGH NJW 2020, 3711 (3713 Rn. 26). Handelt es sich hingegen um einen Vorführwagen, könnte auch ein selbstständiger Nutzungsvertrag vorliegen vgl. Staudinger/Tröster, DAR 2021, 8 (10).

### ee) Zwischenergebnis

Der gutgläubige Eigentumserwerb der S nach §§ 929 S. 2, 932 BGB ist damit nicht nach § 935 Abs. 1 BGB ausgeschlossen.

## V. Ergebnis

S hat das Eigentum an dem Fahrrad gutgläubig nach §§ 929 S. 2, 932 BGB erworben. Sie ist damit Eigentümerin des Fahrrads.

### Fallfrage 1b

#### I. Ursprüngliche Eigentümerstellung

Ursprünglich war V Eigentümerin des Fahrrads, siehe oben.

#### II. Eigentumsübertragung von V an C

Durch das Aushändigen des Fahrrads hat C kein Eigentum an dem Fahrrad nach § 929 S. 1 BGB erworben. V war damit weiterhin Eigentümerin des Fahrrads, siehe oben.

#### III. Eigentumsübertragung von C an S durch Übergabe

Auch als C das Fahrrad an S zur Reparatur ausgehändigt hat, fehlte es an einer dinglichen Einigung, siehe oben.

#### IV. Eigentumsübertragung von C an S durch die Vereinbarung, S dürfe das Rad behalten

Es liegen eine dingliche Einigung, die Übertragungsvoraussetzungen nach § 929 S. 2 BGB sowie ein Einigsein vor. C war allerdings nicht Verfügungsbefugt.

Die fehlende Berechtigung könnte möglicherweise über einen gutgläubigen Erwerb gem. §§ 929 S. 2, 932 Abs. 1 S. 2 BGB überwunden werden. Der gutgläubige Erwerb ist gem. § 932 Abs. 1 S. 1 BGB ausgeschlossen, wenn der Erwerber bösgläubig ist. Dies ist vorliegend gem. § 932 Abs. 2 BGB der Fall, wenn S wusste oder grob fahrlässig nicht wusste, dass C nicht Eigentümerin des Fahrrads war.

S hatte keine positive Kenntnis von der fehlenden Eigentümerstellung der C.

Möglicherweise liegt auf Seiten der S eine grob fahrlässige Unkenntnis vor. Grobe Fahrlässigkeit setzt voraus, dass der Erwerber die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maße missachtet und bei dem Erwerber dasjenige unbeachtet geblieben ist, was in dem konkreten Fall jedem hätte einleuchten müssen.<sup>19</sup> Der Erwerber darf grundsätzlich darauf vertrauen, dass der Veräußerer Eigentum an der Sache hat.<sup>20</sup> Eine grundsätzliche Nachforschungsobliegenheit<sup>21</sup> des Erwer-

<sup>19</sup> BGH NJW 2013, 1946 (1947 Rn. 11); Herrler, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 932 Rn. 10.

<sup>20</sup> Oechsler, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 932 Rn. 43.

<sup>21</sup> Anders als eine Pflicht ist eine Obliegenheit nur im eigenen Interesse zur Vermeidung eigener Rechtsnachteile zu beachten, siehe zur Abgrenzung BGH NJW 2011, 914 (915). Werden notwendige Nachforschungen unterlassen, verhindert dies nur den eigenen gutgläubigen Erwerb, sodass es sich nur um eine Obliegenheit handelt, siehe auch Heinze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, § 932 Rn. 56; BGH NJW 2023, 781 (782 Rn. 16), der aber auch den Begriff von Nachforschungs- und Erkundigungspflicht nutzt

bers im Hinblick auf die Eigentumslage an der zu erwerbenden Sache besteht nicht.<sup>22</sup> Ausnahmsweise kann eine Nachforschungsobliegenheit des Erwerbers bestehen. Hierfür ist erforderlich, dass sich aus den äußeren Umständen des Einzelfalls ein Verdachtsmoment ergibt, wonach der Veräußerer nicht Eigentümer der Sache ist. Hierbei wird auf die Sicht eines objektiven Beobachters in der Position des Erwerbers abgestellt.<sup>23</sup> S hat die Codierung des Fahrrads gesehen. Als Fahrradliebhaberin wusste sie, dass die Codierung das Auffinden des Rads nach einem Diebstahl erleichtern soll. Sie hat erkannt, dass die gezielten Kratzer die Codierung unkenntlich machen sollten. Aufgrund dieser Umstände bestanden erhebliche Zweifel daran, dass C tatsächlich Eigentümerin des Fahrrads war. Es bestand damit ein hinreichendes Verdachtsmoment. Somit durfte S nicht auf die Eigentümerstellung der C vertrauen, sondern musste weitere Nachforschungen anstellen. S hat vorliegend bei C bezüglich der Kratzer auf der Codierung nachgefragt. Die Antwort von C durfte das Verdachtsmoment jedoch nicht entkräften. Ferner hat S unterlassen, C bezüglich der Herkunft des Fahrrads weiter zu befragen, um ihre Freundin nicht weiter zu verärgern. Damit hat S ihrer Nachforschungsobliegenheit in Bezug auf die Herkunft des Fahrrads nicht erfüllt. S hat die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maße missachtet. Damit hatte S grob fahrlässige Unkenntnis von der fehlenden Eigentümerstellung der C, sie war bösgläubig i.S.d. § 932 Abs. 2 BGB.

Folglich scheidet der gutgläubige Eigentumserwerb der S i.S.d. §§ 929 S. 2, 932 BGB aus. V ist damit weiterhin Eigentümerin des Fahrrads.

## Fallfrage 2

### I. Nutzungsherausgabeanspruch aus §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1 S. 1 BGB<sup>24</sup>

R könnte gegen T einen Anspruch auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen i.H.v. 420 € gem. §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1 S. 1 BGB haben.

#### 1. Vindikationslage zum Zeitpunkt der Nutzungsziehung

Hierfür müsste zum Zeitpunkt der Nutzungsziehung, also beim Gebrauch des Fahrrads, eine Vindikationslage bestanden haben.<sup>25</sup>

Für eine Vindikationslage ist erforderlich, dass R Eigentümerin des Fahrrads war, T Besitzerin war und gegenüber der R gem. § 986 Abs. 1 S. 1 BGB nicht zum Besitz berechtigt war.

#### a) Eigentümerstellung der T

Ursprünglich war R Eigentümerin des Fahrrads, was sich aus der Eigentumsvermutung aus § 1006 Abs. 2 BGB ergibt. Möglicherweise hat R das Eigentum an dem Fahrrad durch die Übereignung an T gem. § 929 S. 1 BGB verloren.

---

(siehe etwa BGH NJW 2013, 1946 [1946 Rn. 9]); a.A. wohl *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 932 Rn. 42, der stattdessen für die Einordnung als Verkehrspflicht argumentiert.

<sup>22</sup> BGH NJW 1975, 735 (736 f.).

<sup>23</sup> *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 932 Rn. 45.

<sup>24</sup> Denkbar ist es, hier vorab einen Anspruch aus § 346 Abs. 1 und 2 S. 1 Nr. 1 BGB zu prüfen. Aus klausurtaktischen Erwägungen und der Tatsache, dass ein solcher Anspruch bereits wegen des nichtigen Kaufvertrags gem. §§ 142 Abs. 1, 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB scheitert, war eine Prüfung nicht zu erwarten.

<sup>25</sup> Zur Vindikationslage im Anwendungsbereich der §§ 987–993 BGB siehe *Thole*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2023, Vor §§ 987–993 Rn. 31 ff.

### aa) Dingliche Einigung

Hierfür müsste zunächst eine wirksame dingliche Einigung zwischen T und R bestanden haben. Dies setzt zwei übereinstimmende Willenserklärungen zur Übertragung des Eigentums voraus. R und T haben sich darauf geeinigt, dass T das Eigentum an dem Fahrrad erwerben sollte. Möglicherweise ist die Willenserklärung der R nichtig, wodurch es an einer wirksamen dinglichen Einigung fehlen würde. Die Willenserklärung der R könnte infolge einer Anfechtung gem. §§ 142 Abs. 1, 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB aufgrund einer Täuschung durch T beim Vertragsschluss nichtig sein.<sup>26</sup>

#### (1) Anfechtungserklärung und Gegner

R müsste gem. § 143 Abs. 1 BGB die Anfechtung erklärt haben. In der Anfechtungserklärung muss eindeutig zum Ausdruck kommen, dass die Partei das Geschäft wegen des Willensmangels nicht gelten lassen will.<sup>27</sup> Ausdrücklich „anfechten“ muss die Partei das Geschäft jedoch nicht.<sup>28</sup> Hier hat R der T mitgeteilt, dass sie das ganze Geschäft aufgrund der trügerischen Schwindelei rückgängig machen möchte. Damit brachte sie eindeutig zum Ausdruck, dass sie sich wegen der Täuschung vom Vertrag lösen wolle. Zwar hat R die Anfechtung nicht explizit auf die dingliche Einigung bezogen. Eine ausdrückliche Bezugnahme auf das Verfügungsgeschäft ist für eine wirksame Anfechtung aber nicht erforderlich.<sup>29</sup> Aus der Erklärung, das ganze Geschäft rückgängig machen zu wollen, ergibt sich, dass sich die Anfechtungserklärung sowohl auf den Kauvertrag i.S.d. § 433 BGB als auch auf die dingliche Einigung i.S.d. § 929 S. 1 BGB bezieht. Damit liegt eine Anfechtungserklärung der R i.S.d. § 143 Abs. 1 BGB vor. Diese wurde von R gem. § 143 Abs. 1 und 2 BGB auch gegenüber der richtigen Anfechtungsgegnerin T erklärt.

#### (2) Anfechtungsgrund

T hat R fälschlicherweise davon überzeugt, dass der Rahmen des Fahrrads nicht aus Carbon, sondern aus gewöhnlichem Aluminium besteht. Hierin könnte eine arglistige Täuschung i.S.d. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB liegen.

Zunächst müsste eine Täuschungshandlung vorliegen. Eine Täuschungshandlung liegt vor, wenn der Täuschende durch das Vorspielen falscher oder das Verschweigen wahrer Tatsachen beim Erklärenden gewollt einen Irrtum erregt oder diesen aufrecht erhält.<sup>30</sup> T behauptete fälschlicherweise, dass das Fahrrad aus Aluminium und nicht aus Carbon sei. Dadurch wurde bei R ein Irrtum über das Material des Fahrradrahmens hervorgerufen. Eine Täuschungshandlung lag damit vor.

T müsste auch arglistig getäuscht haben, d.h. Vorsatz<sup>31</sup> hinsichtlich des Hervorrufens des Irrtums gehabt haben.<sup>32</sup> T wusste, dass das Fahrrad einen Carbon- und nicht einen Aluminiumrahmen hatte,

---

<sup>26</sup> Hier könnte noch daran gedacht werden, ob eine Anfechtung möglicherweise deshalb ausgeschlossen ist, weil sich der Verkäufer dadurch etwaigen Gewährleistungsansprüchen entzieht. Für den Fall der Anfechtbarkeit des Kaufvertrags bei Eigenschaftsirrtum vgl. *Westermann*, in: MüKo-BGB, Bd. 4, 8. Aufl. 2019, § 437 Rn. 56. Diese Überlegung greift jedoch bereits deshalb nicht, weil bei einer arglistigen Täuschung durch den Käufer eine Anfechtung nach §§ 142 Abs. 1, 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB stets möglich ist, vgl. *Westermann*, in: MüKo-BGB, Bd. 4, 8. Aufl. 2019, § 437 Rn. 56. Ausführungen hierzu waren nicht zu erwarten.

<sup>27</sup> *Ellenberger*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 143 Rn. 3.

<sup>28</sup> BGH NJW 2017, 1660 (1661 Rn. 29).

<sup>29</sup> Instruktiv *Grigoleit*, AcP 199 (1999), 379 (416 f.), der hinsichtlich Fehleridentität zwischen der Kausalität der Täuschung für den Anfechtungsgrund und den Anforderungen an die Anfechtungserklärung trennt.

<sup>30</sup> *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 41 Rn. 103.

<sup>31</sup> Zur Gleichsetzung von Arglist mit Vorsatz BGH NJW 2007, 3057 (3059 Rn. 29).

<sup>32</sup> *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 14 ff.

Wenzel/Krones: Bei der Probefahrt falsch abgebogen?

sodass sie den Irrtum bei R vorsätzlich hervorgerufen und diese damit arglistig getäuscht hat.

Fraglich ist, ob die Täuschung für die Abgabe der Willenserklärung der R im Rahmen der dinglichen Einigung auch kausal war. Hierfür ist erforderlich, dass die Täuschung und der damit einhergehende Irrtum zum Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts noch fortwirkten.<sup>33</sup> Dabei ist das Abstraktionsprinzip zu beachten. Denn etwaige Mängel im zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäft berühren aufgrund des Abstraktionsprinzips nicht die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts, da die beiden Geschäfte isoliert voneinander zu betrachten sind.<sup>34</sup> Allerdings kann ein Unwirksamkeitsgrund sowohl das Verpflichtungsgeschäft als auch das Verfügungsgeschäft erfassen. Hierfür ist erforderlich, dass das Verfügungsgeschäft vom Anfechtungsgrund betroffen ist.<sup>35</sup> Im Falle der arglistigen Täuschung wirkt sich die Beeinträchtigung der Willensbildung durch die Täuschung regelmäßig auch auf das Verfügungsgeschäft aus.<sup>36</sup> Mithin ist hier die dingliche Einigung der R aufgrund der arglistigen Täuschung der T gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB anfechtbar.<sup>37</sup>

### (3) Anfechtungsfrist

Die Anfechtung erfolgte auch innerhalb der Jahresfrist des § 124 Abs. 1 BGB.

### bb) Zwischenergebnis

R hat ihre Willenserklärung erfolgreich angefochten. Diese ist somit gem. § 142 Abs. 1 BGB rückwirkend (ex-tunc) nichtig. Damit fehlt es an einer wirksamen dinglichen Einigung zwischen T und R.<sup>38</sup> T hat damit nicht nach § 929 S. 1 BGB das Eigentum an dem Fahrrad erworben.

### b) Besitz der T

Während der Zeit, in der T das Fahrrad gebraucht hat (Zeitraum der der Nutzungsziehung), war T unmittelbare Besitzerin des Fahrrads.

### c) Kein Recht zum Besitz der T gegenüber R

Fraglich ist, ob T der R gegenüber i.S.d. § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zum Besitz berechtigt war. Mangels wirksamer Übereignung ergab sich das Besitzrecht der T nicht schon aus ihrer Eigentümerstellung.

---

<sup>33</sup> Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 29 Rn. 73.

<sup>34</sup> Dazu Lieder/Berneith, JuS 2016, 673 (674); Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 29 Rn. 67.

<sup>35</sup> Es handelt sich dabei jedoch gerade nicht um eine „Ausnahme“ (so Armbrüster, Examinatorium, BGB AT, 4. Aufl. 2022, § 1 Rn. 11) oder eine „Durchbrechung“ (vgl. Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 21. Aufl. 2022, § 25 Rn. 90) des Abstraktionsprinzips, sondern um einen Fehler, der beide Rechtsgeschäfte betrifft, vgl. Lieder/Berneith, JuS 2016, 673 (676).

<sup>36</sup> Grigoleit, AcP 199 (1999) 379 (404 f.); Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 29 Rn. 70.

<sup>37</sup> Ob ebenfalls ein Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft gem. § 119 Abs. 2 BGB vorliegt, kann dahinstehen. Nach den Sachverhaltsangaben erklärt R die Anfechtung nur im Zusammenhang mit der arglistigen Täuschung. Hierfür spricht ferner, dass R bei einer Anfechtung wegen des Anfechtungsgrundes des § 119 Abs. 2 BGB der T einen möglichen Vertrauensschaden nach § 122 Abs. 1 BGB ersetzen müsste; vgl. Armbrüster, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 97.

<sup>38</sup> Nicht erforderlich (aber auch nicht negativ zu bewerten) ist eine kurze Prüfung des § 138 Abs. 1 BGB. § 138 BGB kommt in Konkurrenz zur Anfechtung immer nur dann zur Anwendung, wenn das Rechtsgeschäft über die Täuschung hinaus seinem Inhalt nach sittenwidrig ist, vgl. Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 46 Rn. 5. Dafür müsste etwa ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bestehen, wofür im Sachverhalt jedoch keine weiteren Anhaltspunkte gegeben sind.

Wenzel/Krones: Bei der Probefahrt falsch abgebogen?

R und T haben einen Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB über das Fahrrad geschlossen. Aus diesem Kaufvertrag könnte T ein Besitzrecht gegenüber der R ableiten. Allerdings war auch dieser Kaufvertrag gem. § 142 Abs. 1 BGB nichtig, da R sowohl das Verfügungsgeschäft (Übereignung nach § 929 S. 1 BGB) als auch das Verpflichtungsgeschäft (Kaufvertrag nach § 433 BGB) angefochten hat.

Damit hatte R kein Besitzrecht an dem Fahrrad und war somit gem. § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB der T gegenüber nicht zum Besitz berechtigt.

Damit lag eine Vindikationslage zum Zeitpunkt der Nutzungsziehung (Gebrauch des Fahrrads durch T) vor.

## 2. Ziehen von Nutzungen

Bei dem Gebrauch des Fahrrads müsste es sich gem. § 987 Abs. 1 BGB um das Ziehen von Nutzungen gehandelt haben. Nutzungen sind gem. § 100 BGB die Früchte einer Sache oder eines Rechts sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache gewährt. Die Benutzung des Rads ist ein Gebrauchsvorteil. Indem T zwei Wochen lang mit dem Fahrrad gefahren ist, hat T folglich Nutzungen gezogen.

## 3. Bösgläubigkeit

T müsste gem. § 990 Abs. 1 S. 1 BGB bei Erwerb des Besitzes nicht im guten Glauben in Bezug auf ihr Besitzrecht gewesen sein. Nicht in gutem Glauben ist der Besitzer, wenn er positiv weiß oder grob fahrlässig nicht weiß, dass er nicht zum Besitz berechtigt ist.<sup>39</sup> Möglicherweise war T in Bezug auf ihr Besitzrecht in Folge der Übereignung gem. § 929 S. 1 BGB bösgläubig i.S.d. § 990 Abs. 1 S. 1 BGB.

Durch die Übereignung des Fahrrads wäre T Eigentümerin des Rads geworden. Allerdings hatte T bei Besitzerwerb noch keine positive Kenntnis davon, dass die Übereignung infolge der Anfechtung gem. § 142 Abs. 1 BGB rückwirkend nichtig ist und sie somit nicht Eigentümerin des Rads wurde.

Allerdings wird gem. § 142 Abs. 2 BGB derjenige, der die Anfechtbarkeit kannte oder kennen musste im Falle der Anfechtung so behandelt, wie wenn er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts kannte oder kennen musste. Die Voraussetzungen der Bösgläubigkeit ergeben sich aus den Normen, in deren Zusammenhang § 142 Abs. 2 BGB Anwendung findet.<sup>40</sup> Im Zusammenhang mit § 990 Abs. 1 S. 1 BGB ist für § 142 Abs. 2 BGB erforderlich, dass der Besitzer positive Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der Anfechtbarkeit hatte.<sup>41</sup>

Die Kenntnis oder das Kennenmüssen bezieht sich nur auf die Tatsachen, welche die Anfechtbarkeit begründen, muss sich aber nicht auf die Rechtsfolge der Anfechtung erstrecken.<sup>42</sup>

T wusste, dass der Übereignung des Fahrrads nach § 929 S. 1 BGB eine Täuschung zugrunde lag. Sie hatte damit positive Kenntnis der die Anfechtbarkeit begründenden Umstände. Da die Anfechtung durch R erfolgte, wird T gem. § 142 Abs. 2 BGB so behandelt, wie wenn sie die Nichtigkeit der Übereignung gekannt hätte. Die Übereignung war die Grundlage für die sich aus der Eigentümerstellung ergebende Besitzberechtigung. Aus § 142 Abs. 2 BGB ergibt sich damit die Bösgläubigkeit der T in Bezug auf ihr Besitzrecht i.S.d. § 990 Abs. 1 S. 1 BGB.

---

<sup>39</sup> BGH NJW 1977, 31 (34); Thole, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2023, § 990 Rn. 7 ff. Zur Frage, ob an diesem Maßstab auch für den Erwerb von Buchrechten festgehalten werden soll, bei dem der Erwerb nicht gem. § 932 BGB, sondern gem. § 892 BGB erfolgt, beide Normen aber unterschiedliche Anforderungen an den Maßstab richten Fervers, AcP 217 (2017), 34.

<sup>40</sup> Roth, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, § 142 Rn. 40.

<sup>41</sup> Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 142 Rn. 21 f.

<sup>42</sup> BGH NJW-RR 1987, 1456 (1457).

Wenzel/Krones: Bei der Probefahrt falsch abgebogen?

Wie oben bereits dargestellt, könnte sich die Besitzberechtigung der T auch aus dem Kaufvertrag ergeben. Allerdings kannte T die Anfechtbarkeit des Kaufvertrags aufgrund der Täuschung, sodass sie gem. § 142 Abs. 2 BGB auch diesbezüglich nicht in gutem Glauben in Bezug auf ihr Besitzrecht war.

Folglich hatte T gem. §§ 990 Abs. 1 S. 1, 142 Abs. 2 BGB positive Kenntnis ihrer fehlenden Besitzberechtigung und war i.S.d. § 990 Abs. 1 S. 1 BGB bösgläubig.

Damit haftet sie gem. § 990 Abs. 1 S. 1 BGB nach § 987 Abs. 1 BGB.

#### 4. Ergebnis

R hat gegen T einen Anspruch auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen aus §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1 S. 1 BGB.

#### II. Nutzungsherausgabeanspruch aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 1 und 2 BGB

R könnte gegen T einen Anspruch aus Nutzungsherausgabe i.H.v. 420 € gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 1 und 2 BGB haben.

Fraglich ist, ob der Anspruch aufgrund der Sperrwirkung<sup>43</sup> des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses gem. § 993 Abs. 1 BGB a.E. ausgeschlossen ist. Denn gem. § 993 Abs. 1 BGB a.E. ist ein Rückgriff auf das Bereicherungsrecht für eine Nutzungsherausgabe zu Gunsten des Besitzers ausgeschlossen.<sup>44</sup> Zwar bezieht sich die Überschrift nur auf den redlichen Besitzer, während T bösgläubig i.S.d. § 990 Abs. 1 S. 1 BGB war (siehe oben). Allerdings gilt die Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses auch für den unredlichen Besitzer.<sup>45</sup> Im abschließenden System des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses sind im Anwendungsbereich alle konkurrierenden Ansprüche gesperrt, dazu zählt auch der hier relevante Ersatz von Nutzungen.<sup>46</sup> Folglich ist der bereicherungsrechtliche Anspruch aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 1 und 2 BGB aufgrund der Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses gem. § 993 Abs. 1 BGB a.E. nicht anwendbar.<sup>47</sup>

<sup>43</sup> Übersicht zu den Konkurrenzen beim EBV vgl. *Becker/Haarer*, Jura 2020, 1296.

<sup>44</sup> Zum Streitstand zur Konkurrenz von §§ 812 ff. BGB zu den §§ 987 ff. BGB vgl. *Gursky/Thöne*, 20 Probleme aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, 10. Aufl. 2024, S. 49 ff. Kritisch zum Argument der sog. Privilegierung des redlichen Besitzers *Gsell/Fervers*, ZfPW 2021, 1.

<sup>45</sup> *Thole*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2023, § 993 Rn. 1.

<sup>46</sup> *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 29. Aufl. 2023, Rn. 600; *Vieweg/Lorz*, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 8 Rn. 58.

<sup>47</sup> An dieser Stelle könnte an die Problematik des rechtsgrundlosen Besitzers gedacht werden. Dabei geht es um die Konstellation, in der ein redlicher, unverklagter Besitzer nach den §§ 987 f. BGB aufgrund einer Nichtigkeit von sowohl Verpflichtungs- als auch Verfügungsgeschäft keinen Nutzungsersatz schuldet. Wegen der Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses ist gem. § 993 Abs. 1 BGB a.E. ein Nutzungsersatz über das Bereicherungsrecht gesperrt. Ist hingegen nur das Verpflichtungsgeschäft nichtig – sodass durch eine wirksame Übereignung auch kein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis vorliegt – ist der Erwerber bei der Kondiktion gem. § 812 Abs. 1 S. 1 BGB zur Herausgabe von Besitz und Eigentum verpflichtet, wovon nach § 818 Abs. 1 BGB auch gezogene Nutzungen erfasst sind. Dies hat zur Folge, dass der Leistungsempfänger im ersten Fall keinen Ersatz für gezogene Nutzungen schuldet und somit besser steht, als wenn er – wie im zweiten Fall – infolge eines wirksamen Verfügungsgeschäftes sogar Eigentümer der Sache geworden wäre. Diese als unbillig gesehene Besserstellung des rechtsgrundlosen Besitzers wird von der Rechtsprechung über eine analoge Anwendung von § 988 BGB und von der Literatur unter einer teleologischen Reduktion der Sperrwirkung des EBV für die Leistungskondiktion gelöst; instruktiv zum Streitstand *Becker/Haarer*, Jura 2010, 1296 (1301 ff.). Der Unterschied zu dem klassischen Problem ist hier jedoch, dass tatsächlich ein Anspruch gem. § 987 BGB vorliegt. Zumindest die analoge Anwendung von § 988 BGB dürfte deshalb mangels Regelungslücke nicht in Betracht kommen. Wird mit Teilen der Literatur die teleologische Reduktion für die Leistungskondiktion auch bei einem bösgläubigen oder verklagten Besitzer in Erwägung gezogen (*Übersicht zum Streitstand Thole*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2023, Vor §§ 987–993 Rn. 131 ff.), dann wäre der Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zu prüfen, wobei hier aufgrund der Bösgläubigkeit der T gem. §§ 818

Wenzel/Krones: Bei der Probefahrt falsch abgebogen?

### III. Ergebnis

R hat gegen T einen Anspruch auf Nutzungsherausgabe i.H.v. 420 € gem. §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1 S. 1 BGB.

---

Abs. 4, 819 Abs. 1, 142 Abs. 2 BGB i.V.m. § 292 BGB sowieso ein Gleichlauf mit den Ansprüchen aus §§ 987 ff. BGB gewährleistet ist. Diese Tiefe war keineswegs von den Klausuren zu erwarten.

## Examensübungsklausur: Not ready for departure

Wiss. Mitarbeiter Florian Brüderlin, Passau\*

Die Klausur wurde im Rahmen des Zusatz-Examenstrainings des Instituts für Rechtsdidaktik als fünf-stündige Probeklausur gestellt. Sie behandelt das spezielle Sicherheitsrecht des Luftverkehrs und setzt dabei einen Schwerpunkt auf den methodisch sauberen Umgang mit unbekanntem Normen in gewohnten sicherheits- und verfassungsrechtlichen Strukturen. Dabei werden zu den Normen des Luftsicherheitsrechts keine besonderen Vorkenntnisse erwartet.<sup>1</sup>

### Sachverhalt

Der in München wohnhafte Paul Provokant (P) setzt sich für Lärm- und Umweltschutz ein und ist aus diesem Grund auch Luftfahrtgegner. Da er und die Bewohner sich im Umfeld des Münchner Flughafens durch den kürzlich erfolgten Ausbau der Start- und Landebahnen sowie durch das ohnehin hohe Verkehrsaufkommen erheblich beeinträchtigt fühlen, möchte er den Betrieb am Münchner Flughafen nachhaltig stören und besorgt sich zu diesem Zweck ein aus Keramik und Kunststoff gefertigtes Küchenmesser mit 12 cm langer Klinge. Am 22.9.2024 begibt er sich zum Flughafen, um einen gebuchten Flug anzutreten. Die Sicherheitskontrolle passiert P ohne Probleme. Das am Körper getragene Messer wird vom Metalldetektor nicht erkannt – die üblicherweise eingesetzten Körperscanner sind wegen technischer Wartung derzeit außer Betrieb.

Während das Flugzeug, in dem sich unter anderem P befindet, nach Entfernen der Gangways und Schließen der Türen über das Vorfeld auf die Startbahn rollt und dort auf seine Startfreigabe durch die Flugsicherung wartet, steht P auf, holt das Messer hervor und brüllt, dass der Start zu unterbleiben habe. Er will dabei lediglich möglichst lange die Start- und Landebahn blockieren und so ein Verkehrschaos hervorrufen – zu keinem Zeitpunkt hat er den Vorsatz, das Flugzeug unter seine Kontrolle zu bringen oder Personen zu verletzen.

Der Flugbegleiter Frank Friedlich (F) erscheint und fordert P auf, das Messer an ihn zu übergeben. F ist von der verantwortlichen Luftfahrzeugführerin Lena Luft (L) angewiesen, für sie die Sicherheit und Ordnung an Bord zu gewährleisten, während sie mit der Steuerung des Flugzeugs im Cockpit beschäftigt ist. Als F auf die möglichen Konsequenzen hinweist, gibt P freiwillig das Messer an F heraus. Unterdessen veranlasst L eine Benachrichtigung der Flughafenpolizei, um P an diese zu übergeben, damit eine sichere Fortsetzung des Flugs gewährleistet werden kann. Zur Sicherheit durchsucht F sodann P, um bis zum Eintreffen der Polizei „keine weiteren Überraschungen zu erleben“. Dafür tastet F den P an der Kleidungsoberfläche ab. Auch der Becken- und Intimbereich sind davon betroffen. Mangels gefundener weiterer Gegenstände und weil P sich mittlerweile sehr ruhig verhält, sieht F davon ab, bis zum Eintreffen der Polizei weitere Maßnahmen zu ergreifen; insbesondere hält er ein Festhalten oder gar Fesseln des P nicht für notwendig. Eine Rechtsbehelfsbelehrung erfolgt nicht.

---

\* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand am Institut für Rechtsdidaktik der Universität Passau – Lehrprofessur für Zivilrecht (Prof. Dr. Tomas Kuhn).

<sup>1</sup> Der saubere methodische Umgang mit unbekanntem Normen ist Teil des Ausbildungsziels und sollte daher immer wieder geübt werden. Siehe etwa §§ 16 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 S. 2 und 18 Abs. 1 S. 2 BayJAPO, §§ 7 Abs. 2 S. 2 und 8 Abs. 5 S. 2 JAPRO BW oder §§ 2 Abs. 1 S. 1 und 11 Abs. 1 S. 2 JAG NRW.

Nach kurzer Zeit erscheint die Polizei und gelangt über eine herangefahrene mobile Treppe in das Flugzeug, um P abzuführen. Das von F eingezogene Messer des P wurde noch an demselben Tag im Rahmen eines Strafverfahrens gegen P durch die Staatsanwaltschaft zur Beweissicherung sichergestellt.

P ist mehr als erbost, dass sein Plan so schnell durchkreuzt wurde. Es könne ja nicht sein, dass jeder dahergelaufene Typ ihm Anweisungen gebe und ihn auch noch durchsuche – schließlich sei F nur Flugbegleiter und nicht die Polizei. Er wendet sich daher an Rechtsanwältin Renate Rat (R). Diese reicht am 11.11.2024 beim Verwaltungsgericht München Klage gegen L ein. In der Klagebegründung führt sie aus, dass beide Maßnahmen rechtswidrig gewesen seien. F sei nicht für die Maßnahmen zuständig gewesen; das wäre allein Aufgabe von L gewesen. Die Übertragung ihrer Aufgabe auf andere sei nicht von § 12 Abs. 1 LuftSiG gedeckt. Unabhängig davon wäre das Flugzeug zum Zeitpunkt der Maßnahmen auch noch nicht in der Luft gewesen, weshalb § 12 LuftSiG noch gar nicht anwendbar gewesen sei; eine Anwendung des § 12 LuftSiG zu einem früheren Zeitpunkt sei mit dem Wortlaut nicht vereinbar, auch wenn bereits zu diesem Zeitpunkt der Zugriff durch die Polizei erschwert gewesen wäre. Selbst wenn man dies anders sehen möchte, können die Maßnahmen auf keine gültige Rechtsgrundlage gestützt werden. § 12 LuftSiG sei viel zu unbestimmt; die Maßnahmen werden anders als in den Landespolizeigesetzen bzw. im Bundespolizeigesetz nicht näher ausgestaltet. Insbesondere sei es mit der Verfassung unvereinbar, dass bereits jede Gefahr ausreiche. Mit Blick auf die Polizeigesetze der Länder und des Bundes sei für eine Sicherstellung jedenfalls eine gegenwärtige Gefahr notwendig; dies müsse auch durch den Gesetzgeber in der Norm verankert werden. Hinzu komme, dass Regelungen fehlen, wie mit sichergestellten Gegenständen zu verfahren ist. Entsprechendes gelte auch für die Durchsuchung; dort fehle es insbesondere an Regelungen, wie intensiv eine Durchsuchung zu erfolgen habe und dass diese nur durch Personen gleichen Geschlechts erfolgen dürfe. Damit seien die Normen, auf die die Maßnahmen gestützt wurden, unanwendbar. Im Übrigen sei die Durchsuchung von P auch im konkreten Fall nicht angemessen gewesen.

### Fallfrage

Hat das Vorgehen des P Aussicht auf Erfolg?

### Bearbeitungsvermerk

In einem Gutachten, welches auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. hilfsgutachtlich – eingeht, sind die Erfolgsaussichten des von P angestrebten Vorgehens zu prüfen.

Bei der Bearbeitung sind aus dem Luftrecht im Allgemeinen und aus dem LuftSiG im Speziellen nur die im Folgenden abgedruckten Vorschriften zu berücksichtigen. Waffenrechtliche Vorschriften, sowie andere als die im Folgenden genannten Straftatbestände – insbesondere solche des StGB – bleiben bei der Bearbeitung außer Betracht. Des Weiteren ist davon auszugehen, dass das Messer im Eigentum des P steht.

#### § 1 LuftSiG – Zweck

Dieses Gesetz dient dem Schutz vor Angriffen auf die Sicherheit des zivilen Luftverkehrs, insbesondere vor Flugzeugentführungen, Sabotageakten und terroristischen Anschlägen.

#### § 4 LuftSiG – Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

(1) Von mehreren möglichen und geeigneten Maßnahmen ist diejenige zu treffen, die den Einzelnen oder die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigt.

(2) Eine Maßnahme darf nicht zu einem Nachteil führen, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht.

(3) Eine Maßnahme ist nur solange zulässig, bis ihr Zweck erreicht ist oder sich zeigt, dass er nicht erreicht werden kann.

#### § 11 LuftSiG – Verbotene Gegenstände

(1) <sup>1</sup>Das Mitführen im Handgepäck oder Ansiehtragen von

1. Schuss-, Hieb- und Stoßwaffen sowie Sprüngeräten, die zu Angriffs- oder Verteidigungszwecken verwendet werden können,

2. [...],

3. Gegenständen, die ihrer äußeren Form oder ihrer Kennzeichnung nach den Anschein von Waffen, Munition oder explosionsgefährlichen Stoffen erwecken,

4. sonstigen in der Anlage 4-C zu Kapitel 4 des Anhangs der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1998 genannten Gegenständen

(„verbotene Gegenstände“) in Luftfahrzeugen und in den Bereichen der Luftseite auf Flugplätzen ist verboten. [...]

#### § 12 LuftSiG – Aufgaben und Befugnisse des verantwortlichen Luftfahrzeugführers

(1) <sup>1</sup>Der verantwortliche Luftfahrzeugführer hat als Beliehener für die Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung an Bord des im Flug befindlichen Luftfahrzeuges zu sorgen. <sup>2</sup>Er ist nach Maßgabe von Absatz 2 und der sonst geltenden Gesetze befugt, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

(2) <sup>1</sup>Der verantwortliche Luftfahrzeugführer darf die erforderlichen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Fall bestehende Gefahr für Personen an Bord des Luftfahrzeuges oder für das Luftfahrzeug selbst abzuwehren. <sup>2</sup>Dabei hat er den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (§ 4) zu wahren. <sup>3</sup>Insbesondere darf der Luftfahrzeugführer

1. die Identität einer Person feststellen,

2. Gegenstände sicherstellen,

3. eine Person oder Sachen durchsuchen,

4. eine Person fesseln, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Person den Luftfahrzeugführer oder Dritte angreifen oder Sachen beschädigen wird.

(3) <sup>1</sup>Zur Durchsetzung der Maßnahmen darf der Luftfahrzeugführer Zwangsmittel anwenden. <sup>2</sup>Die Anwendung körperlicher Gewalt ist nur zulässig, wenn andere Zwangsmittel nicht in Betracht kommen, keinen Erfolg versprechen oder unzweckmäßig sind. <sup>3</sup>Der Gebrauch von Schusswaffen ist Polizeivollzugsbeamten, insbesondere denjenigen der Bundespolizei nach § 4a des Bundespolizeigesetzes vorbehalten.

(4) Alle an Bord befindlichen Personen haben den Anordnungen des Luftfahrzeugführers oder seiner Beauftragten nach Absatz 2 Folge zu leisten.

(5) <sup>1</sup>Der verantwortliche Luftfahrzeugführer hat den Schaden zu ersetzen, welcher der Bundesrepublik Deutschland durch rechtswidrige und vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung seiner Pflichten bei Ausübung der Aufgaben und Befugnisse nach den Absätzen 1 bis 3 entsteht.

<sup>2</sup>Wird der Flug von einem Luftfahrtunternehmen durchgeführt, hat dieses den Schaden zu ersetzen, welcher der Bundesrepublik Deutschland durch eine rechtswidrige und schuldhaftige Verletzung der Pflichten des verantwortlichen Luftfahrzeugführers oder seiner Beauftragten bei Ausübung der Aufgaben und Befugnisse nach den Absätzen 1 bis 3 entsteht.

## § 19 LuftSiG – Strafvorschriften

(1) Wer entgegen § 11 Absatz 1 Satz 1 einen dort genannten Gegenstand in einem Luftfahrzeug oder auf einem Flugplatz in einem Bereich der Luftseite, der zugleich Sicherheitsbereich ist, mit sich führt oder an sich trägt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Wer die Tat fahrlässig begeht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu einhundertachtzig Tagessätzen bestraft.

## § 20 LuftSiG – Bußgeld- und Strafvorschriften zu § 12

(1) <sup>1</sup>Ordnungswidrig handelt, wer entgegen § 12 Abs. 4 als an Bord befindliche Person den Anordnungen des Luftfahrzeugführers oder seiner Beauftragten nicht Folge leistet. [...]

(2) Wer eine in Absatz 1 bezeichnete Handlung begeht und dabei mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt Widerstand leistet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(3) [...]

## § 21 LuftSiG – Grundrechtseinschränkungen

Die Grundrechte auf Leben, körperliche Unversehrtheit und Freiheit der Person (Artikel 2 Abs. 2 Satz 1 und 2 des Grundgesetzes), das Grundrecht des Postgeheimnisses (Artikel 10 Abs. 1 des Grundgesetzes) und das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Abs. 1 des Grundgesetzes) werden nach Maßgabe dieses Gesetzes eingeschränkt.

## ANLAGE 4-C zu Kapitel 4 des Anhangs der DVO (EU) 2015/1998

Unbeschadet der geltenden Sicherheitsvorschriften dürfen folgende Gegenstände von Fluggästen nicht in Sicherheitsbereiche oder an Bord eines Luftfahrzeugs mitgenommen werden:  
[...]

c) *spitze oder scharfe Gegenstände* — spitze oder scharfe Gegenstände, mit denen schwere Verletzungen herbeigeführt werden können, einschließlich:

Hackwerkzeuge, wie Äxte, Beile und Hackmesser,

Eisäxte und Eispickel,

Rasierklingen,

Teppichmesser,

Messer mit einer Klingenslänge über 6 cm,

Scheren mit einer Klingenslänge über 6 cm ab dem Scharnier gemessen,

Kampfsportgeräte mit einer Spitze oder scharfen Kante,

Schwerter und Säbel;

[...].

## Lösungsvorschlag

<b>A. Sachentscheidungsvoraussetzungen.....</b>	<b>103</b>
<b>I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs .....</b>	<b>103</b>
<b>II. Statthafte Rechtsbehelfe .....</b>	<b>105</b>
1. Sicherstellung.....	105
2. Durchsuchung .....	106

III. Feststellungsinteresse .....	107
IV. Klagebefugnis.....	108
V. Vorverfahren .....	109
VI. Frist.....	110
VII. Zuständiges Gericht .....	110
VIII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit.....	111
IX. Form.....	112
X. Zwischenergebnis .....	112
B. Objektive Klagehäufung, § 44 VwGO .....	112
C. Begründetheit hinsichtlich Sicherstellung .....	112
I. Passivlegitimation, § 78 Abs. 1 VwGO .....	112
II. Rechtswidrigkeit der Sicherstellung .....	112
1. Rechtsgrundlage .....	112
a) Schutzbereich und Eingriff .....	113
b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....	113
aa) Schranke .....	113
bb) Schranken-Schranken.....	114
cc) Verhältnismäßigkeit als weitere Schranken-Schranke.....	115
c) Zwischenergebnis.....	115
2. Formelle Rechtmäßigkeit.....	116
a) Zuständigkeit .....	116
b) Verfahren und Form.....	116
c) Zwischenergebnis.....	117
3. Materielle Rechtmäßigkeit.....	117
a) Tatbestand .....	117
b) Rechtsfolge.....	118
4. Zwischenergebnis .....	118
III. Ergebnis .....	118
D. Begründetheit hinsichtlich Durchsuchung.....	118
I. Passivlegitimation .....	119
II. Rechtswidrigkeit der Durchsuchung.....	119
1. Rechtsgrundlage .....	119
a) Schutzbereich und Eingriff .....	119
b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....	119

aa) Schranke .....	119
bb) Schranken-Schranken .....	119
cc) Verhältnismäßigkeit als weitere Schranken-Schranke.....	119
c) Zwischenergebnis .....	121
2. Formelle Rechtmäßigkeit.....	121
a) Zuständigkeit .....	121
b) Verfahren und Form.....	121
c) Zwischenergebnis.....	121
3. Materielle Rechtmäßigkeit.....	121
a) Tatbestand .....	121
b) Rechtsfolge.....	121
4. Zwischenergebnis .....	122
<b>III. Ergebnis .....</b>	<b>122</b>
<b>E. Gesamtergebnis.....</b>	<b>122</b>

*Hinweis:* Angesichts des Umfangs der Klausur wurde es nicht erwartet, dass in dem Umfang der Musterlösung auf die Aspekte eingegangen wird. Insbesondere bei den Prüfungen, die die Verfassungsmäßigkeit betreffen, soll die Lösungsskizze als Inspiration möglichst viele Aspekte aufzeigen; ein Eingehen auf all diese Aspekte wurde aber nicht erwartet.

Die Rechtsbehelfe des P haben Erfolg, soweit ihre Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen und sie begründet sind.

## A. Sachentscheidungsvoraussetzungen

### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO.

Das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit richtet sich nach den streitentscheidenden Normen. Diese sind Normen des öffentlichen Rechts, wenn sie wenigstens einseitig einen Träger von hoheitlicher Gewalt berechtigten oder verpflichten. P möchte die gegen ihn gerichteten Maßnahmen angreifen. Für die von F getroffenen Maßnahmen kommen unterschiedliche Handlungsrichtungen in Betracht. So könnte die Handlung auf das privatrechtliche Hausrecht<sup>2</sup> (§ 903 S. 1 Fall 2 BGB i.V.m. § 1004 BGB bzw. § 859 Abs. 1 BGB ggf. i.V.m. § 860 BGB) in Bezug auf das Flugzeug gestützt werden.

<sup>2</sup> Nach st. Rspr. wird das privatrechtliche Hausrecht bei allgemeinem Publikumsverkehr und Massengeschäften des täglichen Lebens dahingehend eingeschränkt, dass das Hausrecht nur noch aus rechtlich zulässigen Gründen ausgeübt werden darf. Einfachgesetzlich ist dies für bestimmte Aspekte in § 19 AGG geregelt; entsprechendes kann sich aber auch aus den Grundrechten ergeben. Beispiele aus der Rechtsprechung: BVerfG NJW 2018, 1667 (1669 Rn. 41); BVerfG NJW 2011, 1201 (1204 Rn. 60 f.) – unmittelbare Bindung an Grundrechte wegen staatlicher Beherrschung des Unternehmens; BVerfG NJW 2019, 3769 (3770 Rn. 7); BGH NZM 2020, 726

*Brüderlin: Not ready for departure*

Andererseits könnte die Handlung auch im öffentlichen Interesse zur Aufrechterhaltung bzw. Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit gem. § 12 Abs. 1 und 2 LuftSiG erfolgen.<sup>3</sup> Denkbar wäre auch noch ein Handeln als Privatperson aufgrund § 127 Abs. 1 StPO; insbesondere, weil F den P jedenfalls zeitweise für die Durchsuchung festhält (eine Festnahme nach Abs. 2 kommt hingegen nicht in Betracht, da § 12 LuftSiG keine Rechte zur Strafverfolgung einräumt).

Zwar ist F grundsätzlich als Privatperson tätig und insbesondere kein Beamter, allerdings handelt er im Auftrag der L, die selbst wiederum gem. § 12 Abs. 1 S. 1 LuftSiG Beliehene ist.

*Hinweis:* Ob die Beauftragung des F durch L erlaubt und rechtmäßig ist, ändert nichts an deren faktischem Vorliegen und ist daher allenfalls für die Rechtmäßigkeit der Maßnahmen und folglich für die Begründetheit relevant.

Daher handelt es sich allein im Falle von § 12 LuftSiG um eine Norm, die einen Träger hoheitlicher Gewalt (in Form eines Beliehenen) berechtigt.

Aufgrund der in Betracht kommenden Normen, deren Rechtsnatur nicht immer öffentlich-rechtlich ist, ist die Bestimmung des Charakters der Streitigkeit anhand der Norm nicht zielführend.

Sinnvoller erscheint ein Abstellen auf die Handlung, konkreter auf den Zweck der von F ausgeführten Maßnahme.<sup>4</sup>

*Hinweis:* Für das Hausverbot in Behörden wurde in der Vergangenheit häufig auf den Besuchszweck der betroffenen Person abgestellt.<sup>5</sup> Für die privatrechtliche Fluggesellschaft wäre der Besuchszweck dann wohl stets privatrechtlich, weshalb diese – heute ohnehin kaum noch vertretene – Ansicht jedenfalls für diesen Fall ohnehin nicht zu brauchbaren Ergebnissen führen würde. Daher wurde ein Eingehen auf diese Ansicht nicht erwartet. Sollte dennoch eine kritische Auseinandersetzung damit erfolgen, ist dies positiv zu bewerten.

F beabsichtigt mit seinem Handeln zunächst einmal, den geregelten Betriebsablauf (einen sicheren Start) zu ermöglichen bzw. wiederherzustellen. Zwar soll P des Flugzeuges verwiesen werden, dies erfolgt jedoch in erster Linie, um sicherzugehen, dass der sichere Betrieb des Flugzeugs während des Fluges gewährleistet ist. Die Übergabe an die Polizei hat in erster Linie den Zweck, dass P sich nicht mehr an Bord befindet und – wenn überhaupt nur nachrangig – den Zweck einer Strafverfolgung. Somit ist das Handeln des F § 12 LuftSiG zuzuordnen.

Darüber hinaus streiten weder unmittelbar am Verfassungsleben Beteiligte über Verfassungsrecht noch liegt eine prinzipale Rechtssatzkontrolle des formellen Gesetzgebers vor, sodass der Streit nicht verfassungsrechtlicher Natur ist.

Des Weiteren handelt F maßgeblich zur Abwendung der Gefahr und gerade nicht repressiv, sodass § 23 Abs. 1 EGGVG als abdrängende Sonderzuweisung nicht einschlägig ist

Somit ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

---

(727 Rn. 16 f.). In einer zivilrechtlichen Klausur wäre dieser Aspekt allerdings erst für das Vorliegen eines möglichen zivilrechtlichen Anspruchs und folglich in der Begründetheit relevant.

<sup>3</sup> Zur Abgrenzung zum privatrechtlichen Hausrecht im Zusammenhang mit § 12 LuftSiG bei Verweisen eines Fluggastes mit Windpocken siehe LG Berlin BeckRS 2009, 6448.

<sup>4</sup> BayVGH NJW 1980, 2722 (2723); OVG Münster NJW 2011, 2379; OVG Hamburg NJW 2014, 1196 (1197).

<sup>5</sup> BVerwG BeckRS 1980, 30432038; VGH Mannheim NJW 1994, 2500 (2501); OVG Münster NJW 1998, 1425.

## II. Statthafte Rechtsbehelfe

Der statthafte Rechtsbehelf richtet sich nach dem Begehren des P, § 88 VwGO. P möchte sich gegen die Sicherstellung des Messers und die anschließende Durchsuchung zur Wehr setzen.

### 1. Sicherstellung

Für die Sicherstellung kommt eine Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 VwGO) in Betracht. Angesichts der Zuordnung der Hoheitsgewalt des Luftfahrzeugführers zur Bundesrepublik Deutschland (siehe bereits § 12 Abs. 5 S. 1 LuftSiG; zudem Beleihung durch Bundesgesetz) ergibt sich die Anwendbarkeit des VwVfG schon gem. § 1 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 und 4 VwVfG. Bei der Sicherstellung könnte es sich um einen für P belastenden Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG handeln. Jedoch könnte die hierfür nötige Regelungswirkung fehlen und deshalb ein bloßer Realakt vorliegen.

Für einen Verwaltungsakt spricht zunächst, dass dies dem natürlichen Ablauf entspricht. P greift gerade das Handeln des F und nicht seine eigene Handlung ([freiwillige] Herausgabe des Messers) an. So wird eine Person regelmäßig erst zur Herausgabe der Sache aufgefordert (Anordnung) und diese Anordnung im Falle der Weigerung vollstreckt. Dass diese beiden Schritte auch nicht als Einheit gesehen werden müssen, zeigt sich bereits in der gesetzlich vorgesehenen Trennung zwischen Anordnung einerseits und der Vollstreckung unter besonderen Voraussetzungen andererseits (siehe z.B. § 12 Abs. 3 S. 1 LuftSiG, Art. 70 Abs. 1 BayPAG, § 6 VwVG). Hinzu kommt, dass bei einer zwangsweisen „Sicherstellung“ gegen den Willen des Betroffenen regelmäßig von einer „Beschlagnahme“ (vgl. § 94 Abs. 2 StPO) gesprochen wird.<sup>6</sup>

*Hinweis:* Ein weiteres Argument wäre, dass der Verwaltungsakt den Rechtsgrund für das öffentlich-rechtliche Verwahrungsverhältnis darstellt (siehe unten) – ein Realakt kann nur schwerlich als Rechtsgrund dienen. A.A. mit entsprechender Argumentation gut vertretbar.<sup>7</sup>

Daher besitzt die Handlung des F eine Regelungswirkung. Das hoheitliche Handeln einer Behörde ergibt sich aus der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben (öffentliche Sicherheit, § 1 Abs. 4 VwVfG i.V.m. § 1 LuftSiG) durch L als Beliehene, in deren Auftrag F handelt.

Der Verwaltungsakt wäre grundsätzlich mit der Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Fall 1 VwGO) anzugreifen, allerdings könnte sich der Verwaltungsakt mit der Herausgabe des Messers durch P an F erledigt haben (§ 43 Abs. 2 VwVfG). Durch die freiwillige Herausgabe bzw. durch die Beschlagnahme wird jedoch ein öffentlich-rechtliches Verwahrungsverhältnis begründet (vgl. z.B. Art. 26 BayPAG oder § 46 BPolG), dessen Rechtsgrund die ursprüngliche Sicherstellungsanordnung darstellt. Dieses Verwahrungsverhältnis wurde mittlerweile durch die Herausgabe an die Staatsanwaltschaft zum Zwecke der Sicherstellung im Rahmen des Strafverfahrens beendet, sodass jedenfalls zum Zeitpunkt der Klageerhebung Erledigung eingetreten ist. Dass dann der Verwaltungsakt noch als Grundlage für einen Kostenbescheid dienen soll, ist nicht ersichtlich.

<sup>6</sup> Siehe auch *van Schyndel*, in: Giemulla/Schmid, Frankfurter Kommentar zum Luftverkehrsrecht, 68. Lfg., Stand: 1.12.2015, LuftSiG § 12 Rn. 43, 46. Anders dagegen z.B. § 38 PolG BW, wo der Begriff „Beschlagnahme“ für eine Sicherstellung im öffentlichen Interesse in Abgrenzung zur „Sicherstellung“ im Interesse des Eigentümers oder berechtigten Besitzers nach § 37 PolG BW benutzt wird.

<sup>7</sup> Zur a.A. siehe *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl. 2024, § 15 Rn. 1 ff.

Da die Erledigung meist zufällig und nicht stets bei Klageerhebung eintritt, kann der erledigte Verwaltungsakt zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) mit der Fortsetzungsfeststellungsklage (§ 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog) angegriffen werden.

## 2. Durchsuchung

Auch die Durchsuchung könnte mit der Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Fall 1 VwGO) angegriffen werden, wenn es sich um einen Verwaltungsakt handelt. Dafür müsste die Durchsuchung allerdings insbesondere auch eine Regelungswirkung haben (§ 35 S. 1 VwVfG).

Gegen eine Regelungswirkung spricht bereits, dass die Durchsuchung nach dem natürlichen Ablauf ohne Anordnung, sondern unmittelbar durch die jeweiligen staatlichen Organe erfolgt. Selbst wenn sich die betroffene Person gegen eine solche Maßnahme zur Wehr setzt und deshalb weitere Anordnungen und Maßnahmen getroffen werden, um die Durchsuchung ungehindert durchführen zu können, ändert dies an dem festgestellten Ergebnis nichts, da es sich bei diesen Maßnahmen rechtlich um weitere von der Durchsuchung getrennte, also eigenständige, Anordnungen/Maßnahmen handelt.

In Betracht käme noch, in der Durchsuchung, die der Betroffene zu dulden hat, als Regelungswirkung eine sog. konkludente Duldungsverfügung zu sehen. Es wirkt jedoch sehr gekünstelt, in jede Handlung eine solche konkludente Duldungsverfügung hineinzulesen, zumal ein Erdulden eine rein faktische Reaktion ist. Außerdem ist ein solch extensives Verständnis der Regelungswirkung schon deshalb nicht notwendig, da die VwGO auch Rechtsbehelfe gegen Realakte kennt.<sup>8</sup>

*Hinweis:* A.A. vertretbar. Als zusätzliches Argument gegen die konkludente Duldungsverfügung kann auf den historischen Hintergrund (dies muss in der Klausur natürlich nicht bekannt sein) verwiesen werden. Da nach preußischem Recht nur eine Klage gegen (polizeiliche) Verfügungen möglich war (§§ 127 ff. PrLVwG), entwickelte das Preußische OVG bereits zu Beginn seiner Rspr. die heute bekannte konkludente Duldungsverfügung, um auch einen Rechtsschutz gegen rein faktische Rechtsbeeinträchtigungen zu ermöglichen.<sup>9</sup> Prägnant formuliert dazu das VG Stuttgart: „Hilfskonstruktionen‘ dergestalt, in der Anwendung zugleich eine Duldungsanordnung zu sehen [...], mögen angezeigt gewesen sein zu Zeiten, in denen das Vorliegen eines Verwaltungsakts rechtswegeröffnend war. Unter Geltung der Verwaltungsgerichtsordnung bedarf es ihrer nicht mehr.“<sup>10</sup>

Somit handelt es sich bei der Durchsuchung mangels Regelungswirkung um einen Realakt. Für die von P begehrte Feststellung, dass die Maßnahme rechtswidrig war, könnte die Feststellungsklage (§ 43 Abs. 1 Fall 1 VwGO) einschlägig sein. Das festzustellende Rechtsverhältnis i.S.d. § 43 Abs. 1 VwGO ist das zum Zeitpunkt der Durchsuchung zwischen F und P bestehende Gewaltverhältnis, dessen rechtmäßiges bzw. rechtswidriges Bestehen festgestellt werden kann. § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO steht auch nicht entgegen.

*Hinweis:* Da dieses Rechtsverhältnis bereits beendet ist, muss geklärt werden, ob deshalb zusätzliche Anforderungen an die Zulässigkeit der Feststellungsklage zu stellen sind. Dies kann bereits an dieser Stelle erfolgen oder – wie im Folgenden – unter dem Punkt des Feststellungsinteresses.

<sup>8</sup> VG Stuttgart BeckRS 2015, 56039; v. Alemann/Scheffczyk, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.4.2023, § 35 Rn. 151; Becker u.a., Öffentliches Recht in Bayern, 8. Aufl. 2022, 3. Teil Rn. 295.

<sup>9</sup> Meyer, BRJ 01/2016, 47 ff.

<sup>10</sup> VG Stuttgart BeckRS 2015, 56039.

### III. Feststellungsinteresse

1. Für die Fortsetzungsfeststellungsklage (hinsichtlich der Sicherstellung) muss gem. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog ein berechtigtes Interesse bestehen. Sowohl die Fallgruppe der Wiederholungsgefahr (mangels konkreter Anhaltspunkte) sowie der Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses (Letzteres nur bei Erledigung nach Klageerhebung, soweit bereits im geführten Prozess Erkenntnisse, die für einen späteren Amtshaftungsprozess nützlich sind, erlangt wurden) scheiden von vornherein aus.

*Hinweis:* Bei entsprechender Argumentation mit dem Sachverhalt ist die Annahme einer Wiederholungsgefahr noch vertretbar, da ggf. weitere Demonstrationen des P denkbar sind. Ob diese Wiederholungsgefahr allerdings konkret genug ist, lässt sich nach dem Sachverhalt durchaus bezweifeln.<sup>11</sup>

Die Fallgruppe für typischerweise sich schnell erledigende Maßnahmen scheidet ebenfalls aus, da diese in erster Linie für heimliche Maßnahmen der Sicherheitsbehörden, die faktisch nur im Nachhinein angegriffen werden können, gedacht ist.

*Hinweis:* A.A. gut vertretbar, insbesondere mit dem Argument aus Art. 19 Abs. 4 GG, gerade wenn diese Fallgruppe die einzige in Frage kommende Fallgruppe ist. Teilweise werden die Fallgruppen des tiefgreifenden Grundrechtseingriffs und der sich typischerweise schnell erledigenden Maßnahme zusammengefasst – es muss also ein tiefgreifender Grundrechtseingriff durch eine sich schnell erledigende Maßnahme vorliegen.<sup>12</sup> Eine andere Ansicht lässt dagegen für die Annahme eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses nur die typischerweise kurzfristige Erledigung der Maßnahme ausreichen, ohne dass zusätzlich ein tiefgreifender Grundrechtseingriff vorliegen muss.<sup>13</sup> Darunter fallen auch heimliche Maßnahmen, die Fallgruppe wird aber nicht nur auf diese beschränkt.

In Betracht kommt dagegen ein schwerer Grundrechtseingriff. Allerdings wurde das Messer zunächst nur vorübergehend sichergestellt; dass es nun nicht mehr an P zurückgegeben wurde, liegt dagegen an der Sicherstellung im Rahmen des Strafverfahrens, folglich an einer ganz anderen Maßnahme und nicht an der Sicherstellung durch F. Die Eigentumsfreiheit nach Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG schützt alle vermögenswerten Rechte, die dem Berechtigten von der Rechtsordnung zugeordnet werden. Das Messer steht zwar im Eigentum des P und ist folglich ihm von der Rechtsordnung zugeordnet (§ 903 BGB). Dabei gewährleistet die Eigentumsfreiheit aber nur den Bestand des Eigentums; die Nutzungsmöglichkeit (von Fahrniseigentum) wird dagegen nicht geschützt.

*Hinweis:* Anders nach h.M. für das unbewegliche Vermögen, bei dem auch die Nutzungsmöglichkeit durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützt werden soll. Diese unterschiedliche Behandlung wird damit begründet, dass i.d.R. bei jeder Freiheitsausübung bewegliche Sachen genutzt werden und daher anderenfalls eine Beschränkung von Freiheiten immer gleich eine Beschränkung von Art. 14 Abs. 1 GG wäre.<sup>14</sup> Zu den Grundrechten aus Art. 5 Abs. 1, 8 GG, die recht eindeutig ausscheiden, siehe unten bei der Klagebefugnis.

<sup>11</sup> Siehe dazu Decker, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.10.2024, § 113 Rn. 87.2.

<sup>12</sup> BVerfG NJW 2017, 545 (545 Rn. 11); BayVGH BeckRS 2018, 21843 Rn. 31.

<sup>13</sup> BVerwG NVwZ 2013, 1481 (1483 Rn. 32); Riese, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, Stand: Januar 2024, § 113 Rn. 143.

<sup>14</sup> Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 39. Aufl. 2023, Rn. 1182.

Mit der Sicherstellung wird das Eigentum nicht entzogen, sondern alleine die Nutzungsmöglichkeit beschränkt, sodass schon kein Eingriff in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG vorliegt. Die dadurch bedingte kurze Einschränkung der Nutzbarkeit (allein durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt) war damit nicht schwerwiegend.

Da aufgrund der Sicherstellung in der Flugzeugkabine andere Passagiere die Maßnahmen wahrgenommen haben und P damit durch die Passagiere als Rechtsbrüchiger stigmatisiert werden könnte, besitzt er allerdings ein Rehabilitationsinteresse.

2. Für die Feststellungsklage (hinsichtlich der Durchsuchung) ist nach § 43 Abs. 1 VwGO ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung erforderlich. Hierfür ist grundsätzlich jedes Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art von hinreichendem Gewicht ausreichend.<sup>15</sup> Allerdings ist das hier zu untersuchende Rechtsverhältnis (durch Durchsuchung begründetes Gewaltverhältnis) bereits beendet, wodurch die Klage ihren Charakter als Abhilfe gegen rechtswidriges Handeln des Staates verliert, sodass das Interesse an einer Feststellung besonders begründungsbedürftig erscheint (vgl. bei Verwaltungsakten bereits § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO). Damit ist die Situation vergleichbar mit der Lage in einer Fortsetzungsfeststellungskonstellation. Daher kann auf dieselben Fallgruppen zurückgegriffen werden. Hier kommt neben dem Rehabilitationsinteresse auch ein schwerer Grundrechtseingriff in Betracht, der damit zu begründen ist, dass die Durchsuchung einer Person besonders stark in die körperliche Sphäre der durchsuchten Person eingreift (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Zumal hier die Durchsuchung auch im Beisein der anderen Passagiere erfolgte.

#### IV. Klagebefugnis

1. Für die Fortsetzungsfeststellungsklage als Fortsetzung des Rechtsschutzes durch die Anfechtungsklage ist es notwendig, dass die Klagebefugnis des P vorlag, um zu verhindern, dass aus einer unzulässigen Anfechtungsklage eine zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage wird. Nach § 42 Abs. 2 VwGO genügt es, dass der Kläger geltend macht, möglicherweise durch den Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt worden zu sein.

*Hinweis:* Sieht man in der Fortsetzungsfeststellungsklage eher eine eigene Klageart, so ist tendenziell eine Analogie erforderlich. Geht man dagegen – wie auch hier – davon aus, dass die Fortsetzungsfeststellungsklage im Grunde eine „verlängerte“ Anfechtungsklage ist, dann ist keine Analogie erforderlich.

Als Adressat des belastenden Verwaltungsakts erschien jedenfalls eine Verletzung in Art. 2 Abs. 1 GG nicht von vornherein ausgeschlossen (Adressatentheorie). P war daher hinsichtlich der Sicherstellung klagebefugt.

2. Ob für die Feststellungsklage zusätzlich zum (besonderen) Feststellungsinteresse zur Verhinderung von Popularklagen auch die Klagebefugnis i.S.d. § 42 Abs. 2 VwGO analog vorliegen muss (bzw. in der Fortsetzungsfeststellungskonstellation vorgelegen haben muss), kann jedenfalls dann dahinstehen, wenn die Klagebefugnis bejaht werden konnte.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Möstl, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.7.2024, § 43 Rn. 19.

<sup>16</sup> Die Analogie bejahend BVerwG NJW 1996, 2046 (2048), BVerwG NVwZ-RR 2016, 344 (344 Rn. 17); BayVGH BeckRS 1994, 8157, Bader u.a., Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 8. Aufl. 2021, VwGO § 43 Rn. 28; a.A. Möstl, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.7.2024, § 43 Rn. 21, Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2024, § 18 Rn. 17.

Mit Blick auf die Ausführungen oben unter III. 2. war eine Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG nicht von vornherein ausgeschlossen (Möglichkeitstheorie), womit die Frage schon deshalb offenbleiben kann. Ein Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG scheidet an einer physischen bzw. psychischen Verletzung des P. Ein Eingriff in Art. 8 GG scheidet bereits daran, dass P allein agiert. Hinsichtlich Art. 5 Abs. 1 Fall 1 GG (Meinungsfreiheit) ist zu berücksichtigen, dass der Zweck der Handlung des P maßgeblich darauf abzielte, ein Verkehrschaos am Flughafen hervorzurufen. Zwar ist der Ursprungspunkt die Abneigung des P gegenüber Umweltverschmutzung (auch maßgeblich durch den Luftverkehr). Diese Haltung stellt zwar für sich eine Meinung (= Werturteil) dar, jedoch tritt diese Meinung bei der Aktion im Flugzeug nicht nur in den Hintergrund, sondern ist nicht mehr Bestandteil; P möchte nur (noch) ein Verkehrschaos hervorrufen, ohne Bezug zu seiner ursprünglichen Haltung herzustellen (a.A. vertretbar).

## V. Vorverfahren

1. Für die Fortsetzungsfeststellungsklage (bzgl. der Sicherstellung) als Fortsetzung des Rechtsschutzes der Anfechtungsklage muss grundsätzlich verhindert werden, dass aus einer unstatthaften Anfechtungsklage eine zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage wird.

Ein Beliehener nimmt Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr und ist damit eine Behörde im funktionellen Sinne gem. § 1 Abs. 4 VwVfG. Zwar ist ein Vorverfahren vor bayerischen Gerichten entbehrlich oder meist sogar unstatthaft (§ 68 Abs. 1 S. 2 Fall 1 VwGO, Art. 12 Abs. 2 und 1 BayAGVwGO), dann kann auch eine Fortsetzungsfeststellungsklage nicht scheitern. Angesichts der Zuordnung der Hoheitsgewalt des Luftfahrzeugführers zur Bundesrepublik Deutschland (siehe oben II. 1.) handelt hier allerdings eine Bundesbehörde. Damit sind Art. 12 Abs. 2 und 1 BayAGVwGO nicht anwendbar (Art. 12 Abs. 3 S. 1 BayAGVwGO). Damit wäre grundsätzlich ein Vorverfahren für die Anfechtungsklage erforderlich gewesen (§ 68 Abs. 1 VwGO).

Bei Erledigung des Verwaltungsaktes wäre ein Vorverfahren noch möglich gewesen (die Frist war in diesem Zeitpunkt noch nicht abgelaufen), auch muss ein Vorverfahren nicht „nachgeholt“ werden, da es mangels Verwaltungsakts (dieser hat sich ja gerade erledigt) keinen Sinn mehr ergeben würde. Daher steht die fehlende Durchführung eines Vorverfahrens der Fortsetzungsfeststellungsklage nicht entgegen.

*Hinweis:* A.A. gut vertretbar etwa mit Hinweis darauf, dass die Behörde immerhin noch die Rechtswidrigkeit des erledigten Verwaltungsakts feststellen könnte – etwa nach § 44 Abs. 5 VwVfG analog.<sup>17</sup> Für ein (notwendiges) Vorverfahren und dann auch für die Frist ergeben sich bei der FFK grundsätzlich drei verschiedene Konstellationen:<sup>18</sup>

1. Erledigung vor Klageerhebung und vor Fristablauf
2. Erledigung vor Klageerhebung und nach Fristablauf
3. Erledigung nach Klageerhebung

Es gilt der Grundsatz, dass aus einer unzulässigen Anfechtungsklage keine zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage werden darf. Für den 1. (hier vorliegenden) Fall gilt demnach, dass zur Zeit der Erledigung ein Vorverfahren (bzw. bei Entbehrlichkeit desselben eine Anfechtungsklage) noch mög-

<sup>17</sup> Siehe auch *Ronellenfitsch/Glemser*, JuS 2008, 888 (890).

<sup>18</sup> Zum Folgenden BVerwG NVwZ 2000, 63 (64); BayVGH NVwZ-RR 1992, 218 (219); *Riese*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, Stand: Januar 2024, § 113 Rn. 149; siehe auch *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, Rn. 1428 ff.

lich gewesen wäre, also die Frist noch nicht abgelaufen war. Zudem muss ein Vorverfahren aus den genannten Gründen nicht „nachgeholt“ werden. Da die Frist „nur“ die Bestandskraft schützt, die nach Erledigung nicht mehr relevant ist, ist für die Klageerhebung auch das hypothetische Fristende unerheblich. Für den Fall 1, in dem die Klage ja erst noch erhoben wird/werden muss, stellt sich dann noch die Frage, ob die Fortsetzungsfeststellungsklage eine „eigene“ Frist hat. Mangels gesetzlicher Regelung ist dies zu verneinen, sodass als Grenze nur eine Verwirkung möglich ist (siehe zur Frist gleich im nächsten Punkt unter VI. 1. nochmals).

Für 2. gilt, dass im Zeitpunkt der Erledigung nach Fristablauf ein Vorverfahren (bzw. bei Entbehrlichkeit desselben eine Anfechtungsklage) unzulässig gewesen wäre (schon wegen der Bestandskraft, aber auch wegen des nicht durchgeführten Vorverfahrens), sodass eine Fortsetzungsfeststellungsklage demnach auch unzulässig sein muss.

Für 3. ist sodann logischerweise entscheidend, ob die ursprünglich erhobene Klage zulässig war (also Vorverfahren und Frist dort eingehalten wurden).

2. [Für die Feststellungsklage ist kein Vorverfahren statthaft (§ 68 Abs. 1 VwGO).]

## VI. Frist

1. Für die Fortsetzungsfeststellungsklage muss grundsätzlich verhindert werden, dass aus einer unzulässigen Anfechtungsklage eine zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage wird (siehe oben V. 1.).

Hier ist die Erledigung der Sicherstellung bereits am 22.9.2024 eingetreten (§ 43 Abs. 2 VwVfG). Zwar stellt der Verwaltungsakt zur Sicherstellung den Grund für das Behaltendürfen der sichergestellten Sache dar, allerdings erledigt sich dieser Verwaltungsakt mit der Herausgabe der Sache (Herausgabe an die Staatsanwaltschaft i.R.d. Strafverfahrens gegen P). Somit trat die Erledigung zu einer Zeit ein, in der ein Vorverfahren noch zulässig gewesen wäre (§§ 70 Abs. 1 S. 1, 74 Abs. 1 S. 2, 68 Abs. 1 S. 1, 57 Abs. 1 und 2, 70 Abs. 2, 58 Abs. 2 S. 1 VwGO [Art. 12 Abs. 3 AGVwGO], § 222 Abs. 1 ZPO, §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Fall 1 BGB). Folglich ist eine noch zu erhebende Fortsetzungsfeststellungsklage grundsätzlich zulässig. Dass die Klage (erst) am 11.11.2024 erhoben wurde, begründet jedenfalls wegen fehlendem Umstandsmoment noch keine Verwirkung.

2. [Für die Feststellungsklage gilt ohnehin keine Frist (§ 74 VwGO) – eine Verwirkung kommt hier aus demselben Grund nicht in Betracht.]

## VII. Zuständiges Gericht

1. Sachlich ist für die Fortsetzungsfeststellungsklage das Verwaltungsgericht zuständig (§ 45 VwGO). Angesichts der Zuordnung der Hoheitsgewalt des Luftfahrzeugführers zur Bundesrepublik Deutschland (siehe oben II. 1.), könnte eine örtliche Zuständigkeit nach § 52 Nr. 2 S. 1 VwGO in Betracht kommen. Ein Beliehener ist zwar eine Behörde im funktionellen Sinne gem. § 1 Abs. 4 VwVfG, da er Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, allerdings handelt der Beliehene gerade nicht als Organ für eine spezielle (Bundes-)Behörde i.S.d. § 52 Nr. 2 S. 1 VwGO, sondern nimmt die hoheitlichen Aufgaben im eigenen Namen wahr – ist also in keinem organisatorischen Sinne unmittelbar vom Bund weder eingerichtet worden noch in diesen eingegliedert. Zwar legt § 52 Nr. 2 S. 1 VwGO nicht ausdrücklich fest, dass nur Bundesbehörden in einem organisatorischen Sinne gemeint sind, allerdings deutet darauf bereits hin, dass von „Bundesbehörden“ und nicht wie in vielen anderen Normen der VwGO nur von „Behörden“ gesprochen wird. Zudem wäre es nicht notwendig gewesen, bei einem funktionellen Behördenbegriff die „bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten, oder Stiftungen“ extra zu nennen. Schließlich ist die mit § 52 Nr. 2 S. 1 VwGO beabsichtigte Konzentration von Verfah-

ren einer Bundesbehörde bei einem Gericht und die damit einhergehende Spezialisierung desselben in der vorliegenden Fallkonstellation rein praktisch nicht abbildbar. Aufgrund der Vielzahl an Luftfahrzeugführern kommt es nicht zur beabsichtigten Konzentration. Zudem wäre die Bestimmung der Zuständigkeit nach dem Sitz unpraktikabel; allenfalls der private Wohnsitz käme in Betracht. Daher ist die allgemeine Zuständigkeitsregelung in § 52 Nr. 3 VwGO anzuwenden.

*Hinweis:* Siehe zu der vorstehenden Argumentation insb. die sehr lesenswerte Entscheidung des VG Düsseldorf BeckRS 2020, 9687 Rn. 10 ff. mit ausführlicher Auslegung und umfangreichen Verweisen auf Rspr. und Lit. Krit. zu diesem Auslegungsergebnis VG Berlin BeckRS 2022, 15139 Rn. 6 ff. Das BVerwG, NVwZ 2023, 434 (434 Rn. 4 ff.), hat Beliehene jedenfalls dann als Bundesbehörde angesehen, wenn sie durch ihre bundesweite Tätigkeit in die Strukturen des Bundes eingegliedert sind (also ebenfalls ein eher organisatorischer Ansatz). Dies wäre im vorliegenden Fall jedenfalls nicht gegeben, da die Luftfahrzeugführerin immer nur bezogen auf ihr Luftfahrzeug zuständig ist; es also an einer umfassenden bundesweiten Zuständigkeit bei ihr allein fehlte. Siehe auch VG Gießen BeckRS 2018, 1279.

Somit kommt eine Zuständigkeit nach § 52 Nr. 3 S. 1 VwGO in Betracht. Zwar wird eine Fortsetzungsfeststellungsklage erhoben und keine Anfechtungsklage. Allerdings ist die Fortsetzungsfeststellungsklage gerade die Fortsetzung des Rechtsschutzes aus einer Anfechtungsklage. Außerdem würde sich im „Normalfall“ des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO (Erledigung nach Klageerhebung) die Zuständigkeit in aller Regel aus § 52 Nr. 3 S. 1 VwGO ergeben. Eine Umstellung während des Prozesses auf die Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO gilt dabei nicht als Klageänderung i.S.d. § 91 VwGO (§ 173 S. 1 VwGO i.V.m. § 264 Nr. 2 ZPO)<sup>19</sup>, sodass sich die begründete Zuständigkeit auch nicht ändert (§ 173 S. 1 VwGO i.V.m. § 261 Abs. 3 Nr. 2 ZPO). Warum sich im Falle der Erledigung vor Klageerhebung eine potenziell andere Zuständigkeit nach § 52 Nr. 5 VwGO ergeben sollte, ist nicht ersichtlich, weshalb es für die Fortsetzungsfeststellungsklage bei § 52 Nr. 3 S. 1 VwGO bleibt.<sup>20</sup> Demnach ist das VG München (Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 AGVwGO) zuständig. Selbst wenn man wegen der sich über die gesamte Flugstrecke erstreckende Zuständigkeit des verantwortlichen Luftfahrzeugführers auf § 52 Nr. 3 S. 2 VwGO abstellen würde, ergäbe sich hieraus nichts anderes.

*Hinweis:* Eine Auseinandersetzung in dieser Ausführlichkeit wurde nicht erwartet und ist allein mit Pluspunkten zu bewerten. Erwartet wurde eine kurze Abgrenzung von § 52 Nr. 2 S. 1 VwGO zu § 52 Nr. 3 S. 1 VwGO anhand des Gesetzes.

2. Für die Feststellungsklage ist ebenfalls das VG München zuständig (§§ 45, 52 Nr. 5 VwGO, Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 AGVwGO).

### VIII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

P ist als Kläger (vgl. § 63 Nr. 1 VwGO) gem. §§ 61 Nr. 1 Fall 1, 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO, §§ 1, 2, 104 ff. BGB beteiligten- und prozessfähig.

L ist als Beklagte (vgl. § 63 Nr. 2 VwGO) gem. §§ 61 Nr. 1 Fall 1, 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO, §§ 1, 2, 104 ff. BGB beteiligten- und prozessfähig.

<sup>19</sup> Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 30. Aufl. 2024, § 91 Rn. 8 f.

<sup>20</sup> A.A. VG Cottbus BeckRS 2018, 22378.

## IX. Form

Für die Klage gelten §§ 81 f. VwGO. Mangels gegenteiliger Angaben ist von der Einhaltung dieser Vorgaben auszugehen; insbesondere kann angenommen werden, dass die Klage durch R entsprechend § 55d S. 1 VwGO elektronisch erhoben wurde. Auch konnte sich P durch R vertreten lassen (§ 67 Abs. 2 S. 1 VwGO); P wäre auch selbst postulationsfähig gewesen (§ 67 Abs. 1 VwGO).

## X. Zwischenergebnis

Somit liegen die Sachentscheidungsvoraussetzungen für die Klagen des P vor.

### B. Objektive Klagehäufung, § 44 VwGO

Die Klagen richteten sich gegen denselben Klagegegner, stehen im Zusammenhang und das gleiche Gericht ist zuständig, sodass die Klagehäufung auch zulässig ist.

*Hinweis:* Die objektive Klagehäufung ist richtigerweise keine Sachentscheidungsvoraussetzung, da das Fehlen einer der Voraussetzungen von § 44 VwGO nur die Trennung der Verfahren zur Folge hätte (§ 93 VwGO).

### C. Begründetheit hinsichtlich Sicherstellung

Die Klage ist begründet, wenn sie sich gegen den richtigen Beklagten richtet (§ 78 Abs. 1 VwGO), der Verwaltungsakt rechtswidrig war und P in seinen Rechten verletzt hat (§ 113 Abs. 1 S. 1 und 4 VwGO analog).

#### I. Passivlegitimation, § 78 Abs. 1 VwGO

Ein Beliehener nimmt die ihm übertragenen hoheitlichen Aufgaben im eigenen Namen wahr. Er ist insoweit selbstständig und von dem beleihenden Verwaltungsträger getrennt – er ist insofern sein eigener Rechtsträger. Daher ist die Klage gegen den Beliehenen selbst zu richten.<sup>21</sup> Erfolgt die Beleihung – wie hier – ausnahmsweise gegenüber einer Einzelperson und nicht gegenüber einem privatrechtlichen Unternehmen, so passt der in § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO verwendete Begriff der Körperschaft auch in einem untechnisch verstandenen Sinne nicht. Daher ist § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO aufgrund des Rechtsträgerprinzips (siehe §§ 47 Abs. 2 S. 2, 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO) analog anzuwenden.

#### II. Rechtswidrigkeit der Sicherstellung

Die Sicherstellung erfordert nach dem Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) eine Rechtsgrundlage, sowie nach dem Vorrang des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) die Einhaltung dieser.

##### 1. Rechtsgrundlage

Als Rechtsgrundlage kommt § 12 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 sowie S. 3 Nr. 2 LuftSiG in Betracht. Da die

---

<sup>21</sup> Kintz, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.10.2024, § 78 Rn 31 m.w.N. Siehe auch Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 23 Rn. 60; Koehl, LKV 2018, 150 (152 ff.).

Brüderlin: Not ready for departure

Maßnahme auch gerade auf die Begründung von nicht nur vorübergehendem Gewahrsam gerichtet ist, kann auch dahinstehen, ob dies notwendige Voraussetzung ist.<sup>22</sup> Jedoch muss die Rechtsgrundlage auch tauglich sein, d.h. insbesondere nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen. Hier kommt allerdings ein Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 GG in Betracht.

Die Verfassungsmäßigkeit eines formellen Bundesgesetzes darf ein Fachgericht grundsätzlich selbst prüfen; erst wenn es bei dieser Prüfung von der Verfassungswidrigkeit überzeugt ist, muss das Fachgericht das BVerfG anrufen (Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG).

*Hinweis:* Bei Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz, die nur vorläufig erfolgen, sodass das zweifelhafte Gesetz also nicht verworfen, sondern nur vorläufig dessen Anwendung im konkreten Fall ausgesetzt wird, ist nach h.M. kein Fall von Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG gegeben – dies ist auch mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG sinnvoll. Erst in der Hauptsache ist dann gem. Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG zwingend vorzulegen.<sup>23</sup>

Diese Sichtweise ist deutlich liberaler als die des EuGH. Dort gilt nach st. Rspr., wenn es im Eil- und/oder Hauptverfahren auf die *Gültigkeit* einer EU-Norm ankommt, dass abweichend vom Wortlaut des Art. 267 AEUV stets eine *Vorlagepflicht* gegeben ist, wenn ein nationales Gericht eine EU-Norm für ungültig erklären möchte, da dem EuGH das Verwerfungsmonopol zustehe.<sup>24</sup>

### a) Schutzbereich und Eingriff

Soweit die Nutzung nicht durch speziellere Grundrechte geschützt ist, ist die Einschränkung der Nutzungsmöglichkeit an Art. 2 Abs. 1 GG zu messen.<sup>25</sup> Danach wird jedes menschliche Verhalten geschützt. Die Beschränkung der Nutzungsmöglichkeit beweglicher Sachen durch eine Sicherstellung ist folglich eine Verkürzung des Schutzbereichs und damit ein Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG.

*Hinweis:* Da die hier vorgenommene Prüfung sich noch nicht auf die konkrete Maßnahme bezieht, sollte hier noch nicht auf den konkreten Ablauf im vorliegenden Fall eingegangen werden. Dass die Einziehung des Messers durch die Staatsanwaltschaft am Ende einen Entzug des Eigentums bedeuten könnte, ist ohnehin irrelevant, da es nicht mehr die hier zu beurteilende Maßnahme betrifft. Grundsätzlich wäre ein Eingriff in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG weiter denkbar für die Sicherstellung von unbeweglichem Vermögen (so z.B. bei Art. 25 BayPAG). Allerdings ist in Konstellationen von § 12 Abs. 1 und 2 LuftSiG eine solche Sicherstellung von unbeweglichem Vermögen kaum denkbar und folglich wohl auch nicht zu diskutieren.

### b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

#### aa) Schranke

Art. 2 Abs. 1 GG kann durch die verfassungsmäßige Ordnung, also alle verfassungsmäßigen und verfassungsgemäß angewandten Normen, beschränkt werden – darin gehen die anderen beiden Schranken der Schranken-Trias auf. Somit kommt § 12 Abs. 1 und 2 LuftSiG als Schranke in Betracht.

<sup>22</sup> Kingreen/Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl. 2024, § 15 Rn. 2 ff.

<sup>23</sup> Morgenthaler, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2024, Art. 100 Rn. 18.

<sup>24</sup> Fetzer/Fischer, Europarecht, 12. Aufl. 2019, Rn 315 f.

<sup>25</sup> Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 39. Aufl. 2023, Rn. 1183.

## bb) Schranken-Schranken

Dem Bund steht die Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 71, 73 Nr. 6 GG (insoweit spezieller als Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG) zu. Mangels weiterer Anhaltspunkte ist von einem ordnungsgemäßen Gesetzgebungsverfahren auszugehen.

Die Einschränkung von Art. 2 Abs. 1 GG wird in § 21 LuftSiG nicht erwähnt, sodass die Vorschrift gegen das Zitiergebot aus Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG verstoßen könnte. Allerdings ist jede Einschränkung der Freiheit im Zweifel eine Einschränkung des als Auffanggrundrecht ausgestalteten Art. 2 Abs. 1 GG (siehe oben). Daher würde eine pauschale Zitierung von Art. 2 Abs. 1 GG in jedem (einschränkenden) Gesetz der Warnfunktion von Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG widersprechen, weshalb darin kein Verstoß gegen das Zitiergebot zu sehen ist.<sup>26</sup>

Des Weiteren wäre ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG) denkbar. Die Bedenken ergeben sich daraus, dass § 12 Abs. 1 und 2 LuftSiG anders als die Polizei- und Sicherheitsgesetze keine Standardmaßnahmen konkret ausgestaltet, sondern einzig eine Generalklausel enthält, die beispielhaft vier Maßnahmen aufzählt. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Voraussetzungen klar benannt werden (konkrete Gefahr, Bezug zu Luftfahrzeug, Verhältnismäßigkeit) und der große (Ermessens-)Spielraum auf der Anwendungsseite mit einer stärkeren Betonung der Verhältnismäßigkeit wieder ausgeglichen wird bzw. werden kann (§§ 4, 12 Abs. 1 S. 2 LuftSiG). Hinzu kommt, dass bei einem pauschalen Hinweis auf die Standardmaßnahmen in anderen Polizei- und Sicherheitsgesetzen unberücksichtigt bleibt, dass diese Gesetze auch alle neben den Standardmaßnahmen Generalklauseln kennen (z.B. § 14 Abs. 1 BPolG, Art. 11 BayPAG, Art. 7 LStVG). Vielmehr schlägt sich in § 12 LuftSiG die Tatsache nieder, dass Maßnahmen nach § 12 LuftSiG in der Realität sehr selten vorkommen, sodass die Formulierung von Standardmaßnahmen mangels Häufung bestimmter Maßnahmen schlicht nicht sinnvoll wäre; ganz anders dagegen im Polizei- und Sicherheitsrecht. Somit liegt hier kein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot vor, sondern die Frage ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu klären.

*Hinweis:* Es ist genauso gut vertretbar, diese Aspekte unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit zu thematisieren, wenn man die sehr weite Regelung in sich als bestimmt ansieht.<sup>27</sup> Dagegen ist die Frage, ob eine gegenwärtige Gefahr statt einer „einfachen“ konkreten Gefahr vorliegen muss, eindeutig kein Aspekt des Bestimmtheitsgebots, da aus dem Wortlaut eindeutig hervorgeht, dass nach der Norm eine einfache konkrete Gefahr ausreichend ist. Somit kann sich nur noch die Frage stellen, ob eine solch (niedrige) Schwelle der Gefahr nicht unverhältnismäßig ist.

Des Weiteren macht R geltend, dass es an Regelungen zum Umgang mit den sichergestellten Sachen fehle. Es ist zwar richtig, dass das LuftSiG hierzu keine Regelungen enthält. Allerdings entsteht mit der Sicherstellung auch ohne besondere Regelungen ein öffentlich-rechtliches Verwahrungsverhältnis mit Rechten und Pflichten, worauf die §§ 688 ff. BGB weitgehend analog Anwendung finden.<sup>28</sup> Daraus folgt auch, dass die Sache mit Wegfall des Grundes der Sicherstellung herauszugeben ist. Im Übrigen wird die Sicherstellung meist nur den verhältnismäßig kurzen Zeitraum des Fluges umfassen und anschließend die Sache entweder zurückgegeben oder an die zuständigen Behörden übergeben werden.

<sup>26</sup> Ganz h.M., vgl. BVerfG NJW 1959, 1675; *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 19 Rn. 4; *Manssen*, Staatsrecht II, Grundrechte, 20. Aufl. 2024, § 8 Rn. 200.

<sup>27</sup> *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Staatsrecht II, 39. Aufl. 2023, Rn. 447 f.

<sup>28</sup> *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl. 2024, § 15 Rn. 16; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, § 26 Rn. 1273.

### cc) Verhältnismäßigkeit als weitere Schranken-Schranke

Durch § 12 Abs. 1 und 2 S. 3 Nr. 2 LuftSiG werden die sichere Durchführung des Luftverkehrs, der Schutz von Leib und Leben der Passagiere und Crew an Bord sowie das Eigentum/der Besitz am Luftfahrzeug und seiner Fracht geschützt. Dies stellt einen legitimen Zweck dar (vgl. Art. 2 Abs. 1 und 2 S. 1, 14, 20 Abs. 3 GG).

Eine Sicherstellung kann diesen Zweck auch fördern und ist mithin geeignet.

Die Sicherstellung müsste auch erforderlich und angemessen sein (getrennte Prüfung beider Aspekte genauso vertretbar).

R bringt vor, dass eine Sicherstellung grundsätzlich nur bei einer gegenwärtigen Gefahr und nicht bei jeder konkreten Gefahr erfolgen dürfe. Grundsätzlich ist für die Sicherstellung eine gegenwärtige Gefahr notwendig (z.B. Art. 25 Abs. 1 Nr. 1 lit. a BayPAG, § 47 Nr. 1 BPolG). Dies lässt sich damit begründen, dass mit der Sicherstellung die Nutzungsmöglichkeit und der Zugriff auf die Sache vollständig aufgehoben werden (bis zu einer Rückgabe). Daher ist die Sicherstellung für den Fall einer nur konkreten aber noch nicht gegenwärtigen Gefahr meist nicht erforderlich, da mildere Mittel in Betracht kommen.<sup>29</sup> Es muss allerdings berücksichtigt werden, dass die Angemessenheit stets eine Abwägung zwischen den Nachteilen des Betroffenen, der Bedeutung der bedrohten Rechtsgüter und der Höhe des drohenden Schadens ist. So rechtfertigt die Annahme eines üblicherweise katastrophalen Verlaufs oder die Gefahr für gewichtige Rechtsgüter eine Senkung der Anforderung an die erforderliche Gefahr (z.B. Art. 25 Abs. 1 Nr. 1 lit. b BayPAG). Mit Blick auf § 12 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 LuftSiG ist dabei zu berücksichtigen, dass in einem Luftfahrzeug aufgrund der allgemeinen Enge und fehlenden Fluchtmöglichkeiten insbesondere gefährliche Gegenstände schnelle – und wegen fehlender Möglichkeiten zur schnellen Hilfeleistung – schwerwiegende Verletzungen begünstigen. Hinzu kommt, dass die technische Spezialisierung von Luftfahrzeugen eine besondere Anfälligkeit für Einwirkungen von innen (und außen) mit sich bringt und Unfälle insbesondere im Flug mit erhöhter Wahrscheinlichkeit tödlich enden können (z.B. die Beschädigung der Druckkabine bei Flugzeugen in großer Höhe). Diese Umstände führen dazu, dass einerseits ohnehin meist eine gegenwärtige Gefahr vorliegen wird und andererseits auch Fälle denkbar sind, in denen es angemessen erscheint, bereits im Vorfeld einer gegenwärtigen Gefahr Sachen sicherzustellen. Im Übrigen ist die Sicherstellung von Sachen, deren Besitz/Mitführen gesetzlich (verfassungsgemäß) verboten ist, gerechtfertigt.<sup>30</sup>

### c) Zwischenergebnis

Die Rechtsgrundlage ist verfassungsgemäß und damit tauglich.

*Hinweis:* Eine a.A. ist gut vertretbar; insbesondere im Hinblick auf die fehlenden direkt anwendbaren Verfahrensvorschriften.

Kommt man zu dem Ergebnis, dass das Gesetz verfassungswidrig ist, sollte kurz der Hinweis auf Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG folgen, wonach das VG vor seiner Entscheidung zunächst das BVerfG anrufen und dessen Entscheidung abwarten muss.

<sup>29</sup> Siehe zum LuftSiG v. *Schyndel*, in: Giemulla/Schmid, Frankfurter Kommentar zum Luftverkehrsrecht, 68. Lfg., Stand: 1.12.2015, LuftSiG § 12 Rn. 44; *Schenke u.a.*, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. 2019, LuftSiG § 12 Rn. 17.

<sup>30</sup> BVerfGE 20, 351 (359).

## 2. Formelle Rechtmäßigkeit

### a) Zuständigkeit

Gemäß § 12 Abs. 1 LuftSiG ist grundsätzlich der verantwortliche Luftfahrzeugführer für die Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung an Bord des Luftfahrzeugs verantwortlich. Dies wäre im vorliegenden Fall L. Sie hat allerdings F angewiesen, für sie diese Aufgaben zu übernehmen, während sie im Cockpit mit der Steuerung des Flugzeugs beschäftigt ist. § 12 Abs. 1 LuftSiG sieht eine solche Übertragung der Befugnisse nicht vor. Auch § 12 LuftSiG insgesamt äußert sich nicht ausdrücklich zu einer solchen Übertragung. Jedoch beinhaltet § 12 Abs. 4 LuftSiG die Regelung, dass nicht nur den Anweisungen des verantwortlichen Luftfahrzeugführers zu folgen ist, sondern auch den Anweisungen „seiner Beauftragten“ (siehe zudem § 20 Abs. 1 S. 1 LuftSiG).<sup>31</sup> Demnach geht das Gesetz davon aus, dass eine Übertragung der Kompetenzen möglich ist. Somit kann L grundsätzlich auch durch F zuständig sein.

Allerdings ist L gem. § 12 Abs. 1 S. 1 LuftSiG nur „an Bord eines im Flug befindlichen Luftfahrzeuges“ zuständig. Folglich kann sie ihre Zuständigkeit auch nur in diesem Rahmen auf F übertragen. Das Flugzeug befand sich jedoch die gesamte Zeit noch am Boden, weshalb nicht eindeutig ist, ob dieser Zeitraum schon von § 12 Abs. 1 S. 1 LuftSiG erfasst wird. Der Wortlaut „Flug“ legt zunächst nahe, dass sich das Flugzeug in einem Zustand befinden muss, in dem es keinen Kontakt mehr zum Boden hat, sondern durch die Auftriebskräfte an den luftumströmten Flügeln und/oder der Triebwerke den Luftraum über dem Boden nutzt. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass das Flughafengelände insbesondere mit Blick auf Flugzeuge so gestaltet ist, dass ein Flugzeug (anders z.B. Helikopter) nicht unmittelbar von seiner Parkposition aus in den Flugzustand übergehen kann, weil eine längere gerade Strecke erforderlich ist, um die notwendige Geschwindigkeit für den Start aufzubauen und nur so eine Gefährdung von Personen und Gebäuden ausgeschlossen werden kann. Vielmehr muss das Flugzeug in der Regel zunächst zu einer vorgesehenen Fläche rollen, von der aus der Startlauf begonnen werden kann. Dieser Vorgang ist mithin dem eigentlichen Flug zwingend vorgelagert. Somit kann in einem technischen Sinne bereits vom Beginn des Flugs gesprochen werden, obwohl die eigentliche Flugphase noch bevorsteht. Hinzu kommt, dass die Übertragung der Aufgabe in § 12 Abs. 1 S. 1 LuftSiG ihren Grund darin findet, dass der Zugriff auf das Flugzeug für staatliche Sicherheitsorgane durch die „Abkapslung“ in der Flugzeugkabine besonders erschwert ist. Dieser erschwerte Zugriff beginnt schon auf dem Rollfeld, sobald die Türen des Flugzeugs geschlossen sind und – bei größeren Flugzeugen – Einstiegshilfen entfernt wurden. Hinzu kommt die besondere Gefahr durch die laufenden Triebwerke des Flugzeugs, sobald es sich aus eigener Kraft bewegt. Somit erscheint jeder Vorgang, der nach Schließen der Türen erfolgt, auch bei natürlicher Betrachtung als Vorgang des Fluges und nicht mehr als Vorgang des Parkens, Beladens, etc. Daraus folgt, den Begriff „im Flug“ so auszulegen, dass diese Voraussetzung bereits mit Schließen der Türen des Flugzeugs vorliegt.<sup>32</sup>

### b) Verfahren und Form

Die Sicherstellung war ein belastender Verwaltungsakt weshalb gem. § 28 Abs. 1 VwVfG grundsätzlich eine Anhörung notwendig gewesen wäre; eine solche hat nicht stattgefunden. Jedoch war die Anhö-

<sup>31</sup> Für Schiffskapitäne wesentlich deutlicher in § 121 Abs. 5 SeeArbG geregelt.

<sup>32</sup> Siehe dazu v. Schyndel, in: Giemulla/Schmid, Frankfurter Kommentar zum Luftverkehrsrecht, 68. Lfg., Stand: 1.12.2015, LuftSiG § 12 Rn. 20 f. Somit ist auch noch nicht die Wortlautgrenze überschritten, weshalb es keiner Analogie bedarf, die ohnehin – jedenfalls bei der Eingriffsverwaltung – wegen Art. 20 Abs. 3 GG (Vorbehalt des Gesetzes) problematisch wäre.

rung gem. § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG entbehrlich. Der Verwaltungsakt konnte mündlich erfolgen (§ 37 Abs. 1 und 2 S. 1 VwVfG) und bedurfte keiner Begründung (§ 39 Abs. 1 VwVfG).

### c) Zwischenergebnis

Der Verwaltungsakt war somit formell rechtmäßig.

## 3. Materielle Rechtmäßigkeit

### a) Tatbestand

Zunächst muss eine konkrete (= im einzelnen Fall bestehende) Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung vorliegen. Die öffentliche Sicherheit umfasst dabei die Gesamtheit aller rechtmäßigen Rechtsnormen, die grundlegenden Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates sowie die Individualrechtsgüter jedes Einzelnen. Für diese Schutzgüter muss ein Zustand vorliegen, der bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens im Einzelfall mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer Verletzung derselben führt.

Das von P am Körper getragene Messer könnte eine Hieb- bzw. Stichwaffe i.S.d. § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 LuftSiG darstellen und damit gegen diese Verbotsnorm verstoßen haben. Das Messer kann zu Angriffs- und Verteidigungszwecken verwendet werden (§ 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 LuftSiG a.E.), jedoch ist es als Küchenmesser grundsätzlich nicht zu dieser Verwendung bestimmt, sodass zweifelhaft ist, ob es sich um eine Waffe im Sinne der Vorschrift handelt. Dagegen spricht bereits, dass § 11 Abs. 1 S. 1 LuftSiG (insbesondere über Nr. 3 und 4) viele weitere Gegenstände mit Verletzungspotenzial erfasst, die gerade keine klassischen Waffen sind. Dies kann allerdings offenbleiben, wenn sich die Gefahr aus anderen Gründen ergibt. Gerade ein Küchenmesser mit langer Klinge könnte auch leicht mit einem Kampfmesser (= Waffe) verwechselt werden, sodass auch § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 LuftSiG erfüllt wäre. Jedenfalls fällt das Messer mit seiner Klingenlänge von 12 cm unter § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 LuftSiG i.V.m. Anlage 4-C lit. c 5. Spiegelstrich DVO (EU) 2015/1998. Bereits mit Passieren der Sicherheitskontrolle hat P den Bereich der Luftseite betreten, was einen Verstoß gegen § 11 Abs. 1 S. 1 LuftSiG begründet. Damit liegt bereits eine gegenwärtige Gefahr vor, die auch nicht mit Betreten des Flugzeugs endet (§ 11 Abs. 1 S. 1 LuftSiG a.E.). Dass ein Verstoß gegen dieses Verbot zugleich eine Straftat darstellt, wenn der Täter vorsätzlich handelt (§ 19 Abs. 1 LuftSiG, § 15 StGB i.V.m. Art. 1 Abs. 1 EGStGB), kann indes unberücksichtigt bleiben, da aufgrund der Effektivität der Gefahrenabwehr eine aufwendige Prüfung der subjektiven Tatbestandsseite unterbleiben kann und unabhängig davon bereits eine Gefahr begründet wird (im Landesrecht z.B. durch Art. 11 Abs. 2 S. 2 BayPAG ausdrücklich geregelt). Ebenfalls ist eine Gefahr für Leben und Gesundheit der anwesenden Passagiere und Crewmitglieder, sowie für das Eigentum am Flugzeug und dessen Ladung denkbar.<sup>33</sup> Mangels bereits erfolgter Verletzung kommt es hier allerdings darauf an, ob bereits eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für eine solche Verletzung vorliegt. Der ausreichende Grad der Wahrscheinlichkeit hängt dabei stets von der Bedeutung des bedrohten Rechtsgutes sowie des drohenden Schadens ab.<sup>34</sup> Aufgrund der allgemeinen Enge in einem Flugzeug und der schwierigen bzw. kaum vorhandenen Fluchtmöglichkeiten ist der Grad der Wahrscheinlichkeit im konkreten Fall deutlich erhöht. P hatte bereits eine Waffe gezogen und wirkte wütend, sodass auch unkontrollierte Handlungen erwartet werden konnten. Auch

<sup>33</sup> Schaefer, NVwZ 2016, 1136 (1137).

<sup>34</sup> v. Schyndel, in: Giemulla/Schmid, Frankfurter Kommentar zum Luftverkehrsrecht, 68. Lfg., Stand: 1.12.2015, LuftSiG § 12 Rn. 16.

wenn sich im Nachhinein herausstellte, dass P niemanden verletzen wollte, so ist zu beachten, dass die Einschätzung der Gefahr immer eine Prognose darstellt, die demnach ex ante zu erfolgen hat. Daher liegt auch bereits dann eine Gefahr vor, wenn eine gewissenhafte Prognose eine hinreichende Verletzungswahrscheinlichkeit ergibt, sich diese Prognose im Nachhinein aber als falsch herausstellt.<sup>35</sup>

Auch diese Gefahr liegt gegenwärtig vor, sodass es auch hier nicht darauf ankommt, ob eine solche Gefahr notwendige Einschränkung für § 12 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 3 Nr. 2 LuftSiG ist.

Beides betrifft auch eine Gefahr für Personen an Bord des Flugzeugs.

#### b) Rechtsfolge

Hinsichtlich des Tätigwerdens (Entschließungsermessen) steht dem verantwortlichen Luftfahrzeugführer (und seinen Beauftragten) kein Ermessen zu („hat“, § 12 Abs. 1 S. 1 LuftSiG). Hingegen steht ihm hinsichtlich der Auswahl der Maßnahme (Auswahlermessen) Ermessen zu („darf die erforderlichen Maßnahmen treffen“, § 12 Abs. 2 S. 1 LuftSiG). Dieses Ermessen ist gerichtlich nur auf Ermessensfehler hin überprüfbar (§ 40 VwVfG, § 114 S. 1 VwGO). Die äußerste Grenze der Ermessensausübung stellen die Grundrechte und die Verhältnismäßigkeit dar (§ 12 Abs. 2 S. 2 und 4 LuftSiG, [ Art. 20 Abs. 3 GG,] Art. 1 Abs. 3 GG).

Hinsichtlich der betroffenen Grundrechte wird auf die obigen Ausführungen verwiesen, für die sich – bezogen auf die konkrete Anwendung – nichts anderes ergibt.

§ 12 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 LuftSiG müsste auch verhältnismäßig angewandt worden sein. P hatte bereits durch das Vorbeischmuggeln des Messers an der Sicherheitskontrolle besondere kriminelle Energie gezeigt. Außerdem war nach dem äußeren Geschehen nicht absehbar, welches „wahre“ Ziel P erreichen und welche Mittel er dazu einsetzen möchte. Auch war es am effektivsten, Maßnahmen direkt gegen P selbst als Störer zu richten. Daher war die Sicherstellung auch im konkreten Fall verhältnismäßig.

#### 4. Zwischenergebnis

Somit war die Sicherstellung rechtmäßig.

#### III. Ergebnis

Die Klage des P hinsichtlich der Sicherstellung ist unbegründet.

#### D. Begründetheit hinsichtlich Durchsuchung

Die Klage ist begründet, wenn sie sich gegen den richtigen Beklagten richtet (vgl. §§ 47 Abs. 2 S. 2, 78 Abs. 1 VwGO) und das Rechtsverhältnis rechtswidrig bestand (§ 43 Abs. 1 VwGO).

---

<sup>35</sup> Sog. Anscheinsgefahr. Wird dagegen bei der Prognose ein (vorwerfbarer) Fehler gemacht (also keine gewissenhafte Prognose), so spricht man von einer sog. Putativgefahr, die gerade keine taugliche Gefahr im Sinne des Sicherheitsrechts ist. Die Anscheinsgefahr hat i.d.R. auch auf Kosten- und Haftungsebene keine Auswirkung, solange die Verursachung des Anscheins der Person zurechenbar ist (vgl. z.B. für BayPAG Art. 76 S. 4 BayPAG; Art. 16 Abs. 5 KG greift dagegen nur bei der Putativgefahr, da die Anscheinsgefahr ja gerade ein rechtmäßiges Handeln war). War der Anschein dagegen nicht zurechenbar kommt eine Haftung der Polizei in Betracht (für das BayPAG nach Art. 87 Abs. 1 BayPAG analog; *Lindner*, in: BeckOK PolR Bayern, Stand: 1.3.2024, BayPAG Art.7 Rn. 36).

## I. Passivlegitimation

Es gilt das allgemeine Rechtsträgerprinzip (vgl. §§ 47 Abs. 2 S. 2, 78 Abs. 1 VwGO). Demnach ist ebenfalls L zu verklagen.

## II. Rechtswidrigkeit der Durchsuchung

Die Durchsuchung erfordert nach dem Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) eine Rechtsgrundlage sowie nach dem Vorrang des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) die Einhaltung dieser.

### 1. Rechtsgrundlage

Als Rechtsgrundlage kommt § 12 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 und 3 Nr. 3 Alt. 1 LuftSiG in Betracht. Jedoch muss die Rechtsgrundlage auch tauglich sein, d.h. insbesondere nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen. Hier kommt allerdings ein Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (allgemeines Persönlichkeitsrecht) in Betracht.

#### a) Schutzbereich und Eingriff

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt das Recht auf Selbstbestimmung, Selbstdarstellung und Selbstbewahrung. Durch die mit der Durchsuchung verbundene Abtastung des Körpers wird das körperliche Schamgefühl der betroffenen Person und damit das Recht auf Selbstbewahrung berührt.<sup>36</sup> Je nach Grad der Durchsuchung könnte bei einer Durchsuchung vor Dritten (Passagiere) auch ein Eingriff in die Selbstdarstellung bejaht werden.

#### b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

##### aa) Schranke

Die Ausführungen unter C. II. 1. b) aa) gelten entsprechend.

##### bb) Schranken-Schranken

Zur Gesetzgebungskompetenz und dem -verfahren siehe oben bei der Sicherstellung entsprechend.

Die für Art. 2 Abs. 1 GG vorgebrachte Argumentation hinsichtlich der Unanwendbarkeit des Zitiergebots passt für das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht direkt. Nach Rspr. des BVerfG ist Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG in seinem Wortlaut eng auszulegen, sodass nur Grundrechte betroffen sind, bei denen die Schranke in Übereinstimmung mit Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG formuliert ist („durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes“). Dies ist für Art. 2 Abs. 1 GG nicht der Fall, sodass das Zitiergebot auch hier keine Anwendung findet.<sup>37</sup>

Hinsichtlich des Bestimmtheitsgebotes ist auf die obigen Ausführungen zur Sicherstellung entsprechend zu verweisen.

##### cc) Verhältnismäßigkeit als weitere Schranken-Schranke

Durch § 12 Abs. 1 und 2 S. 3 Nr. 3 LuftSiG werden dieselben Zwecke wie hinsichtlich Nr. 2 verfolgt.

---

<sup>36</sup> BVerfG NJW 2013, 3291.

<sup>37</sup> Ganz h.M., vgl. nur *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Staatsrecht II, 39. Aufl. 2023, Rn. 446.

Brüderlin: Not ready for departure

Die Durchsuchung von Personen kann diesen Zweck fördern und ist mithin geeignet.

Eine Durchsuchung von Personen müsste auch erforderlich und angemessen sein (getrennte Prüfung beider Aspekte ebenso vertretbar).

Die Eingriffsintensität der Durchsuchung einer Person kann stark variieren. Einerseits hinsichtlich dessen, worauf die Durchsuchung erstreckt wird; nur die am Körper getragene Kleidung, über die Körperoberfläche bis hin zu den ohne weiteres zugänglichen Körperöffnungen. Eine Erstreckung auf das Körperinnere, wofür in der Regel auch eine Person mit entsprechender medizinischer Ausbildung notwendig sein wird, sowie das Eindringen in Körperöffnungen ist dagegen nicht erfasst, da es sich dann nicht mehr um eine Durchsuchung, sondern eine Untersuchung handelt.<sup>38</sup>

*Hinweis:* Ob eine solche Untersuchung auf die Generalklausel von § 12 Abs. 2 S. 1 LuftSiG gestützt werden kann, ist aufgrund der hohen Eingriffsintensität durchaus fraglich.<sup>39</sup>

Andererseits können die Modalitäten der Durchsuchung die Intensität stark beeinflussen; von kontaktlosen (Metall-)Detektoren, über Abtasten und Körperscanner bis hin zum Ausziehen und der Inaugenscheinnahme intimer Körperstellen. Dies bedingt, dass die Maßnahmen sehr unterschiedlich sein können, setzt aber gleichzeitig eine strenge Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes voraus. Auch für die Durchsuchung ergibt sich hieraus, dass die notwendige Schwelle der Gefahr unmittelbar von der Art der Durchsuchung und dem bedrohten Rechtsgut abhängt. Entsprechend wird es dem Sicherheitsrecht zunächst gerecht, die Prüfung der Verhältnismäßigkeit in weiten Teilen dem handelnden Staatsorgan zu überlassen und von detaillierten Leitlinien durch den Gesetzgeber weitgehend abzusehen. Dass in § 12 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 LuftSiG keine gegenwärtige Gefahr verlangt wird, ist daher ebenso wie bei der Sicherstellung unbedenklich. Mit Blick darauf, dass das LuftSiG stets eine konkrete Gefahr fordert, ist es insoweit sogar teilweise strenger als die Polizeigesetze (z.B. Art. 21 Abs. 1 Nr. 4 BayPAG, § 43 Abs. 1 Nr. 4 BPolG), die an Orten, an denen typischerweise Straftaten begangen werden (= abstrakte Gefahr) gar keine konkrete Gefahr voraussetzen.<sup>40</sup> Dies erklärt sich auch damit, dass die Durchsuchung regelmäßig keine Maßnahme ist, die für sich steht, sondern i.d.R. andere Maßnahmen vorbereitet (insbesondere Sicherstellung) bzw. flankiert (z.B. Identitätsfeststellung oder generell Eigensicherung). Für die Eingriffe in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht ist dabei besonders zu berücksichtigen, welche Sphären der betroffenen Person berührt werden. Eine Durchsuchung, die mit der gezielten Berührung des Körpers verbunden ist, wird in aller Regel bereits die Privatsphäre berühren und ist daher nur dann anzuwenden, wenn eine berührungslose Durchsuchung keinen Erfolg verspricht. Daraus ergibt sich auch, dass eine Entkleidung nur in besonderen Situationen und abgeschirmt zu sonstigen Personen erfolgen darf; ein Abtasten der nackten Haut ist dann nur noch in absoluten Extremsituationen erlaubt.<sup>41</sup> Insbesondere dürfen solche Maßnahmen „nicht routinemäßig, unabhängig von fallbezogenen Verdachtsmomenten, durchgeführt werden“.<sup>42</sup> All diese Aspekte können jedoch bei der Durchführung von Maßnahmen berücksichtigt werden. Gleiches gilt für das ebenfalls aus der Verhältnismäßigkeit folgende Gebot, dass die Durchsuchung

<sup>38</sup> Schenke u.a., Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. 2019, LuftSiG § 12 Rn. 19; Kingreen/Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl. 2024, § 14 Rn. 3.

<sup>39</sup> Siehe zu dieser Frage für Art. 11 BayPAG Schmidtbauer/Steiner, Polizeiaufgabengesetz Polizeiorganisationsgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2023, BayPAG Art. 21 Rn. 7.

<sup>40</sup> Zur verfassungsrechtlichen Vereinbarkeit siehe BVerfG NJW 2013, 3291 (3292 Rn. 20) bezogen auf § 64 BW JVollzGB III.

<sup>41</sup> BVerfG NJW 2013, 3291 (3291 Rn. 13 ff.).

<sup>42</sup> BVerfG NJW 2013, 3291 (3292 Rn. 16).

grundsätzlich durch eine Person gleichen Geschlechts zu erfolgen hat.<sup>43</sup> Im Übrigen kann auch vorgebracht werden, dass dadurch, anders als bei konkreten gesetzlichen Vorgaben, eine bessere Berücksichtigung der konkreten Umstände im Einzelfall gewährleistet wird.

### c) Zwischenergebnis

Die Rechtsgrundlage ist verfassungsgemäß und damit tauglich.

*Hinweis:* A.A. gut vertretbar; insbesondere mit Blick auf die fehlenden Verfahrensvorschriften und der möglichen besonderen Schwere des Grundrechtseingriffs.

## 2. Formelle Rechtmäßigkeit

### a) Zuständigkeit

Für die Zuständigkeit gilt das zur Sicherstellung Gesagte entsprechend.

### b) Verfahren und Form

Die Durchsuchung ist ein Realakt, sodass die Verfahrens- und Formvorschriften für Verwaltungsakte keine Anwendung finden. Im Übrigen wurde die Durchsuchung durch eine Person gleichen Geschlechts durchgeführt.

### c) Zwischenergebnis

Die Durchsuchung war somit formell rechtmäßig.

## 3. Materielle Rechtmäßigkeit

### a) Tatbestand

Es gelten die Ausführungen zur Sicherstellung entsprechend.

### b) Rechtsfolge

Zum Prüfungsmaßstab des Ermessens gelten die Ausführungen unter C. II. 3. b).

Die Durchsuchung war zur Eigensicherung des F sowie der jedenfalls in unmittelbarer Nähe befindlichen Personen notwendig, da die äußeren Umstände nicht zweifelsfrei ausschließen konnten, dass P weitere als Waffe einsetzbare Gegenstände mit sich führt. Insbesondere konnte auf ein Abtasten nicht verzichtet werden, da sich einerseits nicht ergibt, dass Geräte zur kontaktlosen Durchsuchung an Bord des Flugzeuges waren und andererseits das Messer darauf schließen ließ, dass P weitere Gegenstände, die nicht von Metalldetektoren erfasst werden, mitführt. Da diese üblicherweise am Hosensack versteckt werden, war auch das Abtasten in diesem Bereich deutlich milder als ein Entkleiden und angemessen. Die Durchsuchung wurde im konkreten Einzelfall somit auch verhältnismäßig durchgeführt.

---

<sup>43</sup> Kingreen/Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl. 2024, § 14 Rn. 5.

*Brüderlin: Not ready for departure*

#### 4. Zwischenergebnis

Somit war auch die Durchsuchung rechtmäßig.

#### III. Ergebnis

Die Klage des P hinsichtlich der Durchsuchung ist unbegründet.

#### E. Gesamtergebnis

Die Klagen des P sind zulässig, aber unbegründet und haben daher keine Aussicht auf Erfolg.

## Fortgeschrittenenübungs Klausur: Raufhandel mit ungewisser Kausalität

Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Abraham, Hamburg\*

*Thema des Falles, dem eine als Abschlussklausur zu den Delikten gegen Persönlichkeitswerte an der Universität Hamburg zu Grunde liegt, ist die Beteiligung an einer Schlägerei sowie die typischerweise damit verbundene Prüfung von Körperverletzungsdelikten mitsamt Fragen der Kausalität und Rechtswidrigkeit. Der Fokus der Klausur liegt auf der präzisen Einordnung der im Sachverhalt gegebenen Informationen.*

### Sachverhalt

R und S sitzen in einer Bar. Bereits mit dem ersten Bier regen sich bei R Aggressionen. So sagt sie zu S: „Siehst Du T? Komm, lass uns rübergehen und ihm eine Tracht Prügel verpassen!“ Daraufhin treten R und S mit geballten Fäusten zum Tisch, an dem T sitzt, und beginnen ohne Vorwarnung damit, Schläge in die Richtung von T abzugeben. Überrascht stellen die beiden fest, dass T reaktionsschnell ausweicht und darüber hinaus durchaus bereit ist, sich zu wehren. Es dauert nur kurz, da mischen auch einige wenige weitere Personen aktiv mit und es ergibt sich ein Handgemenge, in dem „die Fäuste fliegen“ – etliche Gäste begleiten das Geschehen mit Johlen. Da sich die schier zu einem Knäuel verknoteten Kontrahenten keinerlei Pause gönnen, dauert es angesichts der bald eintretenden Erschöpfung nicht allzu lange, bis es der Wirtin gelingt, die Streitenden zu trennen. Sie ziehen sich zurück und lecken ihre Wunden. Ein jeder von ihnen hat großflächige blaue Flecke erlitten, was sie aber, wie sie später einhellig berichten, „zwar gespürt, aber nicht geschmerzt oder gestört“ hätte. Erstaunt über die nach dem Kampf eingekehrte Ruhe muss S feststellen, dass die Ruhe auch fort dauert, als die Wirtin eindringlich auf ihn einredet. Wie später gutachterlich festgestellt wird, ist sein Gehör irreversibel beschädigt. Selbst mit modernen Operationsmethoden lässt sich gerade einmal ein Prozent der normalen Hörfähigkeit wiederherstellen.

In der Lokalzeitung, die ausgiebig über den Fall berichtet, kommentiert ein Journalist, dass „staatliche Ressourcen für eine selbstgewählte Privatangelegenheit dreier Hitzköpfe“ überhaupt nicht eingesetzt werden sollten. Gleichwohl nimmt die Staatsanwaltschaft Ermittlungen gegen R, S und T auf. Diese gestalten sich allerdings schwierig, denn die Lichtverhältnisse sowie die Alkoholisierung der Zuschauenden vereitelten die Rekonstruktion der Ereignisse.

Über das bereits Erwähnte hinaus kommt das Gericht zur Überzeugung lediglich folgender Begebenheiten: Die drei Streitenden wollten zwar der jeweils „gegnerischen Seite“ den ein oder anderen blauen Fleck beibringen, hatten dabei jedoch nicht mit der Möglichkeit gerechnet, jemanden zum Gehörlosen zu machen. Das Gericht hielt zudem die Einschätzung von T für glaubhaft, dass er sich zwar durchaus „proaktiv“ auf die handgreifliche Auseinandersetzung eingelassen habe, jedoch lediglich dasjenige getan habe, was man in einer derartigen Situation zum Selbstschutz für nötig erachten würde. Infolge von Zeugenaussagen gewann das Gericht außerdem die Überzeugung, dass alle drei Beteiligten Faustschläge abgegeben hatten; auch hatten sich alle drei im Laufe der Auseinander-

---

\* Der Verf. ist Mitarbeiter am Lehrstuhl für Rechtsphilosophie und Strafrecht (Prof. Dr. Jochen Bung) an der Universität Hamburg.

setzung zusätzlich zur Unterstützung ihrer wuchtigen Hiebe zumindest je einmal einer relativ großen, jedoch leichten Blumenvase bedient, die immer mal wieder den Besitzer gewechselt hatte. Nach Bekunden der Gutachterin war es eben jene längliche, blecherne Vase, die im Wege der Fremdeinwirkung zum Gehörschaden bei S geführt hatte. Wer aber nun wen mit was getroffen hatte, ließ sich nach gerichtlicher Überzeugung den diesbezüglich völlig verworrenen Zeugenbeobachtungen für keinen einzigen der Treffer mit hinreichender Sicherheit entnehmen. Nicht einmal hinsichtlich der blauen Flecke war klar, ob sie sich aus den Schlägen von anderen Raufenden ergeben hatten, oder aber etwa aus dem ungeschickten und selbstverschuldeten Umgang mit dem Inventar der Bar.

### Aufgabe

Bitte prüfen Sie gutachtlich, inwiefern sich R, S und T nach dem 17. Abschnitt des StGB strafbar gemacht haben. Gehen Sie dabei davon aus, dass die gutachtlichen sowie gerichtlichen Einschätzungen und Überzeugungen allesamt zutreffen.

### Lösungsvorschlag

<b>A. Strafbarkeit von R.....</b>	<b>125</b>
<b>I. § 223 Abs. 1 StGB gegenüber T.....</b>	<b>125</b>
1. Tatbestand.....	125
2. Ergebnis.....	127
<b>II. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2 und 4, 22, 23 Abs. 1 StGB gegenüber T .....</b>	<b>128</b>
1. Tatentschluss .....	128
2. Unmittelbares Ansetzen .....	129
3. Rechtswidrigkeit .....	129
4. Schuld.....	130
5. Ergebnis.....	130
<b>III. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2 und 4, 22, 23 Abs. 1 StGB gegenüber S .....</b>	<b>130</b>
<b>IV. § 231 Abs. 1 StGB.....</b>	<b>130</b>
1. Objektiver Tatbestand .....	130
2. Subjektiver Tatbestand .....	131
3. Objektive Bedingung der Strafbarkeit .....	131
4. Rechtswidrigkeit .....	132
5. Schuld.....	133
6. Ergebnis.....	133
<b>V. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2 und 4, 22, 26 StGB .....</b>	<b>133</b>
<b>B. Strafbarkeit von S .....</b>	<b>133</b>
<b>I. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2 und 4, 22, 23 Abs. 1 StGB gegenüber T .....</b>	<b>133</b>
<b>II. § 231 Abs. 1 StGB.....</b>	<b>134</b>

1. Tatbestand.....	134
2. Objektive Bedingung der Strafbarkeit .....	134
3. Ergebnis.....	135
<b>C. Strafbarkeit von T .....</b>	<b>135</b>
<b>I. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB gegenüber R und S.....</b>	<b>135</b>
1. Tatentschluss .....	135
2. Unmittelbares Ansetzen .....	135
3. Rechtswidrigkeit .....	135
a) Einwilligung.....	135
b) Notwehr .....	137
4. Ergebnis.....	138
<b>II. § 231 Abs. 1 StGB.....</b>	<b>138</b>
1. Objektiver Tatbestand.....	138
2. Objektive Bedingung der Strafbarkeit .....	138
3. Rechtswidrigkeit .....	138
<b>D. Gesamtergebnis.....</b>	<b>139</b>

## A. Strafbarkeit von R

### I. § 223 Abs. 1 StGB gegenüber T

#### 1. Tatbestand

Indem R Faustschläge abgab und T blaue Flecke erlitt, könnte sie den Tatbestand der Körperverletzung verwirklicht haben. Dazu müsste Rs Verhalten zunächst objektiv als körperliche Misshandlung oder als Gesundheitsschädigung zu interpretieren sein (§ 223 Abs. 1 Alt. 1 oder Alt. 2 StGB).

Als Misshandlung angesehen wird ein Verhalten dann, wenn es das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt. Hier hatte T die Auswirkungen der Rauferei laut dessen eigener Aussage „zwar gespürt, aber nicht geschmerzt oder gestört“, sodass die Beeinträchtigung des Wohlbefindens zweifelhaft erscheint.

Die herrschende Ansicht legt den Begriff der Misshandlung allerdings so aus, dass alternativ zur Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens auch die Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit genügt.<sup>1</sup> Substanzverletzende Einwirkungen, wie sie mit den blauen Flecken als Blutergüsse gegeben sind, stellen eine Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit dar, sodass die herrschende Ansicht in den Fällen einer Substanzverletzung stets zur Bejahung einer Misshandlung gelangt – jedenfalls, sofern die für § 223 Abs. 1 StGB geforderte Schwelle der Erheblichkeit, die als Bagatellgrenze verstanden wird,<sup>2</sup> überschritten ist.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Wessels/Hettinger/Engländer, *Strafrecht*, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 210 f.

<sup>2</sup> Dazu Grünewald, in: *LK-StGB*, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 223 Rn. 25.

<sup>3</sup> Paeffgen/Böse/Eidam, in: *NK-StGB*, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 223 Rn. 8; Eschelbach, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.11.2024,

Hiergegen könnte man einwenden, dass die Implikation nicht zwingend ist, also der Begriff der Misshandlung nicht notwendig so auszulegen ist, dass hierfür bereits eine jede Beeinträchtigung körperlicher Unversehrtheit hinreicht.<sup>4</sup> Stattdessen könnte man als konstitutives Merkmal einer Misshandlung das Empfinden von Schmerzen verlangen,<sup>5</sup> woran es hier angesichts der Aussage von T gerade fehlt.<sup>6</sup>

Hält man die Voraussetzung eines Schmerzempfindens für zutreffend, wofür spricht, dass die Erstreckung des Misshandlungsbegriffs auf jegliche Substanzschäden als allzu weitreichend erscheint, und dass es umgekehrt Schmerzzufügungen gibt, die nahezu unsichtbar bleiben,<sup>7</sup> so erscheint dies allerdings nur dann überzeugend, wenn man nicht auf das subjektive Schmerzempfinden der konkreten Person, sondern auf das Empfinden einer Maßstabsperson in der Lage des Opfers abstellt.<sup>8</sup> Legte man diesen Maßstab zugrunde, so spricht hier die Großflächigkeit der blauen Flecke dafür, dass auch eine Maßstabsperson in der Lage von T diese als schmerzhaft empfinden würde. Demnach wäre auch insoweit eine Misshandlung gegeben.

*Hinweis:* Die Ablehnung einer Misshandlung, indem man etwa subjektiv empfundene Schmerzen fordert, ist bei entsprechender Argumentation vertretbar; dann ist eine genauere Prüfung der Alternative der Gesundheitsschädigung nötig, jedenfalls die Prüfung der versuchten Körperverletzung. Ganz abgesehen davon sollte eine gute Bearbeitung zumindest die explizite Erwähnung fehlenden Schmerzempfindens im Sachverhalt aufgreifen – mit der h.M. kann man auch deutlich knapper zur Annahme einer Misshandlung qua Substanzverletzung gelangen.

Eine körperliche Misshandlung (§ 223 Abs. 1 Alt. 1 StGB) ist eingetreten. Das Entstehen von großflächigen blauen Flecken ist ebenso als nachteilige Veränderung der körperlichen Verfassung anzusehen, mithin Gesundheitsschädigung i.S.d. § 223 Abs. 1 Alt. 2 StGB.

Als Tathandlung kommen die Faustschläge in Betracht, die R nach Überzeugung des Gerichts abgegeben hatte. Dieses Verhalten müsste kausal für die körperliche Misshandlung sein. Ein Verhalten ist kausal für einen Erfolg, wenn es nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfällt.<sup>9</sup> Unklar ist, ob die blauen Flecke durch R herbeigeführt wurden, oder sich aus dem „ungeschickten und selbstverschuldetem“ Verhalten, also durch das Stoßen am Inventar der Bar, zustande kamen; in Frage käme überdies noch, dass sie durch mitmischende dritte Personen bewirkt wurden. Laut Sachverhalt ist nach den vom Gericht ermittelten Tatsachen „für kei-

§ 223 Rn. 19.

<sup>4</sup> So etwa Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 223 Rn. 4, in dessen Definition nur das körperliche Wohlbefinden Erwähnung findet, und der ausführt, dass die Voraussetzungen bei unmittelbarer Einwirkung auf den Körper „oft erfüllt sein [werden]“.

<sup>5</sup> Dazu Schroeder, in: FS Hirsch, 1999, S. 725 (729 f.). Vgl. auch BGH NStZ-RR 2014, 11, der bei einem Schlag ein mindestens kurzes Schmerzempfinden verlangt (wobei es im Fall an festgestellten Substanzschäden gerade fehlt).

<sup>6</sup> Die ganz h.M. sieht in einer verletzenden Einwirkung auf den Körper stets eine Misshandlung; wenn körperliche Auswirkungen hingegen fehlen, dann soll zumindest ein kurzes Schmerzempfinden nötig sein, Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 10. Aufl. 2024, § 223 Rn. 3; in dieser Weise lässt sich wohl auch BGH NStZ-RR 2014, 11 (vgl. dazu Fn. 5) interpretieren.

<sup>7</sup> Schroeder, in: FS Hirsch, 1999, S. 725 (730), verweist auf geheimdienstliche Methoden des spurenlosen Quälens.

<sup>8</sup> So Paeffgen/Böse/Eidam, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 223 Rn. 8 (unter Berücksichtigung individueller Faktoren, sofern sie sich objektiveren lassen), die allerdings Schmerzempfindung für eine Misshandlung nicht für erforderlich erachten, ihr nur indizielle Bedeutung beimessen; ähnlich BGH NJW 1974, 958 mit abl. Anm. Jakobs NJW 1974, 1928.

<sup>9</sup> Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 13 Rn. 3 und zu weiteren Ansätzen zur Kausalität Rn. 8 ff.

nen einzigen Treffer mit hinreichender Sicherheit“ klar, wer wen mit was getroffen hat. Würde man hier Rs Faustschläge hinwegdenken, ist demnach unklar, ob die blauen Flecke bei T nicht gleichwohl eingetreten wären. Auch wenn man zusätzlich die von S abgegebenen Faustschläge R über § 25 Abs. 2 StGB zurechnen würde, gelten die möglichen alternativen Erklärungen in gleicher Weise. Daher ist nach dem Grundsatz in dubio pro reo<sup>10</sup> zugunsten von R davon auszugehen, dass die blauen Flecke bei T nicht von ihr herrührten.<sup>11</sup>

*Hinweis:* Man mag argumentieren, dass zumindest einer der blauen Flecke bei T durch die Schläge seitens R und S herbeigeführt wurde, und so zur Vollendungsstrafbarkeit kommen. Eine solche Auslegung ist durchaus lebensnah und bei entsprechender Argumentation zu goutieren, übergeht allerdings die expliziten Angaben im Sachverhalt.

Abgesehen von solchermaßen klaren Hinweisen im Sachverhalt sollte man in der Klausurbearbeitung mit der Annahme des In-dubio-Grundsatzes vorsichtig sein, um nicht Gefahr zu laufen, mit dem Verweis auf vermeintliche Sachverhaltszweifel Problemen auszuweichen, die im Zentrum der Klausur stehen.<sup>12</sup> Ein typische Prüfungskonstellation allerdings, in der der In-dubio-Grundsatz relevant wird, ist die Wahlfeststellung.<sup>13</sup>

Es fehlt also an der Kausalität zwischen Rs Faustschlägen und den blauen Flecken, also der Kausalität zwischen Tathandlung und Erfolg.<sup>14</sup>

*Hinweis:* Ein guter Gedanke wäre es, als Tathandlung nicht erst an die Faustschläge, sondern bereits an die Initiierung der Auseinandersetzung durch R anzuknüpfen. Denkt man nämlich Rs verbalen Anstoß hinweg, wäre überhaupt nichts passiert. Gegen eine solche Kausalitätsbegründung spricht, dass so der In-dubio-Grundsatz umgangen würde: Wenn die Kausalität der Faustschläge von R (inkl. denen von S) für die Verletzungen zweifelhaft ist, so darf bezüglich des Verhaltens, das den Faustschlägen von R (und S) kausal zugrunde liegt, nichts anderes gelten. Wohl ließe sich zugunsten des Bestehens der Kausalitätsbeziehung argumentieren, indem man die Einbeziehung der Faustschläge und Verletzungshandlungen der übrigen Beteiligten betont; allerdings wären die dadurch herbeigeführten Erfolge R jedenfalls nicht objektiv zurechenbar (Gedanke des eigenverantwortlichen Handelns der Mitmischenden). Mit dem zuletzt Gesagten ist es also gut vertretbar, erst die objektive Zurechnung abzulehnen.

## 2. Ergebnis

Bereits der objektive Tatbestand von § 223 Abs. 1 StGB ist mangels Kausalität nicht erfüllt.

---

<sup>10</sup> Siehe zum Umgang mit Ungewissheiten im strafrechtlichen Gutachten *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. 2022, § 19 Rn. 17 f.

<sup>11</sup> Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 247.

<sup>12</sup> Siehe dazu näher *Bosch*, Übungen im Strafrecht, 9. Aufl. 2023, S. 11 f.

<sup>13</sup> Falllösung bei *Hedel*, ZJS 2021, 531.

<sup>14</sup> Zu einem gegenteiligen Ergebnis könnte womöglich die Adäquanztheorie gelangen („Jedes Verhalten, das die Möglichkeit des Erfolgs *generell* in nicht unerheblicher Weise erhöht“); die Adäquanztheorie wird jedoch im Strafrecht nicht mehr vertreten, insbesondere weil sie die Stufen empirischer Verursachung und normativer Zurechnung konfundiert. *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 251.

## II. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2 und 4, 22, 23 Abs. 1 StGB gegenüber T

Indem R mehrmals mittels ihrer Fäuste und auch mit der Vase auf T einschlagen wollte, könnte sie sich der versuchten gefährlichen Körperverletzung strafbar gemacht haben. Das Delikt ist mangels Kausalität nicht vollendet; die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus § 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB i.V.m. § 224 Abs. 2 StGB.

*Hinweis:* Der Umstand, dass R mehrere Faustschläge abgab (ganz abgesehen von allen Tatsachenunklarheiten wurden jedenfalls zu Beginn mehrere Schläge in Richtung von T abgegeben und mindestens ein Schlag mit der Vase ist dem Sachverhalt ebenfalls zu entnehmen), ist so zu bewerten, dass die einzelnen Schläge eine natürliche Handlungseinheit bilden (Handlungseinheit bei iterativer Tatbestandsverwirklichung<sup>15</sup>). Es genügt, dies im Obersatz durch eine Formulierung, die die Einzelakte umfasst, klarzustellen. Das Geschehen wird also nicht als Tateinheit gem. § 52 Abs. 1 Alt. 2 StGB gewertet, vielmehr wird nur eine einzige, zahlenmäßig gesteigerte Gesetzesverletzung angenommen. Damit liegt also überhaupt kein Fall der Konkurrenz vor.<sup>16</sup>

### 1. Tatentschluss

R müsste zur Körperverletzung entschlossen gewesen sein, was bei der Körperverletzung Vorsatz bezüglich der Umstände voraussetzt, die die objektiven Tatbestandsmerkmale erfüllen. R wollte – ausweislich des Gesprächs mit S – zu T gehen und ihm eine „Tracht Prügel verpassen“. Zumal eine „Tracht Prügel“ üblicherweise leichtere Verletzungen wie blaue Flecke mit sich bringt, und diese das Tatbestandsmerkmal der körperlichen Misshandlung erfüllen (siehe oben), handelte R insofern wissentlich und willentlich, mithin mit Vorsatz.

Durch die Verwendung der Vase, die auch R während des Geschehens einmal einsetzte, könnte sie zudem ein gefährliches Werkzeug verwendet haben, § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB. Gefährliche Werkzeuge sind Gegenstände, die nach ihrer objektiven Beschaffenheit sowie ihrer Verwendung im Einzelfall geeignet sind, erhebliche Verletzungen hervorzurufen. Bei der Vase handelt es sich lediglich um einen leichten, blechernen Gegenstand. Allerdings war die Vase relativ groß und wurde ausweislich der Zeugenberichte zur Verstärkung der „wuchtigen Hiebe“ verwendet. Insofern war sie nach der konkreten Art der Verwendung dazu geeignet, erhebliche Verletzungen zu verursachen, mithin ein gefährliches Werkzeug gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB.

*Hinweis:* Eine a.A. ist vertretbar, wenn man etwa auf das geringe Gewicht abstellt oder argumentiert, dass der konkrete Einsatz nicht geeignet war, nachhaltige Verletzungen zu bewirken.<sup>17</sup> Nicht unproblematisch wäre es, wenn man den durch die Vase entstandenen Gehörschaden als Beleg für die Gefährlichkeit der Verwendungsweise heranzieht.<sup>18</sup> Denn die konkrete Verwendungsweise (Schlag gegen das Ohr von S) darf ja gerade keinem Beteiligten unterstellt werden<sup>19</sup>. Genau genommen, kann man den eingetretenen Gehörschaden also lediglich als Beleg für die aus der

<sup>15</sup> Eine solche Handlungseinheit besteht, wenn mehrere Handlungen eng zusammenhängend und aufgrund eines einheitlichen Willensentchlusses denselben Straftatbestand wiederholt oder schrittweise verwirklichen.

<sup>16</sup> Vgl. v. Heintschel-Heinegg, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2024, § 52 Rn. 42 f.

<sup>17</sup> Dazu Paeffgen/Böse/Eidam, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 16.

<sup>18</sup> Dass überhaupt auf die Verletzung abgestellt werden kann, verneinen etwa Momsen-Pflanz/Momsen/Leszczynska, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 224 Rn. 18.

<sup>19</sup> Und die Hypothese, dass alle, also auch R, gegen die Ohren schlugen, ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen.

*objektiven Beschaffenheit* resultierende Gefährlichkeit heranziehen (nicht für den Aspekt der Gefährlichkeit der R anzulastenden *Verwendungsweise*, die für § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB ebenfalls nötig ist).

R könnte außerdem zu einer mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlichen Körperverletzung entschlossen gewesen sein, § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB. Dafür ist erforderlich, dass mindestens zwei Beteiligte am Tatort bewusst zusammenwirken, sodass sich das Tatopfer mindestens zwei Personen gegenüber sieht. Hier hatte sie S dazu überredet, T gemeinsam zu verprügeln. R war also auch zur gemeinschaftlichen Kopfverletzung entschlossen.

Zudem könnte das von R geplante Vorgehen eine das Leben gefährdende Behandlung darstellen, § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB. Eine konkrete Lebensgefahr, die hierfür teilweise verlangt wird,<sup>20</sup> trat nicht ein. Aber auch die herrschende Ansicht, die genügen lässt, dass eine Behandlung abstrakt-generell zur Lebensgefährdung geeignet ist,<sup>21</sup> käme zu keinem anderen Ergebnis.<sup>22</sup> Bereits das relativ geringe Gewicht der Vase sowie der Charakter der eingetretenen Verletzungen sprechen dafür, dass die konkrete Verwendung zur Lebensgefährdung nicht einmal abstrakt-generell geeignet war. Selbst wenn man Schläge gegen den Kopf mit der Vase als lebensgefährlich ansehen würde, könnte man R jedenfalls *diese* Verwendung nicht unterstellen. Die Qualifikation scheidet also aus, ohne dass zu entscheiden wäre, welche Anforderungen an das Element der Lebensgefährdung zu stellen sind.

*Hinweis:* Bei sehr guter Argumentation lässt sich § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB auch bejahen. § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB kann man ansprechen, jedoch fehlt es offensichtlich an einer planmäßigen Verdeckung, also einem tückischen Vorgehen.

## 2. Unmittelbares Ansetzen

Nach Zeugenbeobachtung hatte R einen Faustschlag abgegeben, mit S gemeinschaftlich gehandelt und auch die Vase zur Hilfe genommen. Dies stellte nach ihrer Vorstellung die Ausführung der körperverletzenden Handlung dar. R hatte somit nach ihrer Vorstellung mit der Verwirklichung des (qualifizierten) Tatbestandes begonnen, mithin unmittelbar zur Tat angesetzt, § 22 StGB.

*Hinweis:* Zu beachten ist, dass für den Versuch bzgl. der Qualifikation auch ein unmittelbares Ansetzen zur Qualifikation (sowie zum Grunddelikt) erforderlich ist.<sup>23</sup>

## 3. Rechtswidrigkeit

T könnte in die Körperverletzung seitens R und S eingewilligt haben, indem er an der Rauferei teilnahm. Allerdings *reagierte* T lediglich auf die Attacke durch R und S, stimmte also nicht (konkluident) vor Beginn der Auseinandersetzung zu. Damit kann nicht von einer Einwilligung in die Körperverletzungshandlung ausgegangen werden.

---

<sup>20</sup> Paeffgen/Böse/Eidam, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 28.

<sup>21</sup> BGH NStZ-RR 1997, 67; Momsen-Pflanz/Momsen/Leszczyńska, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 224 Rn. 29; Engländer, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 224 Rn. 14.

<sup>22</sup> Vgl. zu den Ansichten Kindhäuser/Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil I, 11. Aufl. 2023, § 9 Rn. 21 ff.

<sup>23</sup> Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 22 Rn. 36.

*Hinweis:* Man kann hier ausführliche Erörterungen über die Voraussetzungen der Einwilligung anstellen, naheliegender ist dies später bei der Verletzungshandlung durch T.

#### 4. Schuld

Entschuldigungsgründe oder Schuldausschließungsgründe sind nicht ersichtlich.

#### 5. Ergebnis

R hat sich gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2 und 4, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

#### III. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2 und 4, 22, 23 Abs. 1 StGB gegenüber S

Indem R mit Fäusten und der Vase zuschlug, könnte sie eine gefährliche Körperverletzung zum Nachteil von S begangen haben. Eine *vollendete* Körperverletzung gegenüber S scheitert – wie bei der Prüfung des Verhaltens gegenüber T – bereits am Kausalitätsnachweis. Der Versuch der gefährlichen Körperverletzung ist zwar strafbar (siehe oben); zumal R es auf T abgesehen hatte, fehlt R in Bezug auf S der Vorsatz.

*Hinweis:* Diese Prüfung ist verzichtbar. Umgekehrt ist eine Interpretation, die R dolus eventualis bezüglich der Verletzung von S zuschreibt, mit guter Argumentation noch vertretbar (allerdings fehlen im Sachverhalt positive Feststellungen zu Rs Haltung in Bezug auf Verletzungen von S). Dann wäre eine Einwilligung durch S zu diskutieren.

#### IV. § 231 Abs. 1 StGB

Indem R Schläge mit Fäusten und Vase abgab und S währenddessen am Hörsinn geschädigt wurde, könnte sich R wegen der Teilnahme an einer Schlägerei strafbar gemacht haben, § 231 Abs. 1 StGB.<sup>24</sup>

##### 1. Objektiver Tatbestand

Dazu müsste R an einer Schlägerei oder an einem von mehreren verübten Angriff beteiligt gewesen sein. Ein von mehreren verübter Angriff ist ein unmittelbar auf Verletzung der Körperintegrität eines anderen abzielendes Verhalten von mindestens zwei Personen, die mit einheitlichem Angriffswillen (nicht notwendig gemeinschaftlich i.S.v. § 25 Abs. 2 StGB) handeln;<sup>25</sup> zu einer Gewalttätigkeit muss es nicht notwendig kommen.<sup>26</sup> Hier hatten R und S den einheitlichen Willen gebildet, T eine Tracht Prügel zu verpassen, mithin ihn körperlich zu beeinträchtigen, und hatten damit begonnen, Faustschläge in seine Richtung abzugeben. Insofern handelt es sich um einen Angriff i.S.v. § 231 Abs. 1 Alt. 2 StGB.

Schlägerei i.S.d. § 231 Abs. 1 Alt. 1 StGB ist der Streit von mindestens drei<sup>27</sup> Personen, die mit

<sup>24</sup> Vgl. den Überblick bei *Eisele/Heinrich*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 2. Aufl. 2024, Rn. 249 ff.

<sup>25</sup> BGHSt 33, 100 (102); *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 231 Rn. 8.

<sup>26</sup> *Murmann*, *Grundkurs Strafrecht*, 7. Aufl. 2022, § 22 Rn. 65.

<sup>27</sup> *Murmann*, *Grundkurs Strafrecht*, 7. Aufl. 2022, § 22 Rn. 61; *Eisele*, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, 6. Aufl. 2021, Rn. 410; vier Personen verlangt *Kleszczewski*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 2016, § 3 Rn. 150 und § 11 Rn. 49.

gegenseitigen Tötlichkeiten verbunden ist. Dabei muss es nicht unbedingt zu vollendeten gegenseitigen Körperverletzungen gekommen sein, es genügen vielmehr auch solche Handlungen, die auf deren Herbeiführung zielen.<sup>28</sup> Derartige Handlungen sind mit den vom Gericht festgestellten allseitig abgegebenen Faustschlägen erfolgt. Man könnte fragen, ob es an einer Schlägerei von drei Personen fehlt, nachdem T möglicherweise in Notwehr handelte. Andererseits wird überwiegend auch eine in Notwehr handelnde Person zu den für die Schlägerei konstituierenden Personen gezählt, zumindest für den Fall, dass sie sich nicht lediglich auf Schutzwehr beschränkt.<sup>29</sup> Dies ist überzeugend, zumal sich durch eine aktiv beteiligte Person, selbst wenn diese gerechtfertigt handelt, die Gefährlichkeit des Raufhandels realisiert.

Hier griff T laut Sachverhalt „proaktiv“ in das Geschehen ein, beschränkte sich also nicht lediglich defensiv auf eine zurückhaltende Verteidigung (Schutzwehr). Es kann damit an dieser Stelle offenbleiben, ob T in Notwehr handelte, zumal er nach überzeugender Auslegung selbst in diesem Fall zu den Personen zu zählen wäre, und somit die drei Personen, die eine Schlägerei erfordert, gegeben sind.

*Hinweis:* Spätestens als auch Dritte mitmischten liegt eine Schlägerei von drei Personen vor, ganz unabhängig davon, ob man T mitzählt. Zumal der Sachverhalt nicht erklärt, dass die weiteren Personen bereits mitwirkten als der Gehörschaden bei S eintrat, sollte man nicht ohne Not darauf abstellen (die Folge muss *durch* die Schlägerei eingetreten sein).

R war am Tatort anwesend und nahm am Fortgang der Auseinandersetzung aktiv Anteil.<sup>30</sup> Sie war daher auch am Angriff – wie auch an der Schlägerei – beteiligt.<sup>31</sup>

## 2. Subjektiver Tatbestand

Der Angriff bzw. die Schlägerei und seine Beteiligung daran waren gerade die Realisierung des Plans von R, sodass sie bezüglich der Verwirklichung eben derjenigen Umstände, die den objektiven Tatbestand erfüllen, vorsätzlich handelte, sogar Absicht vorliegt (dolus directus 1. Grades).

## 3. Objektive Bedingung der Strafbarkeit<sup>32</sup>

Der Angriff bzw. die Schlägerei müssten eine schwere Folge, also Tod oder Verletzung gem. § 226 StGB, verursacht haben und in der schweren Folge müsste sich die Gefährlichkeit des Angriffs niedergeschlagen haben (Gedanke der objektiven Zurechnung).

<sup>28</sup> BGH NSTZ 2014, 147 (148) mit Anm. *Engländer*, NSTZ 2014, 214 und *Jahn*, JuS 2014, 660 (dort wird die Frage behandelt, inwiefern eine Aufspaltung in einzelne Zweikämpfe angezeigt ist, sodass es mangels einheitlichen Gesamtgeschehens an einer Schlägerei fehlt.).

<sup>29</sup> BGH NSTZ 2014, 147 (148); *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 316; *Küper/Zopfs*, Strafrecht, Besonderer Teil, 11. Aufl. 2022, Rn. 450; *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 6; dagegen macht nach *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 231 Rn. 6, jede Form der Gegenwehr die abwehrende Person zum Beteiligten.

<sup>30</sup> *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 231 Rn. 4.

<sup>31</sup> Siehe zu den Anforderungen an die Beteiligung *Momsen-Pflanz/Momsen/Leszczynska*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 231 Rn. 7 ff. Siehe zur Differenzierung zwischen konstitutiver Beteiligung und sekundärer Beteiligung *Küper/Zopfs*, Strafrecht, Besonderer Teil, 11. Aufl. 2022, Rn. 450 f.

<sup>32</sup> Siehe zur objektiven Bedingung der Strafbarkeit *Satzger*, Jura 2006, 108, auch zur Vereinbarkeit mit dem Schuldgrundsatz (ebd., 110 ff.).

*Hinweis:* Die schwere Folge ist eine objektive Bedingung der Strafbarkeit.<sup>33</sup> Auf diese muss sich der Vorsatz nicht beziehen, nach h.M. muss die Folge nicht einmal vorhersehbar gewesen sein. Sie kann auch durch eine wegen Notwehr gerechtfertigte Handlung verursacht worden sein.<sup>34</sup> Eine prüfungsrelevante<sup>35</sup> Streitfrage ist, ob die Handlung, die die schwere Folge bewirkt, in den Zeitraum fallen muss, zu dem die Person, um deren Strafbarkeit es geht, beteiligt war.<sup>36</sup> Nach überwiegender Ansicht spielt dies keine Rolle, es genüge, dass die Schlägerei als Gesamtgeschehen kausal für die Folge ist.<sup>37</sup> Die Gegenansicht folgert aus dem Schuldgrundsatz, dass die Beteiligung zumindest potentiell zum Eintritt der Folge beigetragen hat – dies ist also *jedenfalls* dann denklogisch ausgeschlossen, wenn die Folge bereits vor der Beteiligung eingetreten ist.<sup>38</sup>

S ist zwar nicht verstorben, erlitt jedoch während des Angriffs bzw. der Schlägerei – ausweislich des Gutachtens durch den Einsatz der Vase – eine Beeinträchtigung seines Hörvermögens. Der Verlust des Gehörs i.S.d. § 226 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 StGB setzt voraus, dass das Gehör dauerhaft (nicht notwendig lebenslang) eingebüßt wird, was bedeutet, dass die Sinnesfähigkeit unter 10 % des Normalzustandes gefallen ist.<sup>39</sup> Laut Gutachten erfuhr S eine Beeinträchtigung seines Gehörsinns auf 1 % seines Hörvermögens, sodass die Voraussetzungen des § 226 StGB erfüllt sind. Ob eine Kompensation mittels operativen Eingriffs die Annahme des Verlustes ausschließt,<sup>40</sup> kann hier dahinstehen, zumal laut Gutachten selbst damit die Schwelle von 10 % der Hörfähigkeit nicht überschritten werden könnte.

Der Eintritt der Folge war gerade die Realisierung eines typischen Risikos, das sich aus einem Angriff bzw. einer Schlägerei ergeben kann. Insofern ist der Eintritt der Folge auch „durch“<sup>41</sup> den Angriff bzw. die Schlägerei verursacht worden. Es hat sich also die darin liegende Gefährlichkeit realisiert.

#### 4. Rechtswidrigkeit

Die Bedenken des Journalisten aufgreifend („selbstgewählte Privatangelegenheit“) lässt sich fragen, ob S mit seiner Zustimmung, T anzugreifen, nicht in die mit dem Angriff bzw. der Schlägerei verbun-

<sup>33</sup> So m.w.N. BGHSt 60, 166 (180).

<sup>34</sup> BGHSt 33, 100 (103).

<sup>35</sup> Vgl. Falllösungen bei *Wagner/Drachsler*, ZJS 2011, 530 (536); *Beulke/F. Zimmermann*, Klausurenkurs III, 6. Aufl. 2023, Fall 1 Rn. 44; *Bosch*, Übungen im Strafrecht, 9. Aufl. 2023, Fall 14 (S. 357 und 360).

<sup>36</sup> Dazu *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 231 Rn. 8; *Joecks/Jäger*, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 231 Rn. 9 ff.

<sup>37</sup> Mit Verweis auf die durch § 231 StGB gerade beabsichtigte Unterbindung von Beweisschwierigkeiten und Schutzbehauptungen *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 325 und 327; ebenso *Hohmann*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 231 Rn. 26 f.; *Oğlakcioğlu*, ZJS 2013, 482 (486); Vgl. zur Frage, ob die folge-auslösende Handlung u.U. sogar im Anschluss an die Schlägerei gesetzt werden kann, *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 231 Rn. 8.

<sup>38</sup> *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: *NK-StGB*, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 231 Rn. 9 f.; *Popp*, in: *LK-StGB*, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 231 Rn. 22.

<sup>39</sup> *Kindhäuser/Schramm*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 11. Aufl. 2023, § 10 Rn. 23.

<sup>40</sup> Vgl. dazu *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 226 Rn. 3; *Kindhäuser/Schramm*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 11. Aufl. 2023, § 10 Rn. 23 m.w.N.

<sup>41</sup> Weitgehend einig ist man sich, dass das Kriterium der bloßen Kausalität ergänzt werden muss, ansonsten würde etwa auch genügen, dass ein Zuschauer vor Aufregung stirbt, so das Beispiel bei *Hohmann*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 231 Rn. 28. *Hohmann* fordert, dass die schwere Folge ein „Indiz für die Gefährlichkeit“ der Schlägerei darstellen muss; andere verlangen, dass sich die spezifische Gefährlichkeit der Schlägerei in der Folge niederschlug, vgl. *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 231 Rn. 8; *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 231 Rn. 7.

dene Gefahr der Körperverletzung einwilligt hatte. Zu beachten ist allerdings, dass der Tatbestand des § 231 StGB einer Einwilligung nicht zugänglich ist.<sup>42</sup> § 231 StGB kriminalisiert nämlich die Gefährlichkeit von Schlägereien generell, schützt etwa auch Außenstehende, mithin die Allgemeinheit.<sup>43</sup> Für die Unanwendbarkeit der Einwilligung spricht zudem, dass die Norm des § 231 StGB der Norm des § 228 StGB in der Reihenfolge der Paragraphen nachfolgt.<sup>44</sup>

## 5. Schuld

Gründe, die bei R die Schuld entfallen lassen, sind nicht ersichtlich.

## 6. Ergebnis

R hat sich gem. § 231 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

### V. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2 und 4, 22, 26 StGB

Indem R durch seine Aussage S zur Körperverletzung gegen T anstachelte, könnte sie sich der Anstiftung zur gefährlichen Körperverletzung strafbar gemacht haben. Haupttat wäre insofern die gefährliche Körperverletzung durch S, der – genau wie R – eine versuchte gefährliche Körperverletzung gegenüber T beging. Dadurch, dass R den S animierte, hat sie dessen Entschluss zur Tat erst hervorgerufen, ihn mithin angestiftet.

Damit hat R zugleich die Anstiftung zur gefährlichen Körperverletzung begangen. Im Verhältnis zur eigenen täterschaftlichen Begehung tritt die jedoch aufgrund materieller Subsidiarität zurück. Gleiches gilt für die ebenfalls verwirklichte Anstiftung zu § 231 Abs. 1 StGB.

*Hinweis:* Es ist unschädlich, die konstruktiv erfüllte Anstiftung von R zu der Tat, die sie selbst täterschaftlich begeht, noch knapper abzuhandeln. Diese Anstiftung tritt jedenfalls auf Konkurrenzenebene zurück: Die Beteiligung in unterschiedlichen Formen führt zur einmaligen Bestrafung, nämlich nach der schwersten Beteiligungsform (Subsidiarität).<sup>45</sup>

## B. Strafbarkeit von S

### I. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2 und 4, 22, 23 Abs. 1 StGB gegenüber T

Mit Blick auf das Mitwirken an der Attacke scheitert für S der objektive Tatbestand einer gefährlichen Körperverletzung genau wie bei R im objektiven Tatbestand an der Kausalität. Ein entsprechender Tatentschluss ist jedoch gegeben, sodass S wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung zu bestrafen ist.

<sup>42</sup> Kindhäuser/Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil I, 11. Aufl. 2023, § 11 Rn. 11.

<sup>43</sup> BGHSt 60, 166 (182); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 18 Rn. 1.

<sup>44</sup> Hohmann, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 231 Rn. 19.

<sup>45</sup> Kindhäuser/T. Zimmermann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2024, § 46 Rn. 10.

## II. § 231 Abs. 1 StGB

Durch das Mitwirken an der Auseinandersetzung könnte sich S gem. § 231 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

### 1. Tatbestand

S verübte zusammen mit R einen Angriff, auch handelte es sich bei der Auseinandersetzung um eine Schlägerei (siehe oben A. IV. 1.), an der sich S beteiligte. S handelte diesbezüglich mit Vorsatz.

### 2. Objektive Bedingung der Strafbarkeit

Die schwere Folge, die § 231 Abs. 1 StGB als objektive Bedingung der Strafbarkeit erfordert, ist mit dem Verlust des Gehörs (§ 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB) eingetreten. Problematisch erscheint hier, dass die Folge durch Fremdeinwirkung<sup>46</sup> bei S selbst eintrat.<sup>47</sup> Nach herrschender Ansicht steht dies der Strafbarkeit jedoch nicht entgegen, zumal § 231 StGB die abstrakte Gefährlichkeit einer gewaltsamen Auseinandersetzung sanktioniere.<sup>48</sup> Die Tatsache, dass S selbst durch die Folgen der Tat beeinträchtigt ist, könne gegebenenfalls auf Strafzumessungsebene Berücksichtigung finden, vgl. etwa § 60 S. 1 StGB.<sup>49</sup>

Die Gegenansicht argumentiert, dass § 231 StGB eben nur zu einer erleichterten und abgeschwächten Zurechnung aufgrund der Teilnahme an einer Gesamtgefahr führe, nicht jedoch Beteiligungsverhalten und Folge völlig entkopple.<sup>50</sup> Der herrschenden Vorstellung, die den Erfolgseintritt bei *irgendeiner* Person genügen lässt, indem sie die Gefährlichkeit für die Allgemeinheit betont, könne entgegengehalten werden, dass sich die Verletzung von Allgemeininteressen an der konkreten Verletzungsfolge festmachen lassen müssen, und insofern die schädigende und die geschädigte Person auseinanderfallen muss.<sup>51</sup> Dies ist überzeugend. Denn ansonsten käme es zu einer „Strafbarkeitsbegründung durch Selbstverletzung“, was allgemeinen Zurechnungsregeln zuwiderläuft.<sup>52</sup> Die Strafbarkeit nach § 231 StGB scheidet für S daher aus.

*Hinweis:* Beide Ansichten sind sehr gut vertretbar. Wichtig ist, die Spannung anzusprechen, die darin liegt, dass S potentiell nach § 231 StGB strafbar ist, obwohl die für diese Strafbarkeit notwendige schwere Folge bei ihm selbst eintrat. Eine alternative Begründung zur Einschränkung des § 231 StGB wäre, in Parallelität zu den §§ 223 ff. StGB als ungeschriebenes Merkmal für § 231 StGB zu verlangen, dass die schwere Folge bei einer *anderen* Person eintritt.<sup>53</sup>

<sup>46</sup> Läge hingegen eine Selbstverletzung vor, könnte man, sofern es an einer *Fremdgefährdung* fehlt, die von § 231 StGB verlangte abstrakte Gefahr verneinen und so § 231 StGB ablehnen, so *Zopfs*, Jura 1999, 172 (179 f.).

<sup>47</sup> Siehe auch den Fall bei *Bosch*, Übungen im Strafrecht, 9. Aufl. 2023, Fall 14 (S. 369).

<sup>48</sup> *Küpper/Börner*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 65; *Kühl*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 231 Rn. 5; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 231 Rn. 7 m.w.N.

<sup>49</sup> *Bock*, Jura 2016, 992 (1000 f.) m.w.N. zum Streitstand.

<sup>50</sup> *Popp*, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 231 Rn. 3. Zurechenbar ist nur die Beteiligung, ebd.

<sup>51</sup> Ausf. *Popp*, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 231 Rn. 32.

<sup>52</sup> *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 18 Rn. 9.

<sup>53</sup> So *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, Rn. 419.

### 3. Ergebnis

S hat sich nicht gem. § 231 StGB strafbar gemacht.

### C. Strafbarkeit von T

#### I. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB gegenüber R und S

Indem sich T auf die gewaltsame Auseinandersetzung einließ, könnte er sich der versuchten gefährlichen Körperverletzung strafbar gemacht haben. Wie bei R und S kann objektiv die Kausalität seines Verhaltens für den Körperverletzungserfolg nicht angenommen werden, sodass eine Vollendung ausscheidet. Der Versuch ist strafbar, siehe oben.

*Hinweis:* Man könnte hier sogar § 226 StGB in Gestalt des erfolgsqualifizierten Versuchs<sup>54</sup> prüfen. Allerdings würde es – abgesehen davon, dass das Grunddelikt gerechtfertigt ist (siehe unten) – am nachweisbaren Kausalzusammenhang zwischen Körperverletzungshandlung und dem Erfolg der schweren Körperverletzung fehlen. Im Gegensatz zu § 231 StGB<sup>55</sup> reicht es nicht hin, dass die Folge kausal auf der Schlägerei basiert. Vielmehr müsste die Folge kausal auf einer Handlung des Täters beruhen. Dies müsste man hier angesichts der Nachweisschwierigkeiten ablehnen.

#### 1. Tatentschluss

Auch T wollte R und S mit Faustschlägen körperlich misshandeln und war ebenfalls bereit, dazu die Vase einzusetzen (§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB). Eine gemeinschaftliche Körperverletzung (§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB) scheidet für T, der als Einzelperson agierte, allerdings aus.

#### 2. Unmittelbares Ansetzen

Nach Zeugenbeobachtung hatte T einen Faustschlag abgegeben und ebenfalls die Vase zur Hilfe genommen. Durch den Beginn der Verwirklichung des Tatbestands setzte er unmittelbar zum Versuch an.

#### 3. Rechtswidrigkeit

Möglicherweise ist Ts Verhalten gerechtfertigt.

##### a) Einwilligung

Zu überlegen ist, ob die potenziellen Adressaten seiner Körperverletzungsversuche nicht in das Risiko, ihrerseits von T verletzt zu werden, eingewilligt hatten, und T dadurch gerechtfertigt handelte.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> Parallel zu § 227 StGB ist bei § 226 StGB umstritten, ob ein erfolgsqualifizierter Versuch überhaupt möglich ist, vgl. *Kindhäuser/Schramm*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 11. Aufl. 2023, § 10 Rn. 37 f.

<sup>55</sup> Vgl. *Kindhäuser/Hilgendorf*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 231 Rn. 10.

<sup>56</sup> *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 554; siehe zur Einordnung der Einwilligung als tatbestandsausschließend *Kindhäuser/T. Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2024, § 12 Rn. 4 f. (tatbestandlicher Unrechtsausschluss eigener Art); *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 13 Rn. 12 ff.

Dies könnte man insbesondere deswegen in Betracht ziehen, weil R und S die Schlägerei selbst initiiert hatten, zudem deswegen, weil sie die blauen Flecke nach eigener Auskunft nicht gespürt hatten.

*Hinweis:* Denkbar ist, diesen Gedanken im Rahmen der objektiven Zurechnung (eigenverantwortliche Selbstgefährdung) anzusprechen. Zumal T hier über seine eigenen Faustschläge die Tatherrschaft inne hat, dürfte aus Perspektive von R und S eine *Fremdgefährdung* anzunehmen sein, sodass wenngleich die zusätzliche Thematisierung bei der objektiven Zurechnung zu loben ist, die Behandlung auf Stufe der Einwilligung als hinreichend erscheint.<sup>57</sup>

Einwilligung ist die vorher erklärte Zustimmung zu dem tatbestandmäßigen Verhalten hinsichtlich eines Rechtsguts, über das die zustimmende Person disponieren darf, und als Akt der Selbstbestimmung erfolgt, also im Zustand der Einwilligungsfähigkeit und frei von Willensmängeln erfolgt.<sup>58</sup> Bei der Körperverletzung ist die Einwilligung ausgeschlossen, wenn die Tat gegen die guten Sitten verstößt, § 228 StGB.<sup>59</sup>

Diesbezüglich wird vertreten, dass Einwilligungen im Zuge einer Schlägerei wegen Sittenwidrigkeit unwirksam sind,<sup>60</sup> zumal eine Schlägerei nicht sportlichen Regeln folge,<sup>61</sup> sondern das Risiko der Eskalation berge.<sup>62</sup> Es lässt sich allerdings bezweifeln, ob hier wirklich aus der Ex-ante-Perspektive eine Eskalation hin zu einer konkreten Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung zu erwarten war, wodurch sich eine Unwirksamkeit nach § 228 StGB erst begründen ließe. Gegen eine solche konkrete Gefahr könnte womöglich die überschaubare Personenanzahl sprechen.<sup>63</sup>

*Hinweis:* Nach dem BGH ergibt sich aus der Regelung des § 231 StGB eine Beschränkung der Einwilligung für Körperverletzungen: Wenn sich die an Schlägereien Beteiligten aus einer Ex-ante-Sicht der konkreten Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung aussetzen, so führt das zur Unbeachtlichkeit einer erteilten Einwilligung<sup>64</sup>, und zwar selbst für den Fall, dass die schwere Folge nicht eintritt.<sup>65</sup> Denn, da es sich bei der Folge um eine objektive Bedingung der Strafbarkeit handle, die die weite Vorwerfbarkeit nur *beschränke*, ein die Sittenwidrigkeit begründender Verstoß liege unabhängig vom Eintritt der Folge vor.<sup>66</sup>

<sup>57</sup> Siehe zur Abgrenzung *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, vor § 13 Rn. 37 m.w.N.

<sup>58</sup> Vgl. den Überblick über die Voraussetzungen der Einwilligung bei *Krey/Esser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 663 ff.

<sup>59</sup> Näher *Momsen-Pflanz/Momsen/Leszczynska*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 228 Rn. 9 f.

<sup>60</sup> Bei einverständlichen tätlichen Auseinandersetzungen soll nach dem 1. *Strafsenat* eine Sittenwidrigkeit unabhängig von der konkreten Todesgefahr vorliegen, sofern Absprachen und effektive Sicherung, die das Gefährdungspotential begrenzen, fehlen, siehe BGHSt 58, 140 (150 und 151). Krit. dazu *Zöller/Lorenz*, ZJS 2013, 429 (433 f.).

<sup>61</sup> Vgl. Falllösung für die Konstellation – unter Doping stattfindenden – eines Boxkampfes *Nussbaum*, ZJS 2021, 350 (353).

<sup>62</sup> Ausf. Kritik bei *Wolters*, in: SK-StGB, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, § 228 Rn. 13.

<sup>63</sup> In diesem Sinne *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 228 Rn. 10b ff.; siehe auch den Hinweis in Fn. 66 a.E.

<sup>64</sup> BGHSt 60, 166 (181).

<sup>65</sup> Krit. etwa *Gaede*, ZIS 2014, 489 (499), demzufolge § 231 StGB keine generelle Wertung der Strafbedürftigkeit von Gruppengewalt enthalte, sondern lediglich dann, wenn die schwere Folge eintrete.

<sup>66</sup> BGHSt 60, 166 (183); zur Kritik siehe *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 13 Rn. 66c ff.; *Popp*, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 231 Rn. 5; *Zabel*, JR 2015, 619 (623). BGHSt 60, 160 (184) lässt aller-

Die Frage nach dem Einwilligungsausschluss nach § 228 StGB kann hier jedoch dahinstehen, zumal es für eine Einwilligung bereits an der vorausgesetzten zustimmenden Erklärung mangelt. Zwar muss die Erklärung keiner besonderen Form genügen, kann also auch konkludent erfolgen. Allerdings darf nicht ohne Weiteres aus der allgemeinen Gefährlichkeit des eigenen Verhaltens auf die konkludente Einwilligung geschlossen werden.<sup>67</sup> Zwei Aspekte sprechen hier im Fall gegen die Interpretation des Sachverhalts, dass R und S mit dem Angriff auf T konkludent in dessen Körperverletzungshandlungen einwilligten: Zum einen lässt sich als Indiz anführen, dass R zu S meinte, man solle T „eine Tracht Prügel *verpassen*“, also nicht dazu animierte, „sich *mit* T zu prügeln“. Zum anderen waren R und S laut Sachverhalt von der Gegenwehr erstaunt, hatten also vor der ersten Handlung des T nicht mit dessen Gegenwehr gerechnet. Das spätere Bekunden, die Verletzungen hätten sie nicht gestört, kommt für die Einwilligungserklärung zu spät. Eine Einwilligung scheidet daher mangels einer *vor* der Tat erklärten Zustimmung aus.<sup>68</sup>

*Hinweis:* Eine andere Beurteilung ist mit entsprechender Argumentation vertretbar.

## b) Notwehr

Möglicherweise war Cs Verhalten aber durch Notwehr gerechtfertigt. Hier war T den Körperverletzungsversuchen von R und S ausgesetzt. Ihm drohte somit die Verletzung seiner körperlichen Integrität durch menschliches Verhalten. T versah sich also eines Angriffs. Der Angriff stand objektiv in Widerspruch zur Rechtsordnung, war mithin rechtswidrig.<sup>69</sup> Das Handgemenge verlief ohne Pause, sodass der Angriff auch über die gesamte Zeit der Auseinandersetzung andauerte. Der Angriff war daher durchgehend gegenwärtig.

Das Gericht teilt die Einschätzung von T, dass er „lediglich dasjenige getan habe, was man in einer derartigen Situation zum Eigenschutz für nötig erachten würde“, geht also damit von den Anforderungen an eine geeignete und auch effektive, mithin erforderliche Notwehrhandlung aus. Unschädlich ist dabei, dass sich S „proaktiv“ verhielt, also sich nicht lediglich defensiv auf eine zurückhaltende Verteidigung beschränkte (Schutzwehr), sondern auch die aktive Abwehr durch einen Gegenangriff (Trutzwehr) betrieb. Denn für eine sozialetische Einschränkung seiner Notwehrbefugnis, also eine Korrektur durch das Merkmal der Gebotenheit<sup>70</sup>, wie sie etwa im Falle der Provokation anzunehmen wäre, bestehen keine Anhaltspunkte.

T handelte auch im Bewusstsein der Notwehrlage und überdies mit Verteidigungswillen, sodass der Streit, ob für das subjektive Notwehrelement<sup>71</sup> ein Verteidigungswille überhaupt nötig ist, dahinstehen kann.

---

dings offen, ob die Erfüllung des Tatbestandes des § 231 StGB „stets und unabhängig von der konkret eingetretenen Gefahr zur Unbeachtlichkeit der Einwilligung führt – etwa auch dann, wenn bei vorausschauender Betrachtung lediglich Bagatelverletzungen zu erwarten sind.“ Sittenwidrigkeit sei jedenfalls anzunehmen, wenn eine Person „durch die Tat voraussichtlich in die konkrete Gefahr einer schweren Gesundheitsbeschädigung gebracht wird“.

<sup>67</sup> Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 228 Rn. 7a (zur sog. Risiko-Einwilligung).

<sup>68</sup> Gegen das Erfordernis einer zuvor *erklärten* Einwilligung aber *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 15 Rn. 6 f. (der allerdings die innere Zustimmung bei Begehung der Tat verlangt).

<sup>69</sup> *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 505.

<sup>70</sup> Siehe zu den Fallgruppen *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 18 Rn. 57 ff.

<sup>71</sup> Vgl. dazu *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 413 f. m.w.N.

*Hinweis:* Die Prüfung und Bejahung der Notwehr kann hier noch kürzer ausfallen, da das Gericht laut Sachverhalt der Überzeugung ist, dass T „lediglich dasjenige getan habe, was man in einer derartigen Situation zum Eigenschutz für nötig erachten würde“.

#### 4. Ergebnis

Ts Körperverletzungsversuch war durch Notwehr gerechtfertigt.

#### II. § 231 Abs. 1 StGB

Indem T an der Auseinandersetzung aktiv teilnahm, könnte er sich gem. § 231 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

##### 1. Objektiver Tatbestand

Zwar war T nicht teil der angreifenden Personenmehrheit (Alt. 2), allerdings handelte es sich zugleich um eine Schlägerei (Alt. 1). Wenn auch T in Notwehr handelte, greift er doch aktiv in das Geschehen ein (Trutzwehr), sodass er nach überzeugender Ansicht (siehe oben A. IV. 1.) zu den die Schlägerei konstituierenden Personen zählt.<sup>72</sup> T handelte bezüglich der Schlägerei und seiner Beteiligung mit Wissen und Wollen, also vorsätzlich.

##### 2. Objektive Bedingung der Strafbarkeit

Mit dem Gehörverlust bei S ist die objektive Bedingung der Strafbarkeit eingetreten (siehe oben A. V. 3.).

##### 3. Rechtswidrigkeit

§ 231 Abs. 2 StGB verweist deklaratorisch auf Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe. Insofern ist zu überlegen, ob nicht auch die Beteiligung an der Schlägerei nach § 32 Abs. 1 StGB gerechtfertigt war.<sup>73</sup>

*Hinweis:* Teilweise wird vertreten<sup>74</sup>, dass § 231 Abs. 2 StGB<sup>75</sup> (statt des deklaratorischen Verweises<sup>76</sup>) einen Tatbestandsausschluss bewirkt. Auswirkungen hat dies auf die Teilnahme strafbarkeit.<sup>77</sup>

Eine mögliche Rechtfertigung gem. § 32 StGB kann sich nur dann ergeben, wenn der Person die Beteiligung an der Schlägerei nicht vorzuwerfen ist, also wenn sämtliche Verhaltensakte von der Not-

---

<sup>72</sup> BGH NStZ 2014, 147 (148).

<sup>73</sup> Siehe Popp, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 231 Rn. 39.

<sup>74</sup> Hohmann, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 231 Rn. 20 und 18. Nur so komme der Vorschrift eigenständige Bedeutung zu, zumal die Beteiligung regelmäßig nicht insgesamt durch einen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund gedeckt sein dürfte.

<sup>75</sup> Siehe ausf. Eisele, JR 2001, 270.

<sup>76</sup> So die h.M., etwa Wolters, in: SK-StGB, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, § 231 Rn. 9; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 231 Rn. 10.

<sup>77</sup> Bock, Jura 2016, 992 (1003).

wehrbefugnis gedeckt sind.<sup>78</sup> Nimmt die Person hingegen in einer späteren Phase der Schlägerei weiterhin teil, obwohl sie sich *dort* hätte heraushalten können, ist dies von der rechtfertigenden Wirkung nicht mehr gedeckt.<sup>79</sup> Hier wurde T unverschuldet in die Schlägerei hineingezogen. Laut Sachverhalt genehmigten sich die Streitenden keine Pause, sodass nicht davon ausgegangen werden kann, dass der von R und S verübte Angriff zwischenzeitlich einmal beendet war und sich T nichtdestotrotz in einer *daran anschließenden Phase* an der Schlägerei beteiligte. Dafür spricht auch, dass es sich um eine kurze („dauerte nicht allzu lange“; „bald einsetzende Erschöpfung“) und dichte („zu einem Knäuel verknoteten Kontrahenten“) Auseinandersetzung handelte. Somit agierte T in durchgehender Notwehrlage. Er ist insofern nicht vorwerfbar in der Schlägerei verblieben.<sup>80</sup>

*Hinweis:* Wichtig zu beachten ist also, dass sich die Notwehr nur auf die einzelnen Handlungen beziehen kann – und nur wenn sämtliches Beteiligungsverhalten von Notwehr gedeckt ist, ist eine Rechtfertigung bzgl. § 231 StGB gegeben.<sup>81</sup> Das bedeutet, dass eine Handlung in Notwehr nicht stets auch zur Rechtfertigung in Bezug auf § 231 StGB führt.<sup>82</sup>

Ts Verhalten, das den Anforderungen an § 32 StGB genügt (siehe oben C. I. 3. b), ist auch hinsichtlich der Beteiligung an der Schlägerei gerechtfertigt.

#### D. Gesamtergebnis

R hat sich nach §§ 224 Abs. 1 Nrn. 2 und 4, 22, 23 Abs. 1 StGB (der Grundtatbestand wird als *lex generalis* verdrängt; die zusätzlich verwirklichte Anstiftung tritt hinter der täterschaftlichen Begehung zurück) sowie nach § 231 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Die Delikte stehen zueinander in Tateinheit, § 52 Abs. 1 StGB.

S ist nach §§ 224 Abs. 1 Nrn. 2 und 4, 22, 23 Abs. 1 StGB zu bestrafen.

T bleibt straflos.

---

<sup>78</sup> Hilgendorf, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 4. Aufl. 2021, § 6 Rn. 87.

<sup>79</sup> Joecks/Jäger, *StGB, Studienkommentar*, 13. Aufl. 2021, § 231 Rn. 15.

<sup>80</sup> Vgl. Wolters, in: SK-StGB, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, § 231 Rn. 9 m.w.N.

<sup>81</sup> Dies ist nicht der Fall, wenn die später in Notwehr tötende Person im Beginn sich vorwerfbar an der Schlägerei beteiligte, vgl. BGHSt 39, 305 (309); siehe auch Rengier, *Strafrecht, Besonderer Teil II*, 25. Aufl. 2024, § 18 Rn. 8; Fall bei Brand/Zivanic, JuS 2016, 332 (336).

<sup>82</sup> Siehe auch das Beispiel bei Wessels/Hettinger/Engländer, *Strafrecht, Besonderer Teil 1*, 47. Aufl. 2023, Rn. 323: Nach der (gerechtfertigten) Abwehr des Angriffs geht der Verteidigende selbst zum Angriff auf weitere Beteiligte über.

## Fortgeschrittenenübungsklausur: Mehr Schein als Sein – Greenwashing und „Probefahrt“

Jan Günther, Oxford\*

*Die Klausur beschäftigt sich mit der anspruchsvollen Thematik des Greenwashing, die v.a. bei Täuschung und Irrtum die Beachtung gesetzlicher Wertungen aus dem Lauterkeitsrecht erfordert und zugleich das schwierige Thema der Anwendung der Zweckverfehlungslehre im Bereich synallagmatischer Verträge enthält. Daneben sind für den zweiten Tatkomplex neben sauberem Arbeiten im Hinblick auf die Koinzidenz bei der Schadensberechnung fundierte Kenntnisse des Sachenrechts erforderlich.*

### Sachverhalt

A ist alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der A-GmbH, die sich auf umweltfreundliche Mode spezialisiert hat, derzeit aber in akuten Zahlungsschwierigkeiten steckt. Sein Mitarbeiter M kommt daher auf die Idee, unter Aufrechterhaltung des bisherigen Preises die Produktionskosten zu senken, indem man statt der Bio-Baumwolle in Zukunft billigere Baumwolle aus konventionellen Anbau verwendet. Insbesondere soll die A-GmbH auch die Förderung der Klimaprojekte zur Kompensation ihrer Emissionen einstellen, um weitere Kosten zu sparen. A ist begeistert und setzt sofort die Vorschläge in die Tat um; den Hinweis auf die Bio-Baumwolle entfernt A von dem Etikett in der Hoffnung, es werde schon keiner merken, dass nunmehr billigeres Material verwendet wird. Den Begriff „klimaneutrales Unternehmen“ verwendet die A-GmbH nach Absprache von A und M allerdings weiterhin in ihrer Werbung. Der Verbraucher V ist Klimaschützer, braucht aber leider dennoch ein neues T-Shirt. Weil er die A-GmbH aufgrund der Werbung für ein klimafreundliches Unternehmen hält, kauft er ein T-Shirt der A-GmbH in dem von dieser betriebenen Outlet zum Preis von 50 €, obwohl es eigentlich nur 30 € wert ist (da die Nachhaltigkeit des Unternehmens den Verkehrswert des Produkts nicht messbar beeinflusst) und auch mit Bio-Baumwolle nur 32 € wert wäre.

T ist in Geldnot. Allerdings hat er auch schon einen genialen Plan, wie er an Geld kommen kann. Beim Autohändler H vereinbart er einen Termin zur Probefahrt eines Jahres-Wagens vom Modell VW Golf. Was T nicht weiß, ist, dass das Fahrzeug ein von H aufpoliertes Unfallfahrzeug ist, das so nicht mehr verkehrssicher ist und einen Wert von nur 500 € hat. H verlangt dagegen 13.000 € für das Auto; von einem Schaden erwähnt er nichts.

T fährt mit dem mit einem – allerdings ausgeschalteten – GPS-System ausgestatteten Auto sodann vom Hof. Er hat allerdings weder die Absicht, das Auto zu kaufen, noch es zurückzubringen. Stattdessen fährt er mit dem Auto zu sich nach Hause. Er besorgt einen gefälschten Fahrzeugbrief, in den er sich als Eigentümer eintragen lässt. Dann verkauft er das Auto über eine Internetplattform, wobei er die Herkunft des Autos verschweigt. Der naive V fragt wegen des Autos an und bietet 8.000 € unter Ausschluss von Gewährleistungsrechten für das Fahrzeug. T ist damit einverstanden, sodass die beiden per E-Mail einen Kaufvertrag über das Auto abschließen. Einige Tage später holt V gegen Barzah-

---

\* Der Autor, zuletzt Stud. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtsphilosophie bei Herrn Prof. Dr. Frank Saliger an der LMU München, befindet sich derzeit für einen Studienaufenthalt an der University of Oxford. Der Fall wurde im Sommersemester 2024 in abgewandelter Form als Übungsfall im Tutorium zum Grundkurs Strafrecht gestellt.

lung das Fahrzeug bei T ab. T händigt ihm den Fahrzeugschein aus und versichert nochmals, dass mit dem Auto „alles in Ordnung“ sei; er selbst sei zwei Jahre damit gefahren.

### Aufgabe

Wie haben sich A und T nach dem StGB strafbar gemacht?

§§ 267 ff. StGB sind nicht zu prüfen. Auf §§ 3, 5 UWG und Art. 6 UGP-RL wird hingewiesen.

### Lösungsvorschlag

<b>1. Tatkomplex: Greenwashing in As Outlet</b> .....	<b>143</b>
<b>I. Strafbarkeit des A gem. § 263 Abs. 1 StGB</b> .....	<b>143</b>
1. Objektiver Tatbestand .....	143
a) Täuschung über Tatsachen .....	143
b) Dadurch Irrtum.....	144
c) Dadurch Vermögensverfügung .....	144
d) Dadurch Vermögensschaden .....	144
2. Subjektiver Tatbestand .....	146
3. Rechtswidrigkeit und Schuld .....	146
4. Strafverfolgungsvoraussetzungen .....	146
<b>II. Ergebnis</b> .....	<b>146</b>
<b>2. Tatkomplex: Die Probefahrt</b> .....	<b>146</b>
<b>I. Strafbarkeit des T wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB</b> .....	<b>146</b>
1. Objektiver Tatbestand .....	147
a) Fremde bewegliche Sache.....	147
b) Wegnahme.....	147
aa) Gewahrsamsbruch durch Nach-Hause-Fahren des Fahrzeugs.....	147
bb) Gewahrsamsbruch durch Verlassen des Geländes .....	148
2. Ergebnis.....	148
<b>II. Strafbarkeit des T wegen Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1, 2 StGB</b> .....	<b>148</b>
1. Objektiver Tatbestand .....	148
a) Fremde bewegliche Sache.....	148
b) Zueignung.....	148
c) Rechtswidrigkeit der Zueignung .....	150
d) Qualifikation des § 246 Abs. 2 StGB .....	150
2. Subjektiver Tatbestand .....	150
3. Rechtswidrigkeit und Schuld .....	150

4. Ergebnis.....	150
<b>III. Strafbarkeit des T wegen Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB.....</b>	<b>150</b>
1. Objektiver Tatbestand.....	150
a) Täuschung.....	150
b) Dadurch Irrtum.....	151
c) Dadurch Vermögensverfügung.....	151
aa) Vermögensminderung.....	151
bb) Unmittelbarkeit.....	152
d) Dadurch Vermögensschaden.....	152
2. Subjektiver Tatbestand.....	152
3. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	152
4. Ergebnis.....	153
<b>IV. Konkurrenzen.....</b>	<b>153</b>
<b>3. Tatkomplex: Verkauf des Autos an V.....</b>	<b>153</b>
<b>I. Strafbarkeit des T gem. § 263 Abs. 1 StGB durch den Verkauf an V, zulasten und gegenüber V.....</b>	<b>153</b>
1. Objektiver Tatbestand.....	153
a) Täuschung über Tatsachen.....	153
b) Dadurch Irrtum.....	154
c) Dadurch Vermögensverfügung.....	154
d) Dadurch Vermögensschaden.....	154
aa) Zahlung der 8000 €.....	154
bb) Durch den Vertragsschluss.....	155
2. Subjektiver Tatbestand.....	156
3. Ergebnis.....	156
<b>II. Strafbarkeit des T gem. § 263 Abs. 1 StGB durch Lieferung / Annahme des Kaufpreises.....</b>	<b>156</b>
<b>III. Strafbarkeit des T gem. § 246 Abs. 1 StGB durch Verkauf / Übereignung an N.....</b>	<b>156</b>
1. Objektiver Tatbestand.....	156
2. Ergebnis.....	157
<b>Gesamtergebnis.....</b>	<b>157</b>

## 1. Tatkomplex: Greenwashing in As Outlet

### I. Strafbarkeit des A gem. § 263 Abs. 1 StGB

#### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Täuschung über Tatsachen

T müsste V über Tatsachen getäuscht haben. Täuschung meint jedes Einwirken auf das Vorstellungsbild eines anderen zum Zwecke der Irrtumserregung.<sup>1</sup> Tatsachen sind dabei konkrete innere und äußere Lebensvorgänge, die dem Beweis zugänglich sind.<sup>2</sup>

Sowohl bei der Frage der Klimaneutralität als auch dem verwendeten Material handelt es sich um Tatsachen. Der Werbeaussage, das eigene Unternehmen sei „klimaneutral“, lässt sich in Anlehnung an die Rechtsprechung zum § 5 UWG jedenfalls entnehmen, dass etwaige Emissionen, die denotwendig bei jedem Produktionsprozess entstehen, durch entsprechende Förderung von Klimaprojekten kompensiert werden.<sup>3</sup> Eine Produktion, bei der Emissionen schon nicht entstehen, ist dagegen nicht möglich und daher durch den Begriff „klimaneutral“ auch nicht erklärt.<sup>4</sup> Da dies nicht zutrifft und die A-GmbH, deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der A ist, die Förderung solcher Klimaschutzprojekte eingestellt hat, wird irreführend auf das Vorstellungsbild des V eingewirkt und dieser mithin getäuscht.<sup>5</sup> Dass die Werbung von der eigenen Kaufentscheidung weit weg ist, ändert am Vorliegen einer Täuschung durch A als dem Werbeverantwortlichen nichts. Vielmehr stellt sich allein die (Beweis-)Frage, ob tatsächlich die Täuschung noch kausal für die spätere Kaufentscheidung (also Vermögensverfügung) ist.<sup>6</sup>

Eine Täuschung könnte auch im Hinblick auf den Austausch des Materials vorliegen. Schließlich hat bislang die A-GmbH ausschließlich Bio-Baumwolle verwendet. Indes ist weder von der Aussage der Klimaneutralität auf ein solches bestimmtes Material zu schließen, noch wird konkludent durch den Verkauf ohne zusätzlichen Hinweis miterklärt, dass sich an der Materialzusammensetzung nichts geändert hat; schließlich würde dies die Akteure der Marktwirtschaft in ihren unternehmerischen Entscheidungen auch unangemessen beschränken. Ebenso scheidet eine Täuschung durch die Unterlassung eines ausdrücklichen Hinweises aufgrund der unternehmerischen Interessen, die der Annahme einer aus der vorvertraglichen Beziehung entstehenden Aufklärungspflicht gem. § 13 Abs. 1 StGB entgegenstehen, aus. Das Geschäftsrisiko trägt in einer Marktwirtschaft schließlich jeder selbst, soweit er in eine Lage versetzt ist, in der er sich hinreichend informieren kann.<sup>7</sup> Die Tatsache, dass

<sup>1</sup> BGH NJW 2001, 2187 (2188); Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 11; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 13 Rn. 9.

<sup>2</sup> RGSt 24, 387 f.; Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn.73; Saliger, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 12 m.w.N.

<sup>3</sup> OLG Schleswig GRUR 2022, 1451 (1453 Rn. 27); Steuer, GRUR 2022, 1408 (1410); noch restriktiver BGH, Urte. v. 27.6.2024 – I ZR 98/23 = ESG 2024, 205 (208 Rn. 28 ff.), das grundsätzlich von einer Irreführung gem. § 5 Abs. 1 UWG ausgeht.

<sup>4</sup> Schrott/Mayer, GA 2023, 615 (626).

<sup>5</sup> Die Verpflichtung des neuen (durch RL 2024/825 [EU] eingefügten) Art. 6 Abs. 2 lit. d UGP-RL zur Bereitstellung wesentlicher Informationen in Bezug auf Umweltaussagen ist hier hingegen nicht relevant, da die Information nicht vorenthalten, sondern schon nicht korrekt ist.

<sup>6</sup> Allerdings muss in der Täuschung schon das unmittelbare Ansetzen zur Verwirklichung des Tatbestands gem. § 22 StGB liegen, da eine Strafbarkeit nur an Handlungen ab Versuchsbeginn angeknüpft werden darf.

<sup>7</sup> Vgl. BGH NJW 1994, 950 (951); Saliger, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 64.

das entsprechende Bio-Siegel nicht mehr auf dem Etikett abgedruckt ist, muss damit als ausreichend zur Abmilderung der (zwischen Verkäufer und Käufer meistens bestehenden) Informationsasymmetrie angesehen werden.

#### b) Dadurch Irrtum

V müsste im Hinblick auf die Klimaneutralität des Unternehmens durch die Täuschung einem Irrtum unterlegen sein. Irrtum meint jedes Auseinanderfallen des Vorstellungsbildes des Täuschungsadressaten und der Realität.<sup>8</sup>

Maßgeblich ist dabei beim Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB allein der konkrete Getäuschte. Auf die lauterkeitsrechtliche Beurteilung, die sich nach dem Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise richtet (§§ 5 Abs. 1, 3 Abs. 4 UWG; Art. 6 Abs. 1 UGP-RL) kommt es dagegen nicht an, da das Strafrecht von der europarechtlichen Harmonisierung nicht betroffen ist und stets das Vermögen des konkret Betroffenen, nicht eines fiktiven Durchschnittsverbrauchers, schützen soll.<sup>9</sup> Ebenso wenig kommt es auf die Eignung zur Beeinflussung einer geschäftlichen Entscheidung bei diesem Durchschnittsverbraucher an; vielmehr genügt jede später kausal und dem Täter objektiv zurechenbar getroffene Vermögensverfügung des Getäuschten. V nimmt aufgrund der Werbeaussagen des A an, dass es sich bei der A-GmbH um ein klimaneutrales Unternehmen handelt. Ein Irrtum ist daher gegeben.

#### c) Dadurch Vermögensverfügung

V müsste aufgrund des Irrtums über sein Vermögen verfügt haben. Vermögensverfügung meint jedes freiwillige Tun, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd beim Opfer auswirkt.<sup>10</sup>

V schließt zunächst den Kaufvertrag und bezahlt wohl unmittelbar im Anschluss an der Kasse auch den Kaufpreis, sodass eine unmittelbare Vermögensminderung ohne Weiteres vorliegt. Eine Vermögensverfügung ist somit zu bejahen.

#### d) Dadurch Vermögensschaden

Schließlich müsste V einen Vermögensschaden erlitten haben. Nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung meint Schaden jedes negative Vermögenssaldo, das sich beim Vergleich des Vermögens vor und nach der Vermögensverfügung unter Berücksichtigung der unmittelbar zufließenden Vorteile ergibt.<sup>11</sup>

Eine Vermögensminderung tritt durch die Zahlung des Kaufpreises zunächst i.H.v. 50 € ein. Jedoch wird der Schaden insoweit wegen des erworbenen Eigentums (§ 929 S. 1 BGB) an dem T-Shirt in Höhe von dessen objektivem Verkehrswert von 30 € kompensiert. Da in Bezug auf das ausgetauschte Material (konventionelle statt Bio-Baumwolle) eine relevante Täuschungshandlung fehlt, muss allerdings der Wert in Ansatz gebracht werden, den das T-Shirt mit Bio-Baumwolle gehabt hätte, da sich in Bezug auf den durch den Materialaustausch bedingten Minderwert, nicht das pflichtwidrige Verhalten, sondern ein erlaubtes realisiert und insoweit der Pflichtwidrigkeitszusammenhang nicht

<sup>8</sup> KG Berlin StV 2006, 584; statt vieler auch *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 13 Rn. 41; *Satzger*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 263 Rn. 121.

<sup>9</sup> Jeweils im Ergebnis so auch *Schelzke/Bosch*, wistra 2024, 233 (235); *Schrott/Mayer*, GA 2023, 615 (630 f.).

<sup>10</sup> BGH NJW 1963, 1068 (1069); OLG Düsseldorf NJW 1988, 922 (923); *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 263 Rn. 86 m.w.N.

<sup>11</sup> BGH NStZ-RR 2021, 310 (311); *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 13 Rn. 179 ff.

erfüllt ist.<sup>12</sup> Der Minderwert geht insoweit ausschließlich auf ein erlaubtes Verhalten des A zurück, das diesem hier nicht zum Nachteil gereichen darf. Nach wirtschaftlicher Betrachtung verbleibt zunächst also ein Schaden i.H.v. 18 €.

Problematisch erscheint indes, dass auch bei Zutreffen der Vorstellung des V der Wert des T-Shirts nur bei eben diesen 32 € gelegen hätte, da die Klimaneutralität des Unternehmens keine (messbaren) Auswirkungen auf den Verkehrswert eines einzelnen Produkts hat. Hierin liegt eine bewusste Vermögensminderung, der insoweit kein wirtschaftlicher, sondern ein nur ideeller Gegenwert, nämlich die Klimaneutralität des Unternehmens, entsprechen sollte. Ob auch bewusste Selbstschädigungen überhaupt unter den Schutz des § 263 Abs. 1 StGB fallen sollen, ist umstritten. Eine Ansicht schließt die bewusste Selbstschädigung vom Schutz generell aus; schließlich wäre der Vermögensabfluss dann ohnehin erfolgt. § 263 Abs. 1 StGB schütze aber ausschließlich das Vermögen, nicht auch die Freiheit zur Disposition über dasselbe. Daher sei zu fordern, dass dem Opfer der selbstschädigende Charakter seiner Verfügung verborgen bleibe (sog. funktionaler Zusammenhang).<sup>13</sup> Nach der sog. Zweckverfehlungslehre ersetzt dagegen der verfolgte soziale Zweck die materielle Gegenleistung, wodurch der Schutz des § 263 Abs. 1 StGB auch auf bewusste Selbstschädigungen erweitert und anerkannt wird, dass die Dispositionsfreiheit in Bezug auf das Vermögen auch insoweit schützenswert und geschützt ist, als immaterielle, nicht vermögensmäßig messbare Zwecke verfolgt werden und daher ein sozialer Zweck an die Stelle der wirtschaftlichen Kompensation tritt.<sup>14</sup> Dispositionsschutz wird daher zwar nie selbständig, aber eben doch mit Blick auf das im Bestand geschützte Vermögen gewährt. Dies überzeugt auch im Grundsatz: Der Verfügende darf auch nicht-materielle Zwecke mit seinem Vermögen verfolgen und verdient auch insoweit den Schutz seines Vermögensbestands vor Abflüssen, den keine aus der (objektivierten) Sicht des Vermögensinhabers kompensierende Leistung entgegensteht. Freilich schützt § 263 Abs. 1 StGB stets nur den Vermögensbestand, nicht auch die mit der Zahlung verbundenen Hoffnungen und Exspektanzen. Da der verfolgte Zweck (Förderung eines klimafreundlichen Unternehmens) nicht eintritt, würde es an einer Kompensation nach der Zweckverfehlungslehre fehlen und ein Schaden i.H.v. 18 € wäre zu bejahen.

Dennoch können Bedenken im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Zweckverfehlungslehre bestehen. Diese setzt jedenfalls voraus, dass ein Zweck verfolgt wird, der nicht seinerseits in einem Synallagma im Rahmen eines synallagmatischen Austauschvertrags steht.<sup>15</sup> Die Förderung des klimafreundlichen Unternehmens bzw. die Klimafreundlichkeit selbst sind nicht Vertragsinhalt im Kaufvertrag zwischen den Parteien und stehen daher außerhalb der Leistungsbeziehung, begründet nach dem vom Unternehmen transferierten Image aber gerade den über dem Verkehrswert liegenden Verkaufspreis der Produkte.<sup>16</sup> Zwar wird teilweise auch die Anwendbarkeit neben einem synallagmatischen Austauschvertrag angezweifelt, was jedoch keinen Beifall verdient. Ob schließlich V erst den Kaufvertrag mit dem objektiven Verkehrswert als Kaufpreis schließt und anschließend 18 € spendet, kann dahingehend grundsätzlich keinen Unterschied machen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Zahlung der vollen 50 € freilich eine sich aus dem Kaufvertrag in voller Höhe ergebende Verpflichtung ist; schließlich schließt V den Kaufvertrag freiwillig in dieser Höhe ab und ver-

---

<sup>12</sup> Allgemein zur Berücksichtigung der objektiven Zurechnung bei § 263 StGB siehe *Saliger*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, § 263 Rn. 10; auch *Scheinfeld*, *wistra* 2008, 167 (169).

<sup>13</sup> *Hoyer*, in: *SK-StGB*, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 263 Rn. 66; *Rudolphi*, in: *FS Klug*, Bd. 1, 1983, S. 315 ff.

<sup>14</sup> Ausdrücklich *BGH NJW* 1995, 539; *Saliger*, in: *SSW-StGB*, 6. Aufl. 2024, § 263 Rn. 214 m.w.N.

<sup>15</sup> *OLG Köln NJW* 1979, 1419 (1420); *Kasiske*, *WM* 2023, 53 (56 f.); anders *Samson*, *JA* 1978, 628.

<sup>16</sup> Zu solchen sog. „gemischten Verträgen“ *BGH*, *Urt. v. 11.9.2003 – 5 StR 524/02 = BeckRS* 2003, 8472; *Schrott/Mayer*, *GA* 2023, 675 (687 f.); auch *Saliger*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 216 f.

folgt damit auch objektiv erkennbar den Zweck der Förderung eines klimafreundlichen Unternehmens.<sup>17</sup>

Es verbleibt daher mit der Zweckverfehlungslehre ein Schaden i.H.v. 18 €. Mögliche Anfechtungsrechte (§ 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB) und auf Loslösung vom Vertrag gerichtete Schadensersatzansprüche (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB i.V.m. § 249 Abs. 1 BGB und § 9 Abs. 2 UWG) beseitigen den Schaden nicht, da wegen des Prozessrisikos jedenfalls eine vollständige Kompensation nicht erreicht wird.

## 2. Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich. Er müsste darüber hinaus mit Bereicherungsabsicht, also der Absicht, für sich oder einen Dritten einen Vermögensvorteil zu erzielen, gehandelt haben. Unter Vermögensvorteil ist jede günstigere Gestaltung der Vermögenslage im Sinne einer Erhöhung des wirtschaftlichen Wertes des Vermögens zu verstehen.<sup>18</sup> Es sollten zusätzliche (höhere) Einnahmen der A-GmbH erzielt werden. Aufgrund der anzunehmenden Trennung der Vermögensmassen von A und der A-GmbH liegt daher ein Fall der Drittbereicherungsabsicht vor; eine mögliche spätere Weiterleitung der Gewinne an A (als Gesellschafterausschüttung etc.) wäre jedenfalls keine stoffgleiche Bereicherung mehr, da sie auf einer Zwischenverfügung beruhen würde.<sup>19</sup> Diese Drittbereicherung beruht auch auf der gleichen Verfügung wie der Schaden, nämlich der Kaufpreiszahlung durch V, und ist somit stoffgleich. Mangels vom Betrug unabhängig bestehenden fälligen und durchsetzbaren Anspruchs ist die Bereicherung auch rechtswidrig. In Bezug auf Stoffgleichheit und Rechtswidrigkeit der Bereicherung handelte A vorsätzlich.

## 3. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

## 4. Strafverfolgungsvoraussetzungen

Gem. §§ 263 Abs. 4, 248a StGB wäre noch ein Strafantrag zu stellen.

## II. Ergebnis

A hat sich gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

## 2. Tatkomplex: Die Probefahrt

### I. Strafbarkeit des T wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB

T könnte sich wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB entweder durch das Vom-Hof-Fahren oder

---

<sup>17</sup> Hier lässt sich das Gegenteil sehr gut vertreten, weil jedenfalls die Zahlungsverpflichtung durchaus formaljuristisch im Synallagma mit dem Kauf des T-Shirts steht, auch wenn (objektiv erkennbar) darüber hinausgehende Ziele verfolgt werden.

<sup>18</sup> BGH NJW 1988, 2623; *Rengier*, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 13 Rn. 301.

<sup>19</sup> Hier lassen sich im Hinblick auf die getrennten Vermögensmassen wohl die Grundsätze der sog. Mantel-Rspr. zum Recht der Vermögensabschöpfung (§ 73 Abs. 1 StGB, bei dem der Täter selbst bei verschmolzenen Vermögensmassen etwas erlangt und nicht nur der Dritte) übertragen; bspw. BGH BeckRS 2022, 24818 Rn. 9.

durch das spätere Heimfahren mit dem Fahrzeug strafbar gemacht haben.

## 1. Objektiver Tatbestand

### a) Fremde bewegliche Sache

Das Auto ist ein körperlicher Gegenstand, mithin eine Sache (vgl. § 90 BGB). Es ist auch fremd, da es im Alleineigentum des H steht, sowie beweglich, weil es tatsächlich fortbewegt werden kann.

### b) Wegnahme

Wegnahme meint den Bruch fremden und die Begründung neuen – nicht notwendigerweise täter-eigenen – Gewahrsams.<sup>20</sup> Gewahrsam meint die von einem natürlichen Sachherrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft, deren Reichweite sich nach der Verkehrsanschauung bestimmt.<sup>21</sup>

#### aa) Gewahrsamsbruch durch Nach-Hause-Fahren des Fahrzeugs

T könnte den Gewahrsam des H gebrochen haben, indem er das Fahrzeug einfach behalten hat und mit ihm nach Hause gefahren ist. Dafür müsste auch nach dem Verlassen des Geländes des H der H noch Gewahrsamsinhaber gewesen sein. Problematisch erscheint hieran allerdings, dass in diesem Moment T das Auto nach freiem Belieben kontrollieren kann; unmittelbare Einfluss- und Zugriffsmöglichkeiten des H bestehen nicht, da das GPS-System schon beim Verlassen des Hofes ausgeschaltet ist. Selbst die Möglichkeit der Ortung mittels eingeschalteten GPS-Systems würde allerdings nichts am fehlenden Gewahrsam ändern: Zwar kann das GPS-System dazu dienen, die Sachherrschaft zurückzugewinnen, sie begründet diese aber nicht, solange ein anderer die Sachherrschaft unmittelbar ausübt.<sup>22</sup> Dafür spricht auch, dass eine erneute Herrschaftsausübung des H die Überwindung des T voraussetzen würde, zumal Möglichkeiten des T zur Überlistung des GPS-Systems bestehen dürften. Es leuchtet zudem nicht ein, warum die mögliche Beobachtung des Täterverhaltens mittels GPS Einfluss darauf haben soll, ob noch Gewahrsam des Fahrzeugeigentümers besteht, da schließlich anerkanntermaßen<sup>23</sup> die gewöhnliche Beobachtung weder eine Aufrechterhaltung des Gewahrsams beim alten Gewahrsamsinhaber begründet noch den neuen Gewahrsam beim Täter verhindert. Nach der Verkehrsanschauung ist daher die Sache dem unmittelbaren Herrschaftsbereich des T und nicht mehr des H zugeordnet, sodass es nach dem Verlassen des Geländes des H an einem Mitgewahrsam desselben fehlt. Auf die bloße räumliche Entfernung kommt es jedenfalls bei den bei einer Probefahrt anzunehmenden Entfernungen im Einzelnen nicht an.<sup>24</sup> Eine Wegnahme kommt daher durch das Nach-Hause-Fahren des Fahrzeugs nicht mehr in Betracht.

---

<sup>20</sup> RGSt 48, 58 (59 f.); statt vieler auch *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 87.

<sup>21</sup> BGH NJW 2021, 1545; *Kudlich*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 242 Rn. 18 f.; *Otto*, Strafrecht, Bd. 2, 7. Aufl. 2005, § 40 Rn. 15.

<sup>22</sup> Anders aber *Kretschmer*, in: *AnwaltKommentar StGB*, 3. Aufl. 2020, § 242 Rn. 24; *Vogel/Brodowski*, in: *LK-StGB*, Bd. 13, 13. Aufl. 2023, § 242 Rn. 80 für Frachtfahrzeugfälle.

<sup>23</sup> Zur Unerheblichkeit der Beobachtung für den Gewahrsamswechsel statt aller *Wittig*, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.11.2024, § 242 Rn. 27 m.w.N.

<sup>24</sup> *Kretschmer*, in: *AnwaltKommentar StGB*, 3. Aufl. 2020, § 242 Rn. 24; *Schmitz*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 79; a.A. OLG Köln BeckRS 2010, 12861.

### bb) Gewahrsamsbruch durch Verlassen des Geländes

Durch das Verlassen des Betriebsgeländes hat T den Gewahrsam des H aufgehoben und eigenen, neuen Gewahrsam begründet. Allerdings liegt insoweit ein tatbestandsausschließendes Einverständnis vor; insbesondere konnte dieses nicht unter die Bedingung der späteren Rückgabe des Fahrzeugs gestellt werden, da zur Abgrenzung des Fremdschädigungsdelikts des § 242 Abs. 1 StGB vom Selbstschädigungsdelikt des § 263 Abs. 1 StGB nur im Zeitpunkt des Einverständnisses äußerlich erkennbare Vorgänge Gegenstand einer solchen Bedingung sein können.<sup>25</sup> Eine Wegnahme liegt daher auch nicht durch das Verlassen des Hofes vor.

## 2. Ergebnis

Mangels Wegnahme hat sich T nicht gem. § 242 Abs. 1 StGB wegen Diebstahls strafbar gemacht.

## II. Strafbarkeit des T wegen Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1, 2 StGB

T könnte sich dadurch, dass er mit dem Auto nach Hause gefahren ist, anstatt es zu H zurückzubringen, allerdings wegen veruntreuender Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1, 2 StGB strafbar gemacht haben.

### 1. Objektiver Tatbestand

#### a) Fremde bewegliche Sache

Bei dem Fahrzeug handelte es sich um eine fremde bewegliche Sache.

#### b) Zueignung

Für die Zueignung ist nach überwiegender Auffassung die Manifestation eines Zueignungswillens nach außen hin erforderlich.<sup>26</sup> Teilweise (sog. Enteignungstheorie) wird hingegen eine tatsächlich eintretende faktische Verdrängung des Eigentümers aus seiner Herrschaftsposition verlangt.<sup>27</sup> Jüngst hat auch der BGH in diese Richtung geurteilt,<sup>28</sup> woran aber problematisch ist, dass eine Vollendung des Tatbestands dann nur noch in den seltenen Fällen des Verbrauchs, der Übereignung und der Zerstörung möglich sein wird.<sup>29</sup> Vorzugswürdig ist trotz des Gebots zur restriktiven Auslegung daher ein Festhalten am alten Maßstab, nach dem bereits die Manifestation des Zueignungswillens nach außen ausreicht.

Erforderlich ist daher zunächst ein Zueignungswille des T. Zueignungswille meint Vorsatz bzgl. der vorübergehenden Aneignung und dauerhaften Enteignung des Opfers.

*Hinweis:* Aneignungsabsicht ist hier nach h.M. hingegen nicht erforderlich.<sup>30</sup>

<sup>25</sup> Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 70 ff.; Wessels/Hillenkamp/Schuh, *Strafrecht*, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 126.

<sup>26</sup> Statt vieler Wessels/Hillenkamp/Schuh, *Strafrecht*, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 322.

<sup>27</sup> Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 246 Rn. 12 ff.; Kargl, ZStW 103 (1991), 136.

<sup>28</sup> BGH NJW 2024, 1050 m. Anm. Hoven.

<sup>29</sup> Jäger, JA 2024, 515.

<sup>30</sup> Siehe Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 5 Rn. 18; Tenckhoff, JuS 1980, 727.

T wollte das Auto als sein eigenes weiterverkaufen und sich dieses daher seiner Substanz nach vorübergehend in sein Vermögen einverleiben. Ebenso sollte der Eigentümer H das Auto nicht zurückerhalten, mithin faktisch aus seiner Eigentümerstellung verdrängt werden, sodass der Zueignungswille gegeben ist.

Dieser müsste sich auch nach außen manifestiert haben. Nach der weiten Manifestationstheorie genügen dafür alle Handlungen, die subjektiv von einem Zueignungswillen getragen werden.<sup>31</sup> Daran wird in der Literatur kritisiert, dass allein aufgrund einer inneren Einstellung dann Handlungen pönalisiert werden, wodurch zugleich eine Abgrenzung zwischen Vorbereitung, Versuch und Vollendung unmöglich werde.<sup>32</sup> Nach der engen Manifestationstheorie muss sich daher in der Handlung des Täters aus Sicht eines objektiven Dritten unzweideutig der Zueignungswille manifestieren.<sup>33</sup> Zusätzlich wird überwiegend verlangt, dass durch die Manifestationshandlung eine sachenrechtliche Herrschaftsbeziehung des Täters über die Sache hergestellt wird.<sup>34</sup> Hier kann der Streit jedoch offenbleiben, da spätestens das Behalten des Autos auch von einem objektiven Beobachter nicht anders als als Manifestation eines bestehenden Zueignungswillens verstanden werden kann; eine sachenrechtliche Herrschaftsbeziehung bestand bei der Probefahrt in Form von Besitz bzw. Gewahrsam.<sup>35</sup>

Der Zueignungsbegriff wird von Teilen der Literatur allerdings noch weiter eingeschränkt. So wird vereinzelt Eigenbesitzwille verlangt,<sup>36</sup> wobei dem die Möglichkeit des Handelns für einen Dritten entgegenzuhalten ist (Drittzueignung), bei dem ebenfalls kein Eigenbesitz des Täters besteht. Da T von Beginn an plante, das Auto zu behalten und weiterzuverkaufen, war er auch Eigenbesitzer (§ 872 BGB). Andere verlangen eine objektive Verschlechterung der Zugriffsmöglichkeiten des Eigentümers als eine Art Enteignungserfolg, die die ernsthafte Gefahr des Rechtsverlusts begründen müsse.<sup>37</sup> Hieran dürfte es fehlen, da bereits vor der maßgeblichen Handlung, nämlich dem Nach-Hause-Fahren mit dem Auto, die Zugriffsmöglichkeiten des H stark beeinträchtigt sind. Die Gefahr des Rechtsverlusts besteht bereits zu diesem Zeitpunkt. Allerdings ist die Ursächlichkeit erst der maßgeblichen Handlung für die Gefahr des Rechtsverlusts nicht zu verlangen, sonst würde derjenige begünstigt, der wie hier schon zuvor (äußerlich unerkennbar) solche Absichten verfolgt. Die vereinzelt geforderte eigentümerähnliche Stellung des Täters<sup>38</sup> ist hier anzunehmen, da er, ohne ein übergeordnetes Recht zu akzeptieren, die Herrschaft über den Gegenstand und somit das Ausschluss-Nutzungsrecht (§ 903 BGB) ausübt.

Eine Zueignung liegt somit vor.

*Hinweis:* Durch die (erfolgreiche, siehe unten) Übereignung an V wäre hier allerdings letztlich sogar die Enteignungstheorie erfüllt, da H sogar formal-juristisch sein Eigentum an dem Auto verliert.

<sup>31</sup> In dieser Richtung BGH NJW 1960, 684 (685); BayObLG NJW 1992, 1777 (1778); *Bockelmann*, JZ 1960, 621.

<sup>32</sup> Zutreffend *Duttge/Fahnenschmidt*, ZStW 110 (1998), 884 (907 ff.); zust. auch *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 246 Rn. 11.

<sup>33</sup> So die h.M., siehe BGH NStZ-RR 2006, 377 f.; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 246 Rn. 11; *Wittig*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2024, § 246 Rn. 4 m.w.N.

<sup>34</sup> *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 246 Rn. 11 f.

<sup>35</sup> *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 246 Rn. 10.

<sup>36</sup> *Kindhäuser*, in: FS Gössel, 2002, S. 455 ff.

<sup>37</sup> *Ambos*, GA 2007, 141 f.

<sup>38</sup> *Stoffers*, Jura 1995, 117.

### c) Rechtswidrigkeit der Zueignung

In Ermangelung eines fälligen und durchsetzbaren Anspruchs des T auf den Besitz am Auto ist die Zueignung auch rechtswidrig.<sup>39</sup>

### d) Qualifikation des § 246 Abs. 2 StGB

Die Sache könnte T anvertraut gewesen sein. Anvertraut ist eine Sache, wenn sie dem Täter nur zu bestimmten Zwecken überlassen ist, insbesondere auch nur zu dem Zweck die Sache zurückzugeben.<sup>40</sup> T war das Auto nur zu Zwecken der Probefahrt überlassen; anschließend war er zur Rückgabe verpflichtet. Die Qualifikation des § 246 Abs. 2 StGB ist erfüllt.

Fraglich ist aber, ob ein gesetzeswidriger Zweck, den die Beteiligten verfolgen, einem „Anvertrauen“ im Wege steht, weil dadurch die Verfolgung eines rechtswidrigen Zwecks abgesichert würde.<sup>41</sup> Ein solcher könnte in der Vereinbarung der Probefahrt mit dem nicht verkehrssicheren Fahrzeug liegen. Zu beachten ist aber, dass nicht die Probefahrt die maßgebliche Verpflichtung des T ist, die das Anvertrauen begründet, sondern die vielmehr hiermit korrelierende Rückgabepflicht, die selbst nicht gesetzeswidrig ist. Daher steht dies der Erfüllung des § 246 Abs. 2 StGB nicht im Wege.

## 2. Subjektiver Tatbestand

T handelte vorsätzlich.

## 3. Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

## 4. Ergebnis

T hat sich gem. § 246 Abs. 1, 2 StGB strafbar gemacht.

## III. Strafbarkeit des T wegen Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB

T könnte sich wegen Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zulasten des H strafbar gemacht haben, indem er mit diesem eine Probefahrt vereinbart hat.

### 1. Objektiver Tatbestand

#### a) Täuschung

T hat H durch die Vereinbarung einer Probefahrt konkludent über die innere Tatsache getäuscht, das

<sup>39</sup> Wessels/Hillenkamp/Schuhr, *Strafrecht*, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 330; Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2024, § 246 Rn. 10.

<sup>40</sup> BGH NSTZ-RR 2014, 13; BGH wistra 2013, 387 (389); Küper/Zopfs, *Strafrecht*, Besonderer Teil, 11. Aufl. 2022, Rn. 43 ff.; auf Gewahrsam ohne Nutzungsbefugnis beschränkend Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 246 Rn. 44.

<sup>41</sup> So etwa Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 71. Aufl. 2024, § 246 Rn. 17; nach h.M. liegt allerdings ein Anvertrauen nur nicht vor, wenn die Überlassung den Eigentümerinteressen widerspricht, wie z.B. die Überlassung an einen Dieb, siehe RGSt 40, 222; Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 5 Rn. 62; Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2024, § 246 Rn. 11.1.

Fahrzeug ernstlich zur Probe fahren zu wollen und insbesondere auch wieder zurückzubringen. Schließlich ist das Zurückbringen Teil der Vereinbarung, auch wenn es nicht ausdrücklich als Pflicht benannt wird.

#### b) **Dadurch Irrtum**

Ein Irrtum ist jedenfalls in Form des sachgedanklichen Mitbewusstseins anzunehmen; aufgrund der typischerweise getroffenen Rückgabevereinbarungen dürfte dahingehend aber sogar eine konkrete Vorstellung und damit auch ein konkreter Irrtum vorliegen.

#### c) **Dadurch Vermögensverfügung**

H müsste eine Vermögensverfügung getroffen haben. Dies erfordert eine unmittelbar aufgrund der Handlung des H eintretenden Vermögensminderung.

##### aa) **Vermögensminderung**

Zunächst müsste eine Vermögensminderung überhaupt eintreten. Dies könnte hier durch den Verlust der Sachherrschaft, sowohl Besitz als auch Gewahrsam, über das Auto geschehen sein. Das formal fortbestehende Eigentum des H wird ohne die Möglichkeit, die Befugnisse des § 903 BGB auch auszuüben und insbesondere über das Auto auch noch verfügen zu können, quasi wertlos, da sich der Wert vor allem in der Nutzungsmöglichkeit niederschlägt, die an den Besitz bzw. Gewahrsam geknüpft ist. Eine Vermögensminderung liegt damit durch den Verlust des Gewahrsams grundsätzlich vor.

Allerdings müsste der Gewahrsam bzw. Besitz des H an dem Auto überhaupt Teil des strafrechtlich geschützten Vermögens gewesen sein. Nach dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff der Rechtsprechung ist dies aufgrund der Einordnung als geldwerte Vermögensposition der Fall.<sup>42</sup> Teile der Literatur verlangen nach dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung hingegen, dass nur geldwerte Güter, die von der Rechtsordnung geschützt oder jedenfalls nicht ausdrücklich missbilligt werden, dem strafrechtlich geschützten Vermögen angehören.<sup>43</sup> Grundsätzlich wird dabei – wenig überzeugend – der dem Besitzer zukommende possessorische Besitzschutz (§§ 858 ff. BGB) trotz seiner fehlenden Wertzuweisungsfunktion (die aber beim Vermögensdelikt wesentlich sein muss, da allein das Vermögen dem Wert nach und nicht einzelne Sachen geschützt werden<sup>44</sup>) bereits für ausreichend gehalten.<sup>45</sup> §§ 858 ff. BGB dienen ganz vorrangig dem Rechtsfrieden. H war allerdings wohl auch berechtigter Besitzer und daher auch petitorisch und nach § 823 Abs. 1 BGB geschützt, sodass die Rechtsgüter unter dem Schutz der Rechtsordnung standen. Allerdings wollen Teile der Rechtsprechung und Literatur nach dem Rechtsgedanken des § 817 S. 2 BGB den Schutz versagen, wenn der Berechtigte die Sache zu sittenwidrigen und verbotenen Zwecken einsetzen will,<sup>46</sup> wie es hier aufgrund der geplanten Veräußerung eines nicht verkehrstauglichen Fahrzeugs der Fall ist. Auch dies überzeugt allerdings nicht: Geschützt ist schließlich der Vermögensbestand, der von der vorgesehe-

<sup>42</sup> BGH NStZ-RR 2018, 221 (223); BGH NJW 1975, 1234 (1235); OLG Hamburg NJW 1962, 1407 (1408); *Fahl*, JA 1995, 205.

<sup>43</sup> *Saliger*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 158 m.w.N.

<sup>44</sup> Schließlich ist von der Rechtsordnung dann gerade nicht der Wert, sondern nur die konkrete Rechtsposition geschützt, die aber wiederum für § 263 Abs. 1 StGB als umfassender Vermögensschutz nicht maßgeblich ist.

<sup>45</sup> BGH NStZ 2008, 627; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 13 Rn. 163; *Saliger*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 172 m.w.N.

<sup>46</sup> LG Regensburg NStZ-RR 2005, 312; *Hecker*, JuS 2001, 228 ff.; *Kindhäuser/Wallau*, NStZ 2003, 153 f.

nen Verwendung völlig unabhängig ist.<sup>47</sup> Maßgeblich kann nur sein, ob die Rechtsordnung den Besitz bzw. den Gewahrsam des Autos selbst missbilligt. § 263 StGB trifft keinerlei Aussage über die rechtmäßige Einsetzbarkeit der Sache, sodass der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung auch nicht erfordern kann, entsprechende Zwecke bei der Frage nach dem Schutz des Vermögens nach § 263 Abs. 1 StGB zu berücksichtigen. Da diese Auffassung folglich abzulehnen ist, ist das Auto Teil des strafrechtlich geschützten Vermögens und eine Vermögensminderung tritt ein.

#### bb) Unmittelbarkeit

Unmittelbar ist die Vermögensminderung nur, wenn nicht weitere Zwischenschritte des Täters erst die Vermögensminderung auslösen, also ein geldwertes Gut aus dem Vermögen des H herauslösen.<sup>48</sup> Durch das Merkmal der Unmittelbarkeit wird der Betrug als Selbstschädigungsdelikt von Fremdschädigungsdelikten wie dem Diebstahl abgegrenzt.<sup>49</sup> Wie oben (bei der Wegnahme in § 242 StGB) festgestellt, verliert H seinen Gewahrsam bereits mit dem Verlassen des Hofes durch T, das von seinem Einverständnis allerdings gedeckt war, sodass eine Wegnahme nicht vorliegt. Da T somit für die Herbeiführung der Vermögensminderung über das vom Einverständnis Gedeckte nichts mehr tun muss, stellt sich der Sachverhalt als Selbstschädigung dar und die Unmittelbarkeit der Vermögensminderung ist zu bejahen.

*Hinweis:* Die Anwendung des Unmittelbarkeitskriteriums sollte in der Klausur grundsätzlich immer beim Sachbetrug erfolgen; beim Forderungsbetrug ist die Anwendung dagegen umstritten. Teilweise wird hier – etwa beim Erschleichen eines Blankos, das dann ausgefüllt wird, um so an Geld zu kommen, lediglich auf allgemeine Kriterien der objektiven Zurechnung zurückgegriffen, da auch das Bedürfnis einer Abgrenzung zu § 242 StGB fehle.<sup>50</sup>

#### d) Dadurch Vermögensschaden

Da der Vermögensminderung keine Kompensation gegenübersteht, ist auch ein Vermögensschaden zu bejahen. Dieser wird insbesondere durch bestehende Herausgabe- und Schadensersatzansprüche (insbesondere § 823 Abs. 1 BGB) nicht kompensiert, da diese wegen des erheblichen Durchsetzungsrisikos nicht gleichwertig sind und den Schaden daher nicht vollständig beseitigen.

## 2. Subjektiver Tatbestand

T handelte vorsätzlich und in der Absicht stoffgleicher und rechtswidriger Bereicherung, sodass auch der subjektive Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB erfüllt ist.

## 3. Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte rechtswidrig und schuldhaft.

<sup>47</sup> So auch die h.M.: *Neumann*, JuS 1993, 749; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 13 Rn. 168.

<sup>48</sup> BGH NJW 1960, 1068; BGH NJW 1962, 1211 (1212); *Saliger*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 117.

<sup>49</sup> *Beukelmann*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2024, § 263 Rn. 32; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 13 Rn. 74.

<sup>50</sup> OLG Frankfurt a.M. NJW 2011, 398 (403); *Krell*, NZWiSt 2013, 377; *Stuckenberg*, ZStW 119 (2007), 899 ff.; für Gleichbehandlung dagegen *Saliger*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 263 Rn. 118 m.w.N.

#### 4. Ergebnis

T hat sich gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

#### IV. Konkurrenzen

Die formelle Subsidiarität nach § 246 Abs. 1 StGB a.E. greift im Verhältnis zu § 263 Abs. 1 StGB nicht, da der Betrug und die veruntreuende Unterschlagung das gleiche Strafmaß vorsehen.<sup>51</sup> Allerdings ist die Unterschlagung materiell subsidiär, da bereits § 263 Abs. 1 StGB den Gewahrsamsverlust als Schaden sanktioniert.<sup>52</sup>

*Hinweis:* Auch eine Strafbarkeit des H wegen versuchten Betrugs wäre denkbar, ist nach dem Bearbeitungsvermerk aber nicht zu prüfen. Es würde wohl auch am unmittelbaren Ansetzen fehlen, da das Ergebnis der Probefahrt und der folgenden Verhandlungen durchaus noch wesentliche Zwischenschritte darstellen.

#### 3. Tatkomplex: Verkauf des Autos an V

##### I. Strafbarkeit des T gem. § 263 Abs. 1 StGB durch den Verkauf an V, zulasten und gegenüber V

A könnte sich gem. § 263 Abs. 1 StGB wegen Betrugs gegenüber und zulasten des V strafbar gemacht haben, indem er mit V den Kaufvertrag über das Auto geschlossen hat.

##### 1. Objektiver Tatbestand

###### a) Täuschung über Tatsachen

T müsste über Tatsachen getäuscht haben. In Betracht kommt als Täuschungsgegenstand die Berechtigung zum Verkauf des Autos. Zu berücksichtigen ist zwar, dass ein Kaufvertrag auch über Gegenstände geschlossen werden kann, die (noch) nicht im Eigentum des Verkäufers stehen (Beschaffungsschuld). Allerdings wird gerade bei Stückkäufen von Gebrauchtwagen grundsätzlich nach der Verkehrsanschauung miterklärt sein, dass der jeweilige Anspruch auch erfüllbar und nicht wegen Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) ohnehin faktisch wertlos ist.<sup>53</sup> Sowohl die Leistungsfähigkeit als auch die Leistungsbereitschaft sind grundsätzlich beim Vertragsschluss konkludent miterklärt. Erklärt ist allerdings bei einem Stückkauf mit solch persönlichem Gepräge wie beim Gebrauchtwagenkauf nicht nur die Möglichkeit der Eigentumsübertragung, vielmehr wird vom Verkehr beim Verkauf eines Gebrauchtwagens auch auf die Berechtigung zum Verkauf geschlossen.<sup>54</sup> An dieser fehlt es allerdings, sodass eine konkludente Täuschung über die Tatsache der Berechtigung vorliegt.

<sup>51</sup> Zur generellen Anwendbarkeit der Subsidiaritätsklausel auch in Fällen des Abs. 2 siehe BGH NStZ 2012, 628; statt vieler auch *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 246 Rn. 64.

<sup>52</sup> *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 246 Rn. 33.

<sup>53</sup> Auch wenn freilich Ansprüche aus §§ 275 Abs. 4, 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB bestehen würden, die aber nicht das ursprüngliche Leistungsinteresse des Käufers befriedigen, sondern nur sein Äquivalenzinteresse.

<sup>54</sup> Eine andere Ansicht ist hier vertretbar. Man kann auch annehmen, dass der Verkauf nur die Aussage über die Erfüllungsfähig- und -willigkeit beinhaltet. Dann wäre hier schon inzident zu prüfen, ob T dem N das Fahrzeug nach §§ 929 ff. BGB übereignen kann, sodass im Ergebnis eine Täuschung nicht vorläge. Stattdessen wäre

**b) Dadurch Irrtum**

V müsste einem täuschungsbedingten Irrtum unterlegen sein. Konkrete Gedanken des V zur Berechtigung des T sind zwar nicht ersichtlich. Aufgrund der mit fehlender Berechtigung des Verkäufers einhergehenden juristischen Schwierigkeiten für den Käufer (u.a. Vorwürfen aus §§ 259, 261 StGB) ist allerdings davon auszugehen, dass V jedenfalls annimmt, dass „alles in Ordnung“ ist. Es liegt daher ein Fall des sachgedanklichen Mitbewusstseins vor, den die h.M. als (unterbewussten) Irrtum ausreichen lässt.<sup>55</sup> Hieran mag man zwar kritisieren, dass ein großer Teil der tatbestandsbeschränkenden Funktion verloren geht, wenn man solche Erweiterungen ohne konkrete Vorstellung über eine bestimmte Eigenschaft zulässt. Allerdings werden dennoch zumindest die Fälle der ignorantia facti ausgeschlossen, die bei fehlender konkreter Vorstellung über die betreffende Eigenschaft zumindest dann vorliegen sollen, wenn der Getäuschte an der Information selbst überhaupt kein wirtschaftliches Interesse hat.<sup>56</sup> Bei nur konkludenten Täuschungen wird es regelmäßig an einem konkreten Irrtum in Bezug auf die bestimmte Eigenschaft fehlen, sodass die Einbeziehung derselben die entsprechend weite Auslegung des Irrtums gebietet. Ein Irrtum in Form des ausreichenden sachgedanklichen Mitbewusstseins liegt daher vor.

**c) Dadurch Vermögensverfügung**

Als Vermögensminderung kommen sowohl der Vertragsschluss als eine schadensgleiche Vermögensgefährdung in Betracht, da die zu erwartende Vermögensminderung angesichts der vertraglichen Verpflichtung (Eingehungsbetrug) sowohl der Höhe nach bestimmt als auch höchstwahrscheinlich ist, als auch die spätere Zahlung des Kaufpreises von 8.000 € selbst (möglicher Erfüllungsbetrug). Eine Vermögensverfügung liegt jedenfalls vor.

**d) Dadurch Vermögensschaden**

Der Schaden ergibt sich als negatives Saldo bei einem Vergleich des Vermögens vor und nach der maßgeblichen Verfügung. Durch den Vertragsschluss bzw. die spätere Zahlung ist eine Vermögensminderung i.H.v. 8.000 € eingetreten. Diese könnte jedoch kompensiert sein.

**aa) Zahlung der 8.000 €**

Zunächst könnte die Vermögensminderung durch die Zahlung der 8.000 € durch die tatsächliche Erfüllung des Vertrags kompensiert sein. Dies ist der Fall, wenn V die vertraglich vereinbarte Gegenleistung erhalten, also gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB die Kaufsache dem V übergeben und übereignet worden ist und auch gem. § 433 Abs. 1 S. 2 BGB mangelfrei ist.

Fraglich ist zunächst also, ob V Eigentum an dem Fahrzeug gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 BGB erworben hat. Dies setzt neben der hier erfolgten Einigung und Übergabe die Verfügungsbefugnis des Verfügenden oder einen gutgläubigen Erwerb voraus. Verfügungsbefugt sind der in seiner Verfügungsmacht nicht beschränkte Rechtsinhaber oder der gesetzlich oder rechtsgeschäftlich (§ 185

---

dann allerdings auf die ausdrückliche Täuschung über die Eigentümereigenschaft im Fahrzeugbrief bei der Übergabe abzustellen.

<sup>55</sup> BGH NJW 2012, 1377 (1382 Rn. 69); BGH NSTz 2009, 506 (507); *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 231 ff.; *Satzger*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 263 Rn. 125.

<sup>56</sup> *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 263 Rn. 58; *Saliger*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 98; *Tiedemann*, in: LK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 263 Rn. 87.

Abs. 1 BGB) Ermächtigte.<sup>57</sup> T hat das Auto durch Unterschlagung in seinen Besitz gebracht, sodass hier lediglich ein gutgläubiger Erwerb gem. § 932 Abs. 1 BGB in Betracht kommt. Dieser setzt für Rechtsgeschäfte im Sinne eines Verkehrsgeschäfts neben dem guten Glauben des V in das Eigentum des T (§ 932 Abs. 2 BGB), das angesichts des vorgelegten und als Fälschung wohl nicht erkennbaren Fahrzeugbriefs hier zu bejahen ist, als Rechtsscheinsträger die Besitzverschaffungsmacht des Verfügenden voraus.<sup>58</sup> T war Besitzer der Sache und konnte dem V den Besitz daher einräumen. Der Tatbestand des § 932 Abs. 1 BGB ist erfüllt. Allerdings könnte der Eigentumserwerb gem. § 935 Abs. 1 S. 1 BGB ausgeschlossen sein. Abhandengekommen ist die Sache, wenn der Eigentümer seinen Besitz ohne seinen Willen verloren hat. Dies erscheint hier fraglich, weil H dem T die Möglichkeit einer Probefahrt eingeräumt hat. Denkbar ist jedoch, dass der Probefahrer nur als Besitzdiener gem. § 855 BGB anzusehen ist und erst mit dem abredewidrigen Behalten des Fahrzeugs der Besitzverlust eintritt. Allerdings besteht zwischen dem Probefahrer und dem Eigentümer kein Weisungsverhältnis wie etwa ein Arbeitsvertrag.<sup>59</sup> Auch eine mögliche GPS-Ortung ändert an der zivilrechtlichen Einordnung als Besitzmittlungsverhältnis (§ 868 BGB) nichts. Der Probefahrer wird daher schon durch die Probefahrt Besitzer, sodass ein Abhandenkommen nicht gegeben ist. V erwirbt daher gutgläubig Eigentum, sodass insoweit Erfüllung des Kaufvertrags eintritt und der Schaden kompensiert ist. V ist dem H auch nicht zur Herausgabe (etwa aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB; § 1007 BGB oder § 861 Abs. 1 BGB) oder Schadensersatz (etwa § 823 Abs. 1 BGB, der ebenfalls auf Herausgabe gerichtet wäre) verpflichtet, sodass sich auch unter diesem Gesichtspunkt nichts anderes ergibt.

Teilweise wird allerdings angenommen, auch gutgläubig erworbenes Eigentum stelle einen strafrechtlichen Schaden dar, da es „bemakelt“ sei (sog. Makeltheorie). Schließlich bestünde ein erhebliches Risiko, das Eigentum gegen Angriffe des Voreigentümers im Prozess verteidigen zu müssen.<sup>60</sup> Allerdings handelt es sich hierbei lediglich um ein abstraktes Schadensrisiko, das ebenso wie sittliche Überlegungen einen Schaden noch nicht begründen kann.<sup>61</sup>

Etwas anderes ergibt sich allerdings daraus, dass das Fahrzeug aufgrund eines Unfallschadens objektiv nur 500 € wert ist, was zwischen den Parteien nicht berücksichtigt war. Es verbleibt nach der Erfüllung daher ein Schaden i.H.v. 7.500 €.

#### bb) Durch den Vertragsschluss

Ein Schaden mit Blick auf die vollen 8.000 € könnte sich aus einer Ungleichwertigkeit des Anspruchs auf die Übergabe und Übereignung des Autos bei Vertragsabschluss ergeben. Dass es zur Erfüllung später kommt, ist für den Eingehungsbetrug wegen des Koinzidenzprinzips insoweit unbeachtlich.<sup>62</sup>

Allerdings kann von einer konkreten Vermögensgefährdung dahingehend, dass die Nichterfüllung des Anspruchs überwiegend wahrscheinlich ist, nicht ausgegangen werden. Es besteht vielmehr nur ein geringes Risiko, dass T zwischenzeitlich auf Herausgabe von H in Anspruch genommen wird und daher den Vertrag mit V nicht mehr erfüllen kann. Diese Gefahr erreicht wegen ihrer geringen

<sup>57</sup> Oechsler, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 929 Rn. 44 ff. m.w.N.

<sup>58</sup> Prütting, Sachenrecht, 38. Aufl. 2024, Rn. 425.

<sup>59</sup> BGH NJW 2020, 3711 (3713 Rn. 21 ff.); Fritzsche, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2024, § 855 Rn. 16.

<sup>60</sup> RGSt 73, 61; OLG Hamburg NJW 1956, 392.

<sup>61</sup> BGH NStZ 2013, 37; Cramer, Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, 1968, S. 127 ff.; Schlösser, NStZ 2013, 162 (163); siehe auch Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 111 m.w.N.

<sup>62</sup> Klassiker dieser Fragestellung ist insbes. der Abschluss eines Arbeitsvertrags mit einem weniger qualifizierten Mitarbeiter, der dann gut arbeitet. Ein Erfüllungsbetrug scheidet aus, weil letztlich durch die gute Arbeit der Schaden kompensiert wird; ein Eingehungsbetrug bleibt aber bestehen, weil der Anspruch auf Arbeitsleistung aufgrund der objektiv zu erwartenden schlechteren Arbeit nicht gleichwertig ist.

Wahrscheinlichkeit allerdings nicht das erforderliche Maß für eine konkrete Vermögensgefahr; bloße abstrakte Risiken wie hier sind allerdings für die Annahme eines Schadens nicht ausreichend:<sup>63</sup> Sie wohnen schließlich jedem Geschäft mit einem unredlichen Geschäftspartner inne. Wegen des verfassungsrechtlichen Verschleifungsverbots aus Art. 103 Abs. 2 GG können solche – bei Täuschung nahezu immer gegebenen abstrakten Vermögensrisiken nicht für die Annahme eines Schadens ausreichen, da dadurch dem Erfordernis eines Schadenseintritts seine strafbarkeitsbeschränkende Funktion genommen würde, vielmehr wird dann ausschließlich das Handlungsunrecht pönalisiert.<sup>64</sup> Auch insoweit ergibt sich nur mit Blick auf die Eigenschaft als Unfallfahrzeug ein Vermögensschaden.

## 2. Subjektiver Tatbestand

T müsste mit Blick auf den objektiven Tatbestand vorsätzlich gehandelt haben (§ 15 StGB). Da T jedoch von der Eigenschaft als Unfallwagen nichts weiß, fehlt es ihm am Vorsatz bzgl. der den Schaden letztlich begründenden Umstände, sodass der Vorsatz letztlich zu verneinen ist.

## 3. Ergebnis

T hat sich nicht gem. § 263 Abs. 1 StGB durch den Vertragsschluss strafbar gemacht. Für eine Vorstellung des T, es werde ein Schaden beim V eintreten, gibt es keine Anhaltspunkte, sodass auch ein versuchter Betrug (§§ 263 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB) nicht vorliegt.

## II. Strafbarkeit des T gem. § 263 Abs. 1 StGB durch Lieferung/Annahme des Kaufpreises

Auch durch die ausdrückliche Täuschung über seine Eigentümerstellung an dem Auto durch Vorlage des Fahrzeugbriefs hat sich T mangels Schadens nicht gem. § 263 Abs. 1 StGB wegen Betrugs strafbar gemacht.

## III. Strafbarkeit des T gem. § 246 Abs. 1 StGB durch Verkauf/Übereignung an N

Sowohl durch den Verkauf als auch die Übereignung könnte sich T gem. § 246 Abs. 1 StGB wegen Unterschlagung strafbar gemacht haben.

### 1. Objektiver Tatbestand

Bei dem Auto handelte es sich um eine fremde bewegliche Sache.

Diese müsste sich T durch die Manifestation eines Zueignungswillens zugeeignet haben. Problematisch erscheint hier indessen, dass die Sache bereits Gegenstand einer Zueignung gem. § 246 Abs. 1 StGB war, als T das Auto nicht zu H zurückgebracht hat, sondern stattdessen zu sich nach Hause gefahren ist (sog. wiederholte Zueignung). Nach einer Auffassung (sog. Konkurrenzlösung) soll dennoch auch hier eine erneute Zueignung vorliegen, die lediglich im Rahmen der Konkurrenzen als mitbestrafte Nachtat zurücktritt.<sup>65</sup> Dafür wird insbesondere angeführt, dass hierdurch die Bestrafung

<sup>63</sup> BVerfG NJW 2012, 907 (915); BGH NJW 1966, 1975 (1976); a.A. mit Blick auf den Erwerb vom Nichtberechtigten Traub, NJW 1956, 451.

<sup>64</sup> BVerfG NJW 2012, 907 (915); BVerfG NJW 2010, 3209 (3215 Rn. 113) zur Untreue; Saliger, in: FS Samson, 2010, S. 455 (479 f.).

<sup>65</sup> Bockelmann, JZ 1960, 621; Mitsch, ZStW 111 (1999), 65 (92); Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 341 ff.

von Teilnehmern ermöglicht werde. Gegen die Annahme einer erneuten tatbestandsmäßigen Zueignung spricht allerdings die zu befürchtende Umgehung der Verjährungsregeln (§ 78a StGB).<sup>66</sup> Zudem führt die mögliche Teilnehmerstrafbarkeit zu Verwerfungen mit den Anschlussdelikten (v.a. §§ 259, 261 StGB).<sup>67</sup> Die sog. Tatbestandslösung<sup>68</sup> nimmt daher an, dass sich der Zueignungswille in der ersten erfolgten Zueignung erschöpft und daher kein weiteres Mal betätigt werden kann.<sup>69</sup> Eine Ausnahme wird teilweise wegen des zusätzlichen Unrechts und des eigenständigen Sinngehalts gemacht, wenn sich die Zweitueignung auf eine andere Person bezieht, also Drittzueignung ist.<sup>70</sup> Hier soll zwar dem V das Auto übereignet und damit der Substanz nach zugeeignet werden. Allerdings geht es dennoch um einen bei T eintretenden wirtschaftlichen Vorteil, der bereits in der ersten Zueignung mit angelegt ist. Vorrangig ist der hier in Bezug auf den wirtschaftlichen Wert (bzw. Kaufpreis) anzunehmende Selbstzueignungswille. Daher überzeugt der Erschöpfungsgedanke hier in gleicher Weise, weil vom ursprünglichen Zueignungswillen das spätere Verhalten bereits mitumfasst war. Eine Zueignung liegt nach der vorzugswürdigen Tatbestandslösung nicht vor.

## 2. Ergebnis

T hat sich nicht gem. § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

### Gesamtergebnis

A und T haben sich daher jeweils gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

---

<sup>66</sup> Kudlich, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 246 Rn. 20.

<sup>67</sup> Hohmann, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 246 Rn. 43; Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 19. Aufl. 2024, Rn. 246.

<sup>68</sup> BGH NStZ-RR 2017, 211 (212); BGH NStZ 2022, 611 (612); Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 246 Rn. 7 m.w.N.

<sup>69</sup> In dieser Richtung Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 5 Rn. 54.

<sup>70</sup> Duttge/Sotelsek, Jura 2002, 526 (531); mit überzeugenden Argumenten dagegen Murmann, NStZ 1999, 14 (15); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 5 Rn. 55 ff., die darauf hinweisen, dass jedenfalls die Enteignungskomponente auch hier fehlen dürfte.

## Entscheidungsbesprechung

BGH, Urt. v. 20.8.2024 – 5 StR 326/23<sup>1</sup>

### Zur Strafbarkeit einer in einem nationalsozialistischen Konzentrationslager beschäftigten Zivilangestellten – Zur Beihilfe durch „Organisationstätigkeit“

1. Die Grundsätze [der Beihilfestrafbarkeit] gelten auch dann, wenn die strafrechtliche Bewertung von Handlungen in Rede steht, die im Rahmen von oder im Zusammenhang mit staatlich organisierten Massenverbrechen vorgenommen werden (Rn. 29).
2. Unerheblich für die Bewertung der Beihilfestrafbarkeit ist, dass die festgestellte Schreibtisch-tätigkeit keinen direkten Bezug zu den Mordtaten gehabt hat. Auch wenn Lagerbefehle oder die Beschaffung von Material für die Tötung mit Zyklon B nicht einzelnen von der Angeklagten erstellten Schriftstücken zugeordnet werden konnte, musste sich die Strafkammer angesichts des Umstands, dass die Angeklagte den Großteil der dienstlichen Korrespondenz des Lagerkommandanten bearbeitete, nicht mit der bloß theoretischen Möglichkeit befassen, dass sie kein einziges der einen solchen Bezug zu den Mordtaten aufweisenden Schriftstücke bearbeitet haben könnte. Insoweit entsprach die Beweislage derjenigen in Fällen der – zulässigen – Verurteilung aufgrund wahldeutiger Tatsachengrundlage (Rn. 34).
3. Eine strafbare Beihilfe i.S.d. § 27 StGB kann „grundsätzlich auch durch äußerlich neutrale, berufstypische Handlungen“ verwirklicht werden (Rn. 40).
4. Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag in jedem Fall als Beihilfehandlung zu werten. In diesem Fall verliert sein Tun stets den „Alltagscharakter“, es ist als „Solidarisierung“ mit dem Täter nicht mehr als sozialadäquat anzusehen (Rn.42).

(Leitsätze der Verf.)

StGB §§ 27, 211

RiOLG Prof. Dr. Janique Brüning, Kiel\*

### I. Einleitung

Nachdem sich die deutsche Justiz beharrlich weigerte, die während der Zeit des Nationalsozialismus begangenen Verbrechen überhaupt bzw. angemessen aufzuarbeiten, hatte der BGH nun erneut die Gelegenheit, sich zur Strafbarkeit von Handlungen im Rahmen oder im Zusammenhang mit staatlich organisierten Massenverbrechen zu äußern. Das hier zu besprechende Urteil steht in einer Reihe mit

\* Janique Brüning ist Inhaberin der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Sanktionenrecht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und Richterin am Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht.

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=4096&Seite=40&nr=139138&anz=1239&pos=1216> sowie veröffentlicht u.a. in BeckRS 2024, 20950.

dem Beschluss des 3. *Strafsenats* im Fall Oskar Gröning<sup>2</sup> aus dem Jahr 2016, in der erstmals seit langer Zeit wieder höchstrichterlich die Strafbarkeit eines SS-Wachmanns, der im Vernichtungslager Auschwitz seinen Dienst versah, wegen Beihilfe zum Mord rechtskräftig bejaht wurde.

Um es vorwegzunehmen: Das vorliegende Urteil ist sowohl im Ergebnis als auch ganz überwiegend in der Begründung überzeugend.

Die bereits an anderer Stelle ausführlich beschriebene „beschämende Geschichte“<sup>3</sup> der juristischen Aufarbeitung<sup>4</sup> der NS-Verbrechen hängt eng mit den gesellschaftlichen Strukturen und Grundeinstellungen der Nachkriegszeit zusammen, die von einer kollektiven Verdrängung bis hin zur bewussten Verweigerung der Übernahme von Verantwortung für die Verbrechen durch die Nationalsozialisten geprägt waren. Dieses von *Ralph Giordano* als „zweite Schuld“<sup>5</sup> bezeichnete Phänomen begünstigte die Reintegration von NS-Tätern sowie NS-Mitläufern in institutionell wichtige Positionen. Die Folge war, dass die nationalsozialistische Ideologie durch personelle Kontinuitäten auch in der Nachkriegsjustiz tief verwurzelt blieb. Wie wenig sich die Nachkriegsjustiz von ihrer NS-Vergangenheit distanzierte, zeigt exemplarisch der Fall *Hermann Weinkauff*.<sup>6</sup> *Weinkauff* war von 1949 bis 1960 Präsident des Bundesgerichtshofs und zuvor von 1935 bis 1945 Richter am Reichsgericht. Diese bruchlose Karriere ist schon bedenklich. Besonders befremdlich erscheint jedoch, dass er trotz seiner nationalsozialistischen Vergangenheit vom Institut für Zeitgeschichte mit der Gesamtleitung des mehrbändigen Werkes „Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus“ betraut wurde. In einer Festrede zum 75-jährigen Bestehen des Reichsgerichts zeigte *Weinkauff* zudem keinerlei Bereitschaft, die eigene NS-Vergangenheit kritisch zu reflektieren. Im Ergebnis plädierte er – vielleicht wenig überraschend – dafür, die NS-Vergangenheit ruhen zu lassen.

„Nichts aber wäre falscher und ungerechter, als dem heute in der Haltung eines billigen Pharisäismus gegenüberzutreten. Hier gilt vielmehr das Wort: Wer unter euch ohne Sünde ist, der werfe den ersten Stein auf sie.“<sup>7</sup>

Weder sind Personen, die selbst in der NS-Justiz tätig waren, geeignet, das nationalsozialistische Justizsystem kritisch zu beleuchten, noch können sie mit der erforderlichen Distanz über im Nationalsozialismus begangene Verbrechen urteilen. So ist es nicht verwunderlich, dass die anfängliche Aufarbeitung der NS-Verbrechen durch die deutsche Justiz scheiterte.

Umso erfreulicher ist es, dass der BGH erneut die Gelegenheit bekam, sich mit den Verbrechen des NS-Regimes auseinanderzusetzen und somit eine kritische Neubewertung bzw. Korrektur früherer Entscheidungen vornehmen konnte. Vor allem die Korrektur und die Abgrenzung von früheren verfehlten Entscheidungen fällt im vorliegenden Urteil des 5. *Strafsenats* deutlicher aus als noch im erwähnten Beschluss des 3. *Strafsenats*.

Angesichts der Tatsache, dass Täter und Zeugen nationalsozialistischer Verbrechen in naher Zukunft nicht mehr am Leben sein werden – die Angeklagte war zum Zeitpunkt der Rechtskraft des

<sup>2</sup> BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16 = BeckRS 2016, 108526.

<sup>3</sup> *Weißer*, GA 2019, 244.

<sup>4</sup> *Brüning*, ZJS 2018, 285 (286 ff.); *Burghardt*, ZIS 2019, 21 (34 f.).

<sup>5</sup> *Giordano*, Die zweite Schuld oder Von der Last Deutscher zu sein, 1987; siehe dazu auch *Burghardt*, ZIS 2019, 21 (34 f.).

<sup>6</sup> Dazu *Glienke*, Zeitgeschichte-online v. 1.12.2012, abrufbar unter <https://zeitgeschichte-online.de/themen/der-dolch-unter-der-richterrobe> (19.1.2025).

<sup>7</sup> *Weinkauff*, DRiZ 1954, 251 (252).

Urteils bereits 99 Jahre alt –, wird das hier zu besprechende Urteil des BGH wohl das letzte sein, in dem die Verbrechen durch das NS-Unrechtsregime höchstrichterlich aufgearbeitet werden.

Während es im Fall Oskar Gröning um die Strafbarkeit eines SS-Wachmanns wegen Handlungen im Zusammenhang mit der staatlich organisierten Tötungsmaschinerie im Vernichtungslager Auschwitz ging, betrifft der vorliegende Fall Ingrid Furchner die strafrechtliche Bewertung der Tätigkeit einer Sekretärin des Kommandanten des Konzentrationslagers Stutthof.

Im Kern geht es um die Frage, ob die Tätigkeit einer Zivilangestellten anders zu bewerten ist als die eines Wachmanns und – man mag es kaum aussprechen, geschweige denn schreiben – ob es einen Unterschied machen kann, dass die menschenverachtenden Morde in einem Konzentrationslager und nicht in einem Vernichtungslager begangen wurden. Es stellt sich also die Frage, ob die Anforderungen an die Voraussetzungen der physischen und psychischen Beihilfe je nach beruflicher Stellung des oder der Angeklagten bzw. nach der Art des Lagers, in dem die Morde begangen wurden, unterschiedlich sind.

## II. Sachverhalt<sup>8</sup>

Das in der Nähe von Danzig liegende Konzentrationslager Stutthof, ursprünglich 1939 als Gefangenenlager gegründet und 1942 in ein Konzentrationslager umgewandelt, war integraler Bestandteil des nationalsozialistischen KZ-Systems. Dieses System diente sowohl der maximalen Ausbeutung von Arbeitskräften als auch der systematischen Vernichtung von Menschen, die als „unwert“ galten. Zu Beginn lag der Fokus auf der Zwangsarbeit, bei der die Gefangenen bis zur Erschöpfung eingesetzt wurden, was bereits zu zahlreichen Todesfällen führte. Ab 1944 verschlechterten sich die Bedingungen drastisch, da immer mehr arbeitsunfähige Häftlinge im Lager verblieben. Diese Entwicklung führte zu einer katastrophalen Überbelegung und extrem lebensfeindlichen Verhältnissen.

Die Gefangenen litten unter permanentem Hunger und Durst, verursacht durch die unzureichende Versorgung mit Nahrung und Wasser. Dies führte zu schwerwiegenden gesundheitlichen Folgen wie extremem Gewichtsverlust, Unterernährung und Austrocknung. Hygienische Mindeststandards wurden nicht eingehalten, was die Ausbreitung von Krankheiten begünstigte. Darüber hinaus waren die Gefangenen den Wetterbedingungen nahezu ungeschützt ausgesetzt, was insbesondere im Winter zu Erfrierungen, Erkältungen und zahlreichen Todesfällen führte. Zusätzliche Belastungen wie langes Appellstehen und unzureichende Kleidung verstärkten das Leiden der Inhaftierten.

Im Herbst 1944 begann eine Phase gezielter Massentötungen im Lager Stutthof. Mindestens 1.000 arbeitsunfähige Häftlinge wurden mit Zyklon B vergast. Zusätzlich wurden sog. Todesmärsche organisiert, bei denen viele Gefangene durch Hunger, Kälte und Erschöpfung ums Leben kamen. Insgesamt starben mindestens 9.500 Menschen aufgrund der Haftbedingungen und der gezielten Tötungsaktionen.

Die Angeklagte war von Juni 1943 bis April 1945 als Stenotypistin im Kommandaturstab des Konzentrationslagers Stutthof beschäftigt. Sie arbeitete im Geschäftszimmer der Abteilung I und war eng in die administrativen Abläufe eingebunden. Ihre Aufgaben umfassten die stenografische Aufnahme und maschinenschriftliche Ausfertigung dienstlicher Korrespondenz, die zentrale Bedeutung für die Organisation und Durchführung der Verbrechen hatte. Besonders hervorzuheben ist ihre Beteiligung an der Erstellung und Weiterleitung von Kommandanturbefehlen, die den Lagerbetrieb sowie die systematischen Tötungen strukturierten.

---

<sup>8</sup> Mit Blick auf die zeitgeschichtliche Relevanz lesenswert sind auch die Sachverhaltsfeststellungen des LG Itzehoe, Urt. v. 20.12.2022 – 3 KLS 315 Js 15865/16 jug. = BeckRS 2022, 48887 Rn. 31 ff., die die menschenverachtenden Verhältnisse im Konzentrationslager detailliert mit all ihren Grausamkeiten schildern.

Das LG Itzehoe stellte fest, dass die Angeklagte aufgrund ihrer Tätigkeit Kenntnis von den menschenverachtenden Bedingungen und Vorgängen im Lager hatte. Die von ihr bearbeitete Korrespondenz dokumentierte die planmäßige Vernichtung von Häftlingen und war integraler Bestandteil der organisatorischen Umsetzung dieser Verbrechen.

„Das Landgericht hat die Angeklagte wegen Beihilfe zum Mord in 10.505 Fällen und zum versuchten Mord in fünf Fällen zu einer Jugendstrafe von zwei Jahren verurteilt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Dagegen wendet sich die Beschwerdeführerin mit ihrer auf die ausgeführte Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten Revision.“<sup>9</sup>

### III. Einführung in die Problematik

#### 1. Die Beihilfe gem. § 27 StGB

Im vorliegenden Fall geht es um die Frage, welche Anforderungen an die Beihilfestrafbarkeit zu stellen sind, wenn es um die Bewertung von Verhaltensweisen geht, die ihrem äußeren Anschein nach Alltagstätigkeiten – hier Schreibtischtätigkeiten – sind und damit keinen direkten Bezug zu den in den Lagern begangenen Morden aufweisen. Problematisch ist dabei, wie mit dem Umstand rechtlich umzugehen ist, dass die Einzeltaten nicht mehr rekonstruierbar sind und man die Schreibtischtätigkeit nicht einzelnen Mordtaten zuordnen kann, erst recht nicht 80 Jahre nach dem Tatgeschehen.

Nach § 27 StGB wird als Gehilfe bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat.<sup>10</sup>

Grundsätzlich wird die Prüfung wegen einer Beihilfestrafbarkeit nach § 27 StGB wie folgt aufgebaut:

#### I. Tatbestand

##### 1. Objektiver Tatbestand

- a) Vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat
- b) Hilfeleisten
- c) Verknüpfung zwischen Hilfeleistung und Haupttat  
Problem: Kausalität oder bloße Förderung

##### 2. Subjektiver Tatbestand

Problem: Konkretisierung von Haupttat und Haupttäter

#### II. Rechtswidrigkeit

#### III. Schuld

Voraussetzung für die Teilnahmestrafbarkeit wegen Beihilfe gem. § 27 StGB ist das Vorliegen einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat. Man spricht von einer limitierten Akzessorietät, da die Haupttat vorsätzlich und rechtswidrig, nicht aber schuldhaft sein muss.<sup>11</sup>

In Bezug auf die in Betracht kommenden Mittel der Hilfeleistung unterscheidet man zwischen

<sup>9</sup> BGH BeckRS 2024, 20950 Rn. 1.

<sup>10</sup> Siehe hierzu bereits, die weitgehend wortgleichen Ausführungen zur Beihilfe gem. § 27 StGB in Brüning, ZJS 2018, 285 (286 ff.).

<sup>11</sup> Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, Vor §§ 26–31 Rn. 27.

physischer und psychischer Beihilfe.<sup>12</sup> Unter physischer Beihilfe wird die Beihilfe durch Tat verstanden, d.h. hierbei handelt es sich um Mittel, die sich unmittelbar auf den äußeren Ablauf der Tat auswirken.<sup>13</sup> Die zweite Form der Beihilfehandlung – die psychische Beihilfe – zeichnet sich dadurch aus, dass sie nur über die Psyche des Haupttäters wirksam wird. Innerhalb der psychisch vermittelten Tatbeiträge ist wiederum zwischen der kognitiven Beihilfe durch technischen Rat und der voluntativen Beihilfe durch Bestärkung des Tatentschlusses zu unterscheiden.<sup>14</sup> Im Rahmen dieser voluntativen Beihilfe genügt es, wenn der Gehilfe bestärkend auf den bereits unbedingt zur Haupttat entschlossenen Täter einwirkt.<sup>15</sup>

Über die Frage, welche Anforderungen an die Verknüpfung zwischen Beihilfehandlung und Haupttat zu stellen sind, besteht in Rechtsprechung und Literatur keine Einigkeit.

Die überwiegende Ansicht im Schrifttum verlangt, dass zwischen Gehilfenhandlung und Haupttat Kausalität im Sinne der Äquivalenztheorie vorliegt. Ausreichend ist dabei eine Mitursächlichkeit dergestalt, dass der Tatbeitrag des Gehilfen die in der Haupttat liegende Rechtsgutsverletzung ermöglicht oder verstärkt hat. Man spricht von sog. Zufluss- oder Verstärkungskausalität.<sup>16</sup>

Die Rechtsprechung verlangt hingegen, dass die Beihilfehandlung die Herbeiführung des Taterfolges durch den Haupttäter objektiv fördert oder erleichtert, ohne dass sie für den Erfolg selbst ursächlich sein muss.<sup>17</sup>

Es ließe sich die These vertreten, dass sich die Ansichten faktisch nicht unterscheiden.<sup>18</sup> Denn wenn die Rechtsprechung eine Förderung verlangt, so setzt dies notwendigerweise eine Mitursächlichkeit des Gehilfenbeitrags voraus.<sup>19</sup> Verzichtete man auf die Feststellung der Kausalität, so würde man die Kausalität durch ein Risikourteil ersetzen, die Beihilfe faktisch zum Gefährdungsdelikt degradieren und die Strafbarkeit zu weit ausdehnen. Letztlich kreist der Streit um die Frage, wie stark die Anforderungen an die Kausalität zu stellen sind.<sup>20</sup>

Der subjektive Tatbestand verlangt den sog. doppelten Gehilfenvorsatz.<sup>21</sup> Der Vorsatz des Gehilfen muss sich zunächst auf das Vorliegen der vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat richten. Im Zusammenhang mit der El Motassadeq-Entscheidung<sup>22</sup> hat der BGH klargestellt, dass der Gehilfe keine bestimmten Vorstellungen von den Einzelheiten der Haupttat haben müsse. Insbesondere müsse er keine Kenntnis der Unrechtsdimension der Haupttat haben. Darüber hinaus muss der Gehilfe Vorsatz in Bezug auf den Gehilfenbeitrag gehabt haben.

Angesichts der Tatsache, dass die Schreibtischtätigkeit der Angeklagten keinen unmittelbaren Bezug zu den Morden aufwies, stellt sich ferner die Frage, unter welchen Voraussetzungen berufs-

<sup>12</sup> Hier auch *Brüning/Hädrich*, ZJS 2019, 429 (432); *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 1322; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 45 Rn. 84.

<sup>13</sup> *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 224.

<sup>14</sup> *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 27 Rn. 11.

<sup>15</sup> *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 197.

<sup>16</sup> *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 185; *Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, Rn. 33.

<sup>17</sup> RGSt 6, 169 (170); BGH NSTz 1983, 462; BGH NSTz 2007, 230 (232).

<sup>18</sup> *Geppert*, Jura 1999, 266 (268); *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 27 Rn. 14b.

<sup>19</sup> *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 27 Rn. 14a; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 187.

<sup>20</sup> *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 27 Rn. 14b.

<sup>21</sup> *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 241; *Gaede*, JA 2007, 757 (761); *Geppert*, Jura 1999, 266 (273).

<sup>22</sup> BGHSt 51, 144.

typisch-alltägliche Handlungen eine Beihilfehandlung i.S.d. § 27 StGB darstellen können.<sup>23</sup>

Die Rechtsprechung beantwortet die Frage, ob ein berufstypisches Verhalten eine Beihilfestrafbarkeit begründet, auf der Basis eines von *Roxin* entwickelten Lösungsansatzes, der das objektive Kriterium des deliktischen Sinnbezuges mit subjektiven Kriterien kombiniert.<sup>24</sup> Nach der Lehre vom deliktischen Sinnbezug kann eine Strafbarkeit des Gehilfen nur dann angenommen werden, wenn der berufstypische Tatbeitrag einen deliktischen Sinnbezug aufweist.<sup>25</sup> An einem solchen fehlt es, wenn sich der fördernde Beitrag auf eine legale Handlung bezieht, die für sich genommen für den Täter sinnvoll und nützlich ist, die der Täter aber gleichzeitig für ein deliktisches Verhalten nutzt. Umgekehrt ist ein deliktischer Sinnbezug aber gegeben, wenn die unmittelbar geförderte Handlung als solche legal ist, aber der einzige Zweck ihrer Vornahme für den Täter in der Ermöglichung einer Straftat besteht und der Gehilfe dies erkennt. Maßgeblich ist also, ob der unterstützende Beitrag ohne die Haupttat für den Täter objektiv keinen Sinn mehr hat.

Auf dieser Grundlage ist eine Strafbarkeit immer dann anzunehmen, wenn der Gehilfe weiß, dass er ein strafrechtlich relevantes Handeln des Haupttäters unterstützt und der Tatbeitrag einen deliktischen Sinnbezug aufweist. Fehlt es am deliktischen Sinnbezug, dann liegt trotz des sicheren Wissens um das deliktische Handeln des Vordermanns keine strafbare Beihilfe vor. Die strafbare Beihilfe entfällt darüber hinaus, wenn der Tatbeitrag zwar einen deliktischen Sinnbezug aufweist, der Beitragende es aber lediglich für möglich hält (*dolus eventualis*), dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird.<sup>26</sup>

## 2. Das Divergenzvorlageverfahren gem. § 132 Abs. 2, Abs. 3 GVG

Auch wenn es in dem konkreten Verfahren nicht angewendet wurde, spielt das sog. Divergenzvorlageverfahren gem. § 132 Abs. 2, Abs. 3 GVG für die Besprechung des Urteils eine kleine Rolle, und soll hier daher kurz skizziert werden.

Das Divergenzvorlageverfahren nach § 132 GVG dient der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen.<sup>27</sup> Es wird gem. § 132 Abs. 2 S. 1 GVG eingeleitet, wenn ein Strafsenat in einer für die Entscheidung des konkreten Falles erheblichen Rechtsfrage von der Rechtsauffassung eines anderen Strafsenats, des Großen Senats für Strafsachen oder der Vereinigten Großen Senate abweichen will. Vor einer endgültigen Vorlage ist zunächst ein Anfrageverfahren gem. § 132 Abs. 3 GVG durchzuführen. Hierzu erlässt der abweichende Strafsenat einen Anfragebeschluss, in dem er den Strafsenat, dessen Entscheidung er in Frage stellen will, um eine Stellungnahme zu seiner bisherigen Rechtsprechung bittet.<sup>28</sup> Hält der angefragte Strafsenat an seiner Auffassung fest und besteht damit die Divergenz fort, entsteht die Vorlagepflicht an den Großen Senat für Strafsachen, um eine abweichende Entscheidung des abweichungswilligen Strafsenats zu verhindern und die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu wahren.<sup>29</sup> In diesem Fall erlässt der abweichende Strafsenat einen Vorlagebeschluss, der die zu klärende Rechtsfrage genau bezeichnet und ausführlich begründet. Der Große Senat für Strafsachen entscheidet sodann über die vorgelegte Frage durch

<sup>23</sup> Dazu bereits *Brüning*, ZJS 2021, 119 (121).

<sup>24</sup> BGH BeckRS 2014, 3755.

<sup>25</sup> *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 221 ff.

<sup>26</sup> Zum Ganzen auch *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 45 Rn. 101 ff.

<sup>27</sup> *Cierniak/Pohlit*, in: MüKo-StPO, Bd. 4, 2. Aufl. 2025, GVG § 132 Rn. 6.

<sup>28</sup> *Cierniak/Pohlit*, in: MüKo-StPO, Bd. 4, 2. Aufl. 2025, GVG § 132 Rn. 18.

<sup>29</sup> *Cierniak/Pohlit*, in: MüKo-StPO, Bd. 4, 2. Aufl. 2025, GVG § 132 Rn. 6, 19 f.

Beschluss, ohne an die bisherige Auffassung der beteiligten Strafsenate gebunden zu sein.<sup>30</sup> Die Entscheidung ist gem. § 138 Abs. 1 S. 3 GVG für den vorliegenden Strafsenat im konkreten Fall bindend. Sie entfaltet zugleich faktische Signalwirkung für alle Strafsenate des BGH, die sich in vergleichbaren Fällen zur Vermeidung von Rechtsprechungswidersprüchen in der Regel dieser Entscheidung anschließen. Nach der klarstellenden Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen führt der vorliegende Strafsenat das Ausgangsverfahren unter Beachtung der nunmehr feststehenden Rechtsauffassung fort.

#### IV. Die Entscheidung

Der BGH stimmt der Vorinstanz zu, die zu einer Verurteilung wegen Beihilfe zum Mord gekommen war.

Zunächst klärt das Gericht, zu welcher Haupttat die Angeklagte Hilfe geleistet hat, und rekurriert insoweit auf die nach Ansicht des BGH rechtsfehlerfrei festgestellte Haupttat durch das LG Itzehoe. Das Instanzgericht stellte auf das folgende reale Geschehen als Bezugspunkt für die Haupttat ab.

„10.505 vollendete und fünf versuchte grausame Morde, davon 9.500 vollendete Morde und ein versuchter Mord durch das Schaffen und Aufrechterhalten lebensfeindlicher Zustände im Lager Stutthof, fünf vollendete Morde und ein versuchter Mord durch sogenannte Vernichtungstransporte nach Auschwitz-Birkenau, wo die Gefangenen in fünf Fällen durch Zyklon B getötet wurden und eine weitere Gefangene nach der Vorstellung der Lagerleitung in Stutthof getötet werden sollte, 1.000 Morde durch Vergiftung mit Zyklon B im Lager in Stutthof und drei versuchte Morde durch sogenannte Todesmärsche.“<sup>31</sup>

Nach Ansicht des LG Itzehoe waren „Täter der Haupttaten [...] – entsprechend gefestigter Rechtsprechung – sowohl die befehlgebenden Hintermänner, allen voran H1. H2. und A2. H5., als auch diejenigen, die den Betrieb des Konzentrationslagers mit den dort herrschenden Lebensbedingungen und der Durchführung von Tötungsaktionen aufrecht hielten – hier in erster Linie H. und M. – bis hin zu denjenigen, die unmittelbar die Tötungshandlungen durchführten, wie beispielsweise die zum ‚Desinfektor‘ ausgebildeten Sanitätsdienstgrade A. und K., wenn sie das Zyklon B in die Gaskammer oder den Eisenbahnwaggons einleiteten.“<sup>32</sup>

Der 5. Strafsenat äußert sich zum Täterkreis dagegen zurückhaltender:

„Die Haupttäter waren hier jedenfalls der den Betrieb des Konzentrationslagers bestimmende Lagerkommandant und sein Adjutant sowie die ihnen unterstehenden SS-Männer, die unmittelbar die Tötungshandlungen durchführten.“<sup>33</sup>

Irrelevant sei zudem, dass der „Lagerkommandant in dem gegen ihn geführten Strafverfahren vor dem Landgericht Bochum im Jahr 1957 lediglich wegen ‚Beihilfe zu einem Mord, begangen an mehreren hundert Menschen‘ verurteilt worden“ sei.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> Cierniak/Pohlitz, in: MüKo-StPO, Bd. 4, 2. Aufl. 2025, GVG § 138 Rn. 2 ff.

<sup>31</sup> BGH BeckRS 2024, 20950 Rn. 24.

<sup>32</sup> LG Itzehoe BeckRS 2022, 48887 Rn. 327.

<sup>33</sup> BGH BeckRS 2024, 20950 Rn. 24.

<sup>34</sup> BGH BeckRS 2024, 20950 Rn. 26.

Bei der Beurteilung der Frage, ob die Angeklagte Hilfe i.S.d. § 27 StGB geleistet hat, knüpft der 5. Strafsenat an bekannte Maßstäbe an.

„Hilfe im Sinne von § 27 StGB leistet [...] derjenige, der eine Handlung begeht, welche die Herbeiführung des Taterfolgs durch den Haupttäter objektiv fördert oder erleichtert. Es ist nicht erforderlich, dass sie für den Eintritt dieses Erfolgs in seinem konkreten Gepräge in irgendeiner Weise kausal wird [...]. In zeitlicher Hinsicht kann Beihilfe schon im Vorbereitungsstadium der Tat geleistet werden, und zwar selbst zu einem Zeitpunkt, in dem der Haupttäter zur Tatbegehung noch nicht entschlossen ist; auch noch nach Vollendung der Tat bis zu deren Beendigung ist sie möglich [...]. Als physische Beihilfe kommt jede Art von Tätigkeit in Frage, die nicht ihrerseits Täterschaft ist, ohne dass es auf deren Gewicht im Verhältnis zur Haupttat ankommt [...]. In der Form der sogenannten psychischen Beihilfe kann die Tat auch dadurch objektiv gefördert werden, dass der Haupttäter ausdrücklich oder auch nur konkludent in seinem Willen zur Tatbegehung – sei es auch bereits in seinem Tatentschluss – bestärkt wird.“<sup>35</sup>

Bei der Bewertung, ob die Tatbeiträge der Angeklagten „Tathandlung zumindest eines der an dem Mord täterschaftlich Mitwirkenden im Sinne des § 27 Abs. 1 StGB gefördert haben“<sup>36</sup>, müssten aber die besonderen Umstände des „systematischen Völkermord[s] an den europäischen Juden durch das nationalsozialistische Deutschland“<sup>37</sup> mit in den Blick genommen werden. Insoweit müsse berücksichtigt werden, „dass an jeder einzelnen bei dessen Verwirklichung begangenen Mordtat einerseits eine Vielzahl von Personen in politisch, verwaltungstechnisch oder militärischhierarchisch verantwortlicher Position ohne eigenhändige Ausführung einer Tötungshandlung beteiligt war, andererseits aber auch eine Mehrzahl von Personen in Befolgung hoheitlicher Anordnungen und im Rahmen einer hierarchischen Befehlskette unmittelbar an der Durchführung der einzelnen Tötungen mitwirkte.“<sup>38</sup>

Bevor der Senat erläutert, ob die Anklage im konkreten Fall aufgrund ihrer Tätigkeit als Stenotypistin Hilfe zu den oben geschilderten Mordtaten geleistet hat, reflektiert er die Bindungswirkung an frühere BGH-Entscheidungen und kommt zu dem interessanten Ergebnis, dass er an die neue Rechtsprechung des 3. Strafsenats, aber offenbar nicht an die Rechtsprechung des 2. Strafsenats gebunden sei:

„Der Senat schließt sich dieser neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an; er ist an sie in ihren tragenden Entscheidungsteilen zudem gebunden (vgl. § 132 Abs. 2 GVG). Auf ältere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, etwa das mehrfach auch in der Hauptverhandlung erwähnte Urteil des 2. Strafsenats (Urteil vom 20. Februar 1969 – 2 StR 280/67, auszugsweise abgedruckt in NJW 1969, 2056), in dem dieser Senat ausgeführt hat, es sei ‚nicht angängig‘, dass ‚jeder, der in das Vernichtungsprogramm des Konzentrationslagers Auschwitz eingegliedert war und dort irgendwie anlässlich dieses Programms tätig wurde, sich objektiv an den Morden beteiligt hat und für alles Geschehene verantwortlich‘ zu machen sei, kommt es danach nicht mehr entscheidend an. Es kann deshalb auch offenbleiben, ob der zitierte Beschluss des 3. Strafsenats zu dieser älteren Entscheidung, die für die in der Folgezeit fehlgeleitete Verfolgungspraxis zumindest mitursächlich war [...], in Widerspruch

<sup>35</sup> BGH BeckRS 2024, 20950 Rn. 28.

<sup>36</sup> BGH BeckRS 2024, 20950 Rn. 29.

<sup>37</sup> BGH BeckRS 2024, 20950 Rn. 29.

<sup>38</sup> BGH BeckRS 2024, 20950 Rn. 29.

stand oder ob der Senat von dieser Rechtsprechung heute abweichen würde. Im Übrigen liegt ein Fall, in dem die Angeklagte bloß ‚irgendwie‘, also ohne konkreten Bezug zu den Haupttaten, für ‚alles Geschehene‘ im Konzentrationslager Stutthof verantwortlich gemacht wird, ersichtlich nicht vor.“

Zunächst stellt das Gericht klar, dass es für die Strafbarkeit weder darauf ankommt, ob „die festgestellte Hilfeleistung in einem ‚Vernichtungslager‘, einem Konzentrationslager oder einem anders bezeichneten und ausgestalteten Lager erbracht wurde (vgl. zur Irrelevanz der Unterscheidung nach Lagerarten auch Baun, Beihilfe zu NS-Gewaltverbrechen, 2019, S. 381 ff.). Ebenso wenig ist rechtlich für sich genommen von Bedeutung, ob die zu beurteilenden Handlungen – wie in früheren Entscheidungen – von Wachpersonal begangen wurden, oder – wie hier – von einer Zivilangestellten der SS.“<sup>39</sup>

Der BGH wertet das Verhalten der Angeklagten „als einzige Stenotypistin im Geschäftszimmer der Abteilung I, das unmittelbar dem Lagerkommandanten und dessen Adjutanten zuarbeitete“<sup>40</sup>, als physische Beihilfe:

„Diese Tätigkeiten waren für die Ermöglichung der Tatausführung relevant, weil die Bearbeitung von Schriftverkehr, welcher zur Organisation und Durchführung der zahlreichen Tötungen – die nicht auf spontanem, zufälligem oder vereinzeltem Handeln, sondern auf zahlreichen administrativen Vorgängen und umfangreicher Kommunikation der Beteiligten beruhten – in der organisierten, behörden-gleichen Verwaltungsstruktur des KZ-Systems zwingend erforderlich war.“<sup>41</sup>

Ausdrücklich betont der 5. Strafsenat, dass es ohne Bedeutung sei, dass die Tätigkeit der Angeklagten „keinen direkten Bezug zu den Mordtaten gehabt“<sup>42</sup> habe. Es könne ausgeschlossen werden, dass die Angeklagte kein einziges Schriftstück bearbeitet habe, das keinen Bezug zu den Mordtaten aufgewiesen habe.

„Insoweit entsprach die Beweislage derjenigen in Fällen der – zulässigen – Verurteilung aufgrund wahldeutiger Tatsachengrundlage“.<sup>43</sup>

Auch habe das LG Itzehoe „zu Recht ausgeführt, dass die Angeklagte die Haupttäter auch in psychischer Hinsicht bei der Durchführung sämtlicher ihr zugerechneter Taten unterstützte, indem sie der Lagerleitung, mit der sie während ihrer gesamten Dienstzeit vertrauensvoll zusammenarbeitete, in der beschriebenen Art und Weise als zuverlässige und gehorsame Untergebene zur Verfügung stand und durch ihre Tätigkeit fortwährend die Aufrechterhaltung des Betriebs des Konzentrationslagers und das Gefangenhalten der Inhaftierten absicherte.“<sup>44</sup> Ohne Bedeutung sei dabei die Frage, ob die Angeklagte durch ihre Tätigkeiten den Tatentschluss der Haupttäter bestärkt habe.<sup>45</sup> Gleiches gelte für den fehlenden direkten Bezug ihrer Tätigkeit zu den Tötungshandlungen.

<sup>39</sup> BGH BeckRS 2024, 20950 Rn. 31.

<sup>40</sup> BGH BeckRS 2024, 20950 Rn. 32.

<sup>41</sup> BGH BeckRS 2024, 20950 Rn. 32.

<sup>42</sup> BGH BeckRS 2024, 20950 Rn. 34.

<sup>43</sup> BGH BeckRS 2024, 20950 Rn. 34.

<sup>44</sup> BGH BeckRS 2024, 20950 Rn. 35.

<sup>45</sup> BGH BeckRS 2024, 20950 Rn. 36.

„Denn schon ihre festgestellte Unterstützung und Förderung des tatbezogenen Handelns des Lagerkommandanten, dem sie während ihrer rund zweijährigen Beschäftigung im Konzentrationslager auch insoweit vertrauensvoll, beständig und zeitlich intensiv zuarbeitete, ist geeignet, die Verurteilung wegen Beihilfe zu tragen.“<sup>46</sup>

Ferner habe das Instanzengericht den erforderlichen doppelten Gehilfenvorsatz rechtsfehlerfrei festgestellt.<sup>47</sup> Fehler in der Beweiswürdigung des LG Itzehoe vermochte der BGH nicht zu erkennen und hebt noch einmal hervor, dass weder der BGH noch die Verteidigung eine eigene Beweiswürdigung an die Stelle der Beweiswürdigung des Instanzengerichts stellen dürften.

Abschließend stellt der 5. Strafsenat noch klar, dass sich an den Bewertungen der Tathandlung der Angeklagten auch unter Berücksichtigung des Gesichtspunkts der neutralen Beihilfe nichts anderes ergebe.<sup>48</sup> Nachdem das Gericht seine allgemeinen Grundsätze der Strafbarkeit eines neutralen, berufstypischen Verhaltens referiert hat,<sup>49</sup> stellt es für den konkreten Fall fest, dass die Angeklagte die menschenverachtenden Verhältnisse und lebensfeindlichen Bedingungen im Konzentrationslager Stutthof kannte. Der Lagerbetrieb habe ausschließlich dem verbrecherischen Zweck gedient, die Lagerinsassen zu töten. Das Lager war eingegliedert in das KZ-System, „das als zentraler Grundstein bei der Umsetzung der Ermordung der europäischen Juden und anderen aus rassistischen oder sonst menschenverachtenden Gründen als ‚unwert‘ betrachteten Lebens fungierte.“<sup>50</sup> Ein deliktischer Sinnbezug sei durchgängig gegeben, was dem neutralen Alltagscharakter der Tätigkeit entgegenstehe.

Ausdrücklich offen lässt der 5. Strafsenat die Frage, ob überhaupt Verhaltensweisen denkbar sind, die mit einer Tätigkeit in einem Konzentrationslager im Zusammenhang stehen und dennoch als neutrale – und damit straflose – Gehilfentätigkeit eingestuft werden könnten.<sup>51</sup>

## V. Bewertung der Entscheidung

1969 entschied der BGH, dass Bedienstete des NS-Regimes, die in einem Konzentrations- oder Vernichtungslager „irgendwie tätig“ waren, nicht allein deshalb wegen Beteiligung an nationalsozialistischen Verbrechen verurteilt werden dürften. Das Tatgeschehen in Konzentrationslagern sei nicht als ein einheitliches Geschehen zu betrachten, da es sich in Auschwitz nicht um einen „fest umgrenzten, abgeschlossenen Tatkomplex eines einzigen bestimmten Täters, sondern um Tötungen aus den verschiedensten Beweggründen“<sup>52</sup> gehandelt habe. Das Abrücken der von *Fritz Bauer* vorgeschlagenen einheitlichen Betrachtungsweise und die Fokussierung auf episodenhaftes Tatgeschehen führte dazu, dass jeder einzelne Tatbeitrag nachgewiesen werden musste. Im Jahr 2016 bestätigte der BGH dagegen die Verurteilung wegen Beihilfe zum massenhaften Mord in einem NS-Vernichtungs- und Konzentrationslager, ohne dass eine direkte Beteiligung an einzelnen Mordtaten nachgewiesen werden musste. Der 3. Strafsenat sah seine Entscheidung im Jahr 2016 aber nicht im Widerspruch zur

<sup>46</sup> BGH BeckRS 2024, 20950 Rn. 36.

<sup>47</sup> BGH BeckRS 2024, 20950 Rn. 37.

<sup>48</sup> BGH BeckRS 2024, 20950 Rn. 40.

<sup>49</sup> Dazu BGH BeckRS 2024, 20950 Rn. 41 ff.

<sup>50</sup> BGH BeckRS 2024, 20950 Rn. 45.

<sup>51</sup> BGH BeckRS 2024, 20950 Rn. 49.

<sup>52</sup> BGH NJW 1969, 2056 (2057).

damaligen Rechtsprechung aus dem Jahr 1969.<sup>53</sup>

Mit der vorliegenden Entscheidung setzt der 5. *Strafsenat* des BGH die Linie des 3. *Strafsenats* fort und stellt klar, dass es für die Frage, ob eine Beihilfefähigkeit vorliegt, nicht darauf ankommt, ob der Beteiligte eine SS-Uniform getragen hat (wie im Fall Oskar Gröning) oder die Beteiligte wie im vorliegenden Fall eine zivile Angestellte ist. Ferner hat der BGH in aller Deutlichkeit betont, dass es nicht von Bedeutung sei, ob der Massenmord in einem Konzentrationslager oder einem Vernichtungslager stattfand.

## 1. Die Haupttaten

Zunächst sollen hier die relevanten Haupttaten betrachtet werden, beginnend mit dem Beschluss des 3. *Strafsenats* aus dem Jahr 2016, um die aktuelle Entscheidung besser einordnen zu können. Der 3. *Strafsenat* hatte für die verschiedenen Beihilfehandlungen jeweils unterschiedliche Haupttaten zugrunde gelegt. Die Haupttaten, zu denen der SS-Wachmann Oskar Gröning durch seine Rampendienste Beihilfe geleistet hatte, wertete der 3. *Strafsenat* als Morde in unmittelbarer Täterschaft in den Gaskammern. Bezüglich der weiteren Tätigkeiten von Oskar Gröning stellte der 3. *Strafsenat* fest, dass die „Schreibtischtäter“, die die sog. Ungarn-Aktion angeordnet hatten, als Haupttäter anzusehen seien. Demzufolge qualifizierte er Grönings allgemeine Dienstausbildung als Beihilfe zu diesen Morden in mittelbarer Täterschaft.

Im vorliegenden Fall hat die Stenotypistin Irgard Furchner Handlungen vorgenommen, die ausschließlich mittelbar in das Tötungssystem eingebunden waren. Während der 3. *Strafsenat* für solche Beihilfetätigkeiten also die Taten der Schreibtischtäter als Haupttaten heranzog, vermied schon das Urteil des LG Itzehoe, das dem hier zu besprechenden BGH-Urteil zugrunde lag, eine klare Festlegung. Das Landgericht bezog sich sowohl auf die Schreibtischtäter als Haupttäter, die das Tötungssystem organisierten, als auch auf die unmittelbar an den Tötungshandlungen Beteiligten als Haupttäter. Bei der Würdigung des tatsächlichen Geschehens konzentrierte sich das Landgericht jedoch ausschließlich auf die im Konzentrationslager begangenen Taten, insbesondere die Tötungen durch den Einsatz von Giftgas und die Tötungen infolge der lebensfeindlichen Lagerbedingungen.

Offenbar, um eine Divergenz i.S.d. § 132 Abs. 2 GVG mit dem 3. *Strafsenat* zu vermeiden, bediente sich der 5. *Strafsenat* der bereits oben erwähnten „Jedenfalls“-Argumentation:

„Die Haupttäter waren hier jedenfalls der den Betrieb des Konzentrationslagers bestimmende Lagerkommandant und sein Adjutant sowie die ihnen unterstehenden SS-Männer, die unmittelbar die Tötungshandlungen durchführten.“<sup>54</sup>

Dadurch distanziert sich der 5. *Strafsenat* jedoch – ohne dies ausdrücklich zu thematisieren – von der dogmatischen Konstruktion der mittelbaren Täterschaft, wie sie vom 3. *Strafsenat* noch herangezogen wurde.

Auch wenn man das Konstrukt der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft bejaht und eine Strafbarkeit der Berliner Schreibtischtäter wegen Mordes in mittelbarer Täterschaft für richtig erachtet (wofür einiges spricht), ist Folgendes zu beachten. Hier geht es nicht um die Strafbarkeit der Berliner Schreibtischtäter, sondern um die Frage, zu welcher Haupttat, die in die Organisationsstruktur eines Konzentrationslagers eingebundenen Beteiligten Hilfe geleistet haben. Inso-

<sup>53</sup> BGH BeckRS 2016, 108526 Rn. 27; kritisch dazu *Burghardt*, ZIS 2019, 21 (39).

<sup>54</sup> BGH BeckRS 2024, 20950 Rn. 24.

weit ist zu konstatieren, dass Bezugspunkte des tatsächlichen Geschehens immer die Morde im Konzentrationslager vor Ort sind. Der Wachmann Gröning, die Stenotypistin Furchner und all die anderen Rädchen im Getriebe, die die industrielle Tötungsmaschinerie am Laufen hielten, unterstützten das Tatgeschehen und damit das reibungslose Funktionieren vor Ort. Insoweit bestimmt sich die Haupttat ausgehend von Tatort und Tatzeit des grausamen Tötungsgeschehens.<sup>55</sup>

Der Rückgriff auf die Haupttaten der Schreibtischtäter bringt zwar die hierarchische Machtstruktur und den Bezug zu einer Organisation zum Ausdruck. Dadurch wird aber zugleich der Blick darauf verstellt, dass für die Beihilfehandlung ausschließlich das reale Geschehen in dem jeweiligen Konzentrationslager betrachtet wird. Der Lagerbetrieb und die Tötungen in dem betreffenden Lager waren untrennbar miteinander verbunden.<sup>56</sup> Baun spricht vom „Lager als Tatmittel“.<sup>57</sup>

Stellt man für die Haupttat nicht auf die Morde im jeweiligen Konzentrationslager ab, sondern auf die Haupttat der Schreibtischtäter in Berlin, so wird letztlich die Mesoebene der Lagerstrukturen mit der Makroebene der Staatsstruktur vermischt.

Bei systematischen Vernichtungsaktionen wie der „Aktion Reinhard“ und der „Ungarn-Aktion“<sup>58</sup> im Fall Gröning waren zwar Marko- und die Mesoebene verflochten, weil die Aktionen staatlich geplant und angeordnet waren und anschließend in den Konzentrationslagern grausam durchgeführt wurden.<sup>59</sup> Im vorliegenden Fall war die Angeklagte aber gerade nur auf der Mesoebene des Lagerbetriebs beteiligt. Dasselbe galt für den SS-Wachmann Gröning. Der 5. *Strafsenat* hat daher zu Recht die im Rahmen des Lagerbetriebs begangenen Morde als maßgebliche Haupttat angesehen.

## 2. Beihilfe

Auch die Erwägungen des 5. *Strafsenats* zur Beihilfe i.S.d. § 27 StGB überzeugen.

Auffällig ist allerdings zunächst, dass der 5. *Strafsenat* ausdrücklich betont, sich in Bezug auf die Bewertung der Beihilfehandlung i.S.d. § 27 StGB an den Ausführungen des 3. *Strafsenats* zu orientieren und mit Blick auf § 132 Abs. 2 GVG auf eine bestehende Bindungswirkung verweist. An die Rechtsprechung des 2. *Strafsenats* aus dem Jahr 1969 fühlt sich der 5. *Strafsenat* hingegen nicht mehr gebunden.

Diese Ausführungen sind bemerkenswert. Zum einen insinuiert der 5. *Strafsenat* mit seinen Ausführungen, dass sich der 3. *Strafsenat* mit dem Gröning-Beschluss in Widerspruch zur Rechtsprechung des 2. *Senats* gesetzt hat,<sup>60</sup> was der 3. *Strafsenat* seinerzeit ausdrücklich verneinte. Und zum anderen geht der 5. *Strafsenat* – obwohl er eine nicht aufgelöste Divergenz zum 2. *Strafsenat* vermutet – davon aus, eine Divergenzvorlage gem. § 132 Abs. 2, 3 GVG dadurch umgehen zu können, dass er sich lediglich auf den aktuelleren Beschluss des 3. *Strafsenats* stützt. Diese aus rein rechtlicher Sicht eher zweifelhafte Vorgehensweise war sicherlich pragmatisch motiviert. Ein Divergenzvorlageverfahren nach § 132 Abs. 2, Abs. 3 GVG erfordert Zeit, die hier angesichts des hohen Alters der Angeklagten nicht zur Verfügung stand.

Auch wenn man einen organisationsbezogenen Ansatz mit Blick auf die teilnahmefähige Haupttat ablehnt, und für Haupttat nicht auf die Morde des staatlichen Machtapparats auf Makroebene in mittelbarer Täterschaft abstellt, hindert dies nicht daran, für die Bewertung der Beihilfe auf der

<sup>55</sup> Baun, Beihilfe zu NS-Gewaltverbrechen, 2019, S. 289.

<sup>56</sup> Baun, Beihilfe zu NS-Gewaltverbrechen, 2019, S. 311.

<sup>57</sup> Baun, Beihilfe zu NS-Gewaltverbrechen, 2019, S. 311.

<sup>58</sup> Dazu BGH BeckRS 2016, 108526 Rn. 6 ff.

<sup>59</sup> Krämer, Individuelle und kollektive Zurechnung im Strafrecht, 2015, S. 143.

<sup>60</sup> So ausdrücklich Burghardt, ZIS 2019, 21 (39); zögerlicher, aber dahin tendierend Brüning, ZJS 2018, 285 (291).

Mesoebene eine organisationsbezogene Perspektive einzunehmen. Konkret geht es um die Frage, ob die Tätigkeit einer Stenotypistin in der Lagerkommandantur das Töten im Lagerbetrieb unterstützt.<sup>61</sup> Dies hat der 5. *Strafsenat* zu Recht bejaht.

Dogmatisch liegt dieser Frage das Problem zugrunde, welche Beziehung zwischen dem Gehilfenbeitrag und der Haupttat bestehen muss. Geht man davon aus, dass auch das Fördern und Erleichtern der Haupttat eine kausale Beziehung verlangt, so ist zu klären, ob diese kausale Beziehung im Kontext des strukturiert organisierten Lagerbetriebes vorliegt. Konkret gefragt: Ist die Arbeit einer Stenotypistin im Konzentrationslager kausal für das Töten in der Gaskammer bzw. das Verhungernlassen? Die Antwort lautet: ja, sie ist es!

Die Konzentrationslager waren streng arbeitsteilig organisiert und ermöglichten eine effiziente Umsetzung der massenhaften Vernichtung von Menschen. Der BGH sprach von einer „industriellen Tötungsmaschinerie“ in Auschwitz.<sup>62</sup> Jede Aufgabe innerhalb des Lagers war Teil eines Systems, das vollständig auf die Tötung der Lagerinsassen ausgerichtet war. Klare Zuständigkeiten sorgten dafür, dass die Abläufe reibungslos funktionierten. Das System war von Automatismen geprägt, bei denen Entscheidungen oder Befehle nicht bei jedem neuen Transport wiederholt werden mussten. Alle Beteiligten kannten ihre Rollen und Aufgaben, sodass die Prozesse nahezu selbstständig abliefen. Jedes Element des Systems, selbst wenn es isoliert betrachtet unbedeutend erscheinen mag, leistete damit einen Beitrag zur Gesamteffizienz. Der Massenmord dieser Dimension gelang nur, weil der Arbeitsprozess in viele Einzelvorgänge zergliedert wurde. Durch die Aufteilung des Tötungsprozesses in zahlreiche administrative oder technische Einzelschritte wurde aber nicht nur die Effizienz des Vernichtungsprozesses maximiert, sondern auch die emotionale Belastung der daran beteiligten Täter minimiert. Bei einem fragmentierten Tötungsprozess gelingt es, das „Charakterische eines Mordgeschehens“ aus den Augen zu verlieren.<sup>63</sup> So wie in einem Uhrwerk nicht jedes Zahnrad zu jedem Zeitpunkt in Bewegung ist, ist es doch zwingend, dass es vorhanden ist. Fehlt ein Zahnrad, gerät das Uhrwerk ins Stocken und funktioniert nicht mehr. Jedes vermeintlich kleine Rädchen im Getriebe eines Konzentrationslagers hat seine notwendige Funktion, auch wenn es aufgrund der Fragmentierung des Vernichtungsprozesses als untergeordneter Beitrag erscheint. Da die vielen untergeordneten Beiträge ineinander greifen, ergibt sich eine notwendige Abhängigkeit aller Teile voneinander. Jeder Tatbeitrag hat somit Auswirkungen auf die Tat.

Auch die vermeintlich periphere Tätigkeit einer Stenotypistin war damit ein unverzichtbarer Baustein dieses Systems. Ihre Aufgabe bestand u.a. darin, Befehle zu verschriftlichen, Berichte sowie Dokumente zu erstellen und zu verbreiten, wodurch die Koordination und Kommunikation innerhalb des Lagersystems gewährleistet wurde. Ohne die Mitarbeit der Angeklagten hätte die administrative Infrastruktur, die für die reibungslose Organisation und Durchführung der Massenvernichtung erforderlich war, nicht in dieser Form funktioniert. Es ist schlicht nicht vorstellbar, dass die Arbeit keine Auswirkungen auf die Tötungen gehabt hat.<sup>64</sup> Die Tätigkeit einer Stenotypistin ist damit ein zurechenbarer Gehilfenbeitrag i.S.d. § 27. Es handelt sich gerade nicht um eine bloße „Zustandsverant-

---

<sup>61</sup> Auch diejenigen, die die Haupttat organisationsbezogen auf der Makroebene der Schreibtischtäter definieren, greifen für die organisationsbezogene Beurteilung der Beihilfehandlung auf die Mesoebene der Konzentrationslager zurück, siehe *Weißer*, GA 2019, 244 (253 ff.); *Burghardt*, ZIS 2019, 21 (30 ff.).

<sup>62</sup> BGH BeckRS 2016, 108526 Rn. 23.

<sup>63</sup> *Burghardt*, ZIS 2019, 21 (26).

<sup>64</sup> Insoweit erscheint die Annahme der *Verf.*, die Häftlingsgeldverwaltung Grönings habe keinen kausalen Tatbeitrag im Hinblick auf die späteren Tötungen geleistet (so noch *Brüning*, ZJS 2018, 285 [291]), zumindest überdenkenswert.

wortlichkeit“ oder eine Beihilfe kraft Organisationszuständigkeit.<sup>65</sup> Vielmehr handelt es sich um eine Beihilfe durch *Organisationstätigkeit*.

Teilweise wird gegen die Strafbarkeit der Beihilfehandlung im vorliegenden Kontext der Einwand der Verantwortungsumkehrung erhoben. „Die Kleinen hängt man“<sup>66</sup>. Denn sofern man die organisationsbezogene Beihilfe als Kehrseite der Täterschaft kraft Organisationsherrschaft auf Makroebene verstünde<sup>67</sup>, würde den „Kleinen“ nicht nur ihre eigenen Taten angelastet werden, sondern auch das, was „die Großen“ durch die Organisation erst ermöglicht hätten, wie z.B. die „Indienstnahme“ des Konzentrationslagers.<sup>68</sup>

Betrachtet man aber sowohl die Haupttat als auch die Beihilfehandlung auf der Mesebene des Konzentrationslagers, so wird den „Kleinen“ nicht vorgeworfen, ein Konzentrationslager in Dienst gestellt zu haben. Vielmehr wird ihnen vorgeworfen, durch ihre Tätigkeit – und sei sie noch so gering – einen Beitrag zur Tötungsmaschinerie des jeweiligen Konzentrationslagers geleistet zu haben. Dabei handelt es sich nicht um eine Verantwortungsumkehrung. Es macht vielmehr deutlich, dass sich niemand am systematischen Massenmord beteiligen darf, und zwar auch dann nicht, wenn der Beitrag scheinbar noch so „klein“ ist.

Dass die juristische Aufarbeitung des nationalsozialistischen Unrechts auf Makro- und Mesebene gescheitert ist und die „Großen“ so gut wie nicht strafrechtlich zur Verantwortung gezogen wurden, kann nicht als Argument dafür herangezogen werden, die Verantwortung der „Kleinen“ in Frage zu stellen. Die fehlende strafrechtlichen Verfolgung der „Großen“ ist kein Grund, um die Beihilfestrafbarkeit der „Kleinen“ einzuschränken.

Der 5. Strafsenat hat daher zu Recht angenommen, dass die Angeklagte physische Beihilfe durch Tat an den Morden im Konzentrationslager geleistet hat.

Ob die Annahme zutrifft, dass die Angeklagte durch ihre Zusammenarbeit Tatentschluss bestärkend auf den Lagerkommandeur eingewirkt und damit psychische Beihilfe geleistet habe, soll hier nicht mehr abschließend erörtert werden. Geht man mit *Dencker* aber davon aus, dass auch eine psychische Beihilfe möglich ist, weil die für die Kausalität maßgeblichen Regeln nicht nur physische, sondern auch mentale Einwirkungen einschließen, kann bereits eine bestärkende Einwirkung auf den Tatentschluss des Täters eine strafrechtlich relevante Unterstützung darstellen.<sup>69</sup> Gleichwohl weist *Bosch* nicht zu Unrecht darauf hin, dass die Suche nach einer Verstärkungskausalität in diesen Fällen gleichwohl kaum erfolgreich sein kann, weil man einen einmal gefassten Entschluss nicht noch fördern kann, wenn es bei diesem Entschluss bleibt.<sup>70</sup>

Und schließlich bleibt noch anzumerken, dass das Berufsbild einer Stenotypistin zwar zunächst keines ist, dass einem verbrecherischen Kontext zuzuordnen ist und damit neutral wirkt. Ist die Tätigkeit der Stenotypistin jedoch ausschließlich in eine Organisationsstruktur eingebunden, die dem alleinigen Zweck dient, Menschen zu töten, so verliert die Tätigkeit ihre Neutralität. Mit den Worten *Weißers*:

„Es ist faktisch ausgeschlossen, in diesen Zusammenhängen ‚sauber zu bleiben‘.“<sup>71</sup>

<sup>65</sup> So aber *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 27 Rn. 56.

<sup>66</sup> *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 27 Rn. 56.

<sup>67</sup> *Weißer*, GA 2019, 244 (253 ff.); *Burghardt*, ZIS 2019, 21 (30 ff.), siehe Fn. 61.

<sup>68</sup> *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 27 Rn. 56.

<sup>69</sup> *Dencker*, Kausalität und Gesamttat, 1996, S. 33 ff.

<sup>70</sup> *Bosch*, Jura 2025, 40 (47).

<sup>71</sup> *Weißer*, GA 2019, 244 (255).

Jede Tätigkeit in einem Konzentrationslager hat damit einen deliktischen Sinnbezug. Eine – straflose – neutrale Beihilfe in einem Konzentrationslager ist nicht denkbar.

## VI. Fazit und Ausblick

Dem 5. *Strafsenat* gelingt es in seinem Urteil, das unfassbare systemische NS-Unrecht des industriellen Mordens strafrechtlich abzubilden und die Taten von Imgard Furchner im kollektiven Aktionszusammenhang des Konzentrationslagers Stutthof einzuordnen.

Ist es aber notwendig und sinnvoll, eine 99-jährige wegen Beihilfe zum Mord zu verurteilen? Ja, es ist notwendig. Angesichts eines derart unerträglichen Unrechtsausmaßes würde das Ausbleiben eines Schuldspruchs und einer angemessenen strafrechtlichen Reaktion das Vertrauen der Bevölkerung in die Geltung und Durchsetzung rechtlicher Normen erheblich erschüttern. Es käme zu einer Destabilisierung des Normvertrauens und einer Untergrabung des Bewusstseins für die Notwendigkeit der Normbefolgung. Die Verurteilung in solchen Fällen ist daher aus Gründen der positiven Generalprävention unverzichtbar. Dabei liegt der Fokus nicht auf der Höhe der Strafe, sondern auf der Feststellung der Schuld, auch um die oben erwähnte zweite Schuld zu tilgen.<sup>72</sup> Eine Jugendstrafe von zwei Jahren, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde, ist daher keine „Farce“<sup>73</sup>. Da bei Taten, die im jugendlichen Alter begangen wurden, das JGG anzuwenden ist, und zwar auch dann, wenn die Aburteilung erst im Erwachsenenalter erfolgt, kam gem. § 105 GG das Jugendstrafrecht zur Anwendung, weil die Angeklagte zum Tatzeitpunkt Heranwachsende war.

„Auschwitz war ein Ort, an dem man nicht mitmachen durfte“, wie es der Nebenklagevertreter *Nestler*<sup>74</sup> vor dem LG Lüneburg in seinem Plädoyer formulierte und der Angeklagte Gröning in seinem Schlusswort wiederholte. Diese Einsicht, die durch das Urteil des 2. *Strafsenats* im Jahr 1969 weitgehend verdrängt worden war, griff der 3. *Strafsenat* im Jahr 2016 wieder auf. Auch wenn der 5. *Strafsenat* die Frage, ob neutrales Handeln in Auschwitz denkbar war, ausdrücklich offen lässt, bietet das vorliegende Urteil für diese Annahme faktisch keinen Raum mehr. Diese Einsicht des BGH kam „[v]iel zu spät, aber nicht zu spät.“<sup>75</sup>

*Redaktioneller Hinweis: Schreibfehler auf S. 171 und 172 berichtigt (4.2.2025, 11:45 Uhr).*

---

<sup>72</sup> Burghardt, ZIS 2019, 21 (34).

<sup>73</sup> So Bosch, Jura (JK) 2025, S. 1, § 27.

<sup>74</sup> Nestler, Plädoyer vom 8.7.2025 vor dem LG Lüneburg, abrufbar unter <https://nebenklage-auschwitz.de/2015/07/08/pladoyer-prof-dr-cornelius-nestler-vom-8-juli-2015/> (26.1.2025).

<sup>75</sup> Nestler, Plädoyer vom 8.7.2025 vor dem LG Lüneburg, abrufbar unter <https://nebenklage-auschwitz.de/2015/07/08/pladoyer-prof-dr-cornelius-nestler-vom-8-juli-2015/> (26.1.2025).

## Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 30.4.2024 – 1 StR 152/24<sup>1</sup>

### Zum Konkurrenzverhältnis zwischen versuchter Nötigung und Bedrohung

Eine Bedrohung mit einem Verbrechen steht zu einer versuchten Nötigung in Tateinheit (Ideal-konkurrenz).

(Leitsatz der Verf.)

StGB §§ 240, 241 Abs. 2

Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, Wiss. Mitarbeiter Julius Bayón, Hamburg

### I. Einleitung

In dem Sachverhalt, der der hier zu besprechenden Entscheidung des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 30. April 2024 zugrunde lag, hielt „der Angeklagte dem gegen eine Wand gedrängten Geschädigten T. die 8,6 cm lange Klinge“ eines „Klappmessers an den Hals [...], um ihn zur Preisgabe seiner Zimmernummer zu bewegen, was ihm allerdings nicht gelang“. <sup>2</sup> Ein solches Verhalten kann als konkludente Androhung eines Totschlags (§ 212 Abs. 1 StGB) verstanden werden, also als Drohung mit einem Verbrechen (§ 12 Abs. 1 StGB). Bei Vorliegen der entsprechenden Vorsatzvoraussetzungen erfüllt das eben skizzierte Verhalten des Angeklagten die Tatbestände einer versuchten Nötigung (§§ 240, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB) und einer Bedrohung nach § 241 Abs. 2 StGB, sodass sich die Frage stellt, in welchem Konkurrenzverhältnis beide Vorschriften stehen. Die Strafvorschrift des § 241 Abs. 2 StGB lautet seit April 2021 wie folgt:

„Wer einen Menschen mit der Begehung eines gegen ihn oder eine ihm nahestehende Person gerichteten Verbrechens bedroht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

Bis dato bestand die Rechtsfolge der entsprechenden Strafvorschrift (= § 241 Abs. 1 StGB a.F.) in einer Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr oder einer Geldstrafe. <sup>3</sup> Hinsichtlich dieser älteren Rechtslage war die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eindeutig: Wurde handlungseinheitlich eine versuchte Nötigung (§ 240 Abs. 2 StGB) und eine vollendete Bedrohung (§ 241 Abs. 1 StGB a.F.) begangen, so sollte Letztere auf Konkurrenzebene zurücktreten. <sup>4</sup> Nachdem der Strafraum der Bedrohung mit einem Verbrechen im April 2021 durch das Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=137742&pos=0&anz=1> sowie abgedruckt in NSTZ-RR 2024, 210.

<sup>2</sup> BGH, Beschl. v. 30.4.2024 – 1 StR 152/24.

<sup>3</sup> BGBl. I 2021, S. 442.

<sup>4</sup> Siehe etwa BGH, Beschl. v. 24.8.2017 – 3 StR 282/17; BGH, Beschl. v. 8.11.2005 – 1 StR 455/05; BGH, Beschl. v. 24.1.1990 – 3 StR 477/89.

und der Hasskriminalität angehoben wurde (§ 241 Abs. 2 StGB n.F.),<sup>5</sup> stellte sich die Frage, wie die Rechtspraxis das Konkurrenzverhältnis der Bedrohung mit einem Verbrechen zur versuchten Nötigung nun beurteilt.

## II. Meinungsstand in der Rechtsprechung

Der 3. *Strafsenat* des Bundesgerichtshofs hielt auch nach der Gesetzesänderung des § 241 StGB in einem Beschluss vom 29. Juni 2022 ohne nähere Ausführungen an der älteren Rechtsprechung fest.<sup>6</sup> In Teilen widersprach der 4. *Strafsenat* dieser Auffassung jedoch nur wenige Wochen später. In einem Beschluss vom 20. Juli 2022 heißt es:

„Angesichts der [...] für die Bedrohung mit einem Verbrechen [...] auf zwei Jahre erhöhten Strafrahmengobergrenze, der unterschiedlichen geschützten Rechtsgüter, nämlich der Freiheit der Willensentschließung und -betätigung bei § 240 StGB einerseits [...] und des subjektiven Rechtsfriedens des Einzelnen bei § 241 StGB andererseits [...] sowie des Grundsatzes, dass Gesetzeseinheit in Form der Konsumtion nur anzunehmen ist, wenn der Unrechtsgehalt der fraglichen Handlung durch einen der anzuwendenden Straftatbestände bereits erschöpfend erfasst wird [...], [... neigt<sup>7</sup>] der Senat zur Annahme von Tateinheit (Idealkonkurrenz).“<sup>8</sup>

Dementsprechend äußerte sich auch der 5. *Strafsenat* in zwei Entscheidungen.<sup>9</sup> Dabei verwies er unter anderem auf die in der Literatur vertretene Auffassung, dass von § 241 StGB seit der Gesetzesänderung nicht nur der subjektive Rechtsfrieden des Einzelnen geschützt sei, sondern „mittelbar auch der offene Diskurs in der demokratischen Gesellschaft und die Bereitschaft zum bürgerschaftlichen Engagement“.<sup>10</sup> In seinem Beschluss vom 30. April 2024 hat sich dieser Ansicht nun auch der 1. *Strafsenat* mit Verweis auf die Begründungen des 4. und 5. *Strafsenats* angeschlossen:

„Die Verurteilung allein wegen versuchter Nötigung entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum strafrechtlichen Konkurrenzverhältnis zwischen versuchter Nötigung und vollendeter Bedrohung gemäß § 241 StGB in der bis zum 2. April 2021 geltenden Fassung, wonach die Bedrohung auch hinter einer nur versuchten Nötigung zurücktritt, wenn – wie hier – die Nötigungshandlung in einer Bedrohung mit einem gegen den Geschädigten gerichteten Verbrechen besteht (vgl. BGH, Beschlüsse vom 8. November 2005 – 1 StR 455/05; vom 11. März 2014 – 5 StR 20/14 Rn. 4 und vom 12. Januar 2022 – 4 StR 389/21 Rn. 7). Wie der 4. Strafsenat (vgl. BGH, Beschluss vom 20. Juli 2022 – 4 StR 220/22 Rn. 6) und zuletzt der 5. Strafsenat (vgl. BGH, Beschlüsse vom 28. Dezember 2023 – 5 StR 400/23 Rn. 5 ff. und vom 13. Februar 2024 – 5 StR 443/23 Rn. 6 ff.) neigt der Senat –

<sup>5</sup> BGBl. 2021 Teil I Nr. 13, S. 442. Außerdem sieht § 241 Abs. 1 StGB n.F. nunmehr vor: „Wer einen Menschen mit der Begehung einer gegen ihn oder eine ihm nahestehende Person gerichteten rechtswidrigen Tat gegen die sexuelle Selbstbestimmung, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder gegen eine Sache von bedeutendem Wert bedroht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.“

<sup>6</sup> BGH, Beschl. v. 29.6.2022 – 3 StR 161/22, Rn. 4; der Sache nach erweiterte der 3. *Strafsenat* die ältere Rechtsprechung damit letztlich sogar auch auf § 241 Abs. 1 StGB n.F.

<sup>7</sup> Im Original steht „hegt“, aber hierbei handelt es sich wohl um ein Redaktionsversehen. In der Datenbank „beck-online“ wurde dementsprechend auch „neigt“ eingefügt.

<sup>8</sup> BGH, Beschl. v. 20.7.2022 – 4 StR 220/22, Rn. 6 (im Original mit Hervorhebungen).

<sup>9</sup> BGH, Beschl. v. 13.2.2024 – 5 StR 443/23, Rn. 7; BGH, Beschl. v. 28.12.2023 – 5 StR 400/23, Rn. 6.

<sup>10</sup> BGH, Beschl. v. 13.2.2024 – 5 StR 443/23, Rn. 7; BGH, Beschl. v. 28.12.2023 – 5 StR 400/23, Rn. 6 mit Verweis auf *Schluckebier*, in: LK-StGB, Bd. 12, 13. Aufl. 2023, § 241 Rn. 1.

unter Aufgabe der zur alten Rechtslage ergangenen Rechtsprechung – zur Annahme von Tateinheit (Idealkonkurrenz) zwischen Bedrohung und versuchter Nötigung. Auf die in den vorbenannten Entscheidungen gegebene Begründung (vgl. BGH, Beschlüsse vom 20. Juli 2022 – 4 StR 220/22 Rn. 6 und vom 13. Februar 2024 – 5 StR 443/23 Rn. 7) nimmt der Senat Bezug.“<sup>11</sup>

Letztlich bleibt bei dieser Entscheidung unklar, ob die Tateinheit nur für die Fälle der Bedrohung mit einem Verbrechen (§ 241 Abs. 2 StGB n.F.) oder für alle Fälle der Bedrohung (also auch bei § 241 Abs. 1 StGB n.F.) gelten soll. Auf Letzteres deutet der eben zitierte vorletzte Satz („[...] Annahme von Tateinheit [Idealkonkurrenz] zwischen Bedrohung und versuchter Nötigung“) hin. Da in dem Satz davor aber nur von „einer Bedrohung mit einem gegen den Geschädigten gerichteten Verbrechen“ die Rede ist, wird die Frage des Konkurrenzverhältnisses in dieser Entscheidungsbesprechung auf die Bedrohung mit einem Verbrechen beschränkt.

Bislang haben alle *Senate*, die Tateinheit annahmen, ihre Auffassungen nebenbei als obiter dicta getätigt. Sofern der 3. *Strafsenat* weiterhin an der alten Rechtsprechung festhalten sollte, ist jedoch nicht auszuschließen, dass die Frage in absehbarer Zeit gem. § 132 Abs. 2 GVG vom *Großen Senat für Strafsachen* des Bundesgerichtshofs entschieden werden muss.

### III. Stellungnahme

Wird die Bedrohung mit einem Verbrechen (§ 241 Abs. 2 StGB) in dem oben genannten Sachverhalt von der gleichzeitig verwirklichten versuchten Nötigung (§§ 240, 22, 23 Abs. 1 StGB) verdrängt (sog. Gesetzeskonkurrenz oder Gesetzeseinheit<sup>12</sup>) oder können beide Delikte in Tateinheit nebeneinander stehen?

Hinter der Annahme von Tateinheit steht der Gedanke der Klarstellungsfunktion des Schuldspruchs: Kein Tatbestand, dessen Unrecht der Täter gesondert verwirklicht hat, darf im Urteilstenor unerwähnt bleiben.<sup>13</sup> Die Gesetzeseinheit dagegen dient im Kern dazu, Überschneidungen im Unrechts- und Schuldgehalt zu vermeiden und damit eine mehrfache Verwertung bei der Strafzumessung zu vermeiden (Mehrfachverwertungsverbot).<sup>14</sup> Gesetzeskonkurrenz wäre etwa denkbar, wenn § 241 Abs. 2 StGB von §§ 240, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB konsumiert würde oder hierzu subsidiär wäre. Konsumtion liegt allgemein dann vor, wenn der Unrechtsgehalt der (Begleit-)Tat typischerweise von einer anderen Strafnorm bzw. vom Sinn und Wesen der Haupttat mit eingeschlossen wird.<sup>15</sup> Unter Subsidiarität versteht man demgegenüber solche Fälle, in denen durch die Handlung(en) mehrere Tatbestände erfüllt werden, der eine aber nur hilfsweise zur Anwendung kommt, weil die vorrangige Vorschrift eine intensivere Beeinträchtigung desselben oder eines verwandten Rechtsguts erfasst bzw. ein zusätzliches Rechtsgut schützt.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> BGH, Beschl. v. 30.4.2024 – 1 StR 152/24.

<sup>12</sup> v. *Heintschel-Heinegg*, in: MüKo-StGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, Vor § 52 Rn. 21 m.w.N. hinsichtlich der uneinheitlich verwendeten Terminologie.

<sup>13</sup> v. *Heintschel-Heinegg*, in: MüKo-StGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, Vor § 52 Rn. 27. Besonders prominentes Beispiel dafür ist das Verhältnis zwischen vollendeter Körperverletzung und versuchtem Totschlag. Da nicht jede versuchte Tötung notwendigerweise mit einer Körperverletzung einhergeht, gebietet die Klarstellungsfunktion des Schuldspruchs die Annahme von Tateinheit, vgl. dazu grundlegend BGH, Ur. v. 24.9.1998 – 4 StR 272/98.

<sup>14</sup> *Rissing-van Saan*, in: LK-StGB, Bd. 4, 13. Aufl. 2020, Vor § 52 Rn. 108.

<sup>15</sup> *Rissing-van Saan*, in: LK-StGB, Bd. 4, 13. Aufl. 2020, Vor § 52 Rn. 111 m.w.N.

<sup>16</sup> *Sternberg-Lieben/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 52 ff. Rn. 107. Die Einzelheiten sind sowohl bei der Subsidiarität als auch bei der Konsumtion äußerst umstritten.

Die Strafvorschriften der Nötigung und der Bedrohung erfassen auf den ersten Blick unterschiedliche Rechtsgüter, nämlich zum einen die Freiheit der Willensentschließung und -betätigung (§ 240 StGB)<sup>17</sup> und zum anderen den subjektiven Rechtsfrieden des Einzelnen (§ 241 StGB).<sup>18</sup> Dies ändert jedoch nichts daran, dass es nach früherer Rechtslage durchaus gute Gründe für die Annahme gab, dass § 241 StGB durch eine versuchte Nötigung verdrängt wird. Wie der Bundesgerichtshof in einer älteren Entscheidung selbst feststellte, dienen beide Tatbestände im Ergebnis dem gleichen aus Art. 2 Abs. 1 GG abgeleiteten Freiheitsschutz.<sup>19</sup> Der subjektive Rechtsfrieden des Einzelnen hängt mit dessen Willensentschließungs- und Willensbetätigungsfreiheit eng zusammen.<sup>20</sup> Denn der subjektive Rechtsfrieden gründet gerade darauf, frei von Furcht vor willkürlichen willensbeugenden Einwirkungen leben zu können.<sup>21</sup> Die Bedeutung des § 241 StGB ergibt sich daher dadurch, dass er als abstraktes Gefährungsdelikt gewisse Drohungen unter Strafe stellt, ohne dass mit diesen ein Nötigungserfolg intendiert oder vollendet werden muss.<sup>22</sup>

Andererseits ist zu berücksichtigen, dass der 5. *Strafsenat* – wie oben bereits zitiert – nach neuer Rechtslage davon ausgeht, dass durch § 241 StGB „mittelbar auch der offene Diskurs in der demokratischen Gesellschaft und die Bereitschaft zum bürgerschaftlichen Engagement geschützt“ werde.<sup>23</sup> In der Tat spricht die Gesetzesbegründung davon, dass mit der Änderung auf „die zunehmende Verrohung im zwischenmenschlichen Umgang reagiert werden“<sup>24</sup> soll. Ferner begründet sie ausführlich die dem Gesetz zugrundeliegende Notwendigkeit, dem Angriff auf den politischen Diskurs in der demokratischen und pluralistischen Gesellschaftsordnung entgegenzuwirken um zu gewährleisten, dass sich die Menschen nicht aus dem öffentlichen politischen Diskurs zurückziehen.<sup>25</sup> Insofern scheint die Annahme eines entsprechend erweiterten Rechtsgüterschutzes durchaus plausibel.<sup>26</sup> Gleichwohl wird man ebenso gut argumentieren können, dass auch nach der Reform primär der innere Rechtsfrieden geschützt werden soll, während die gesamtgesellschaftlichen Auswirkungen nur mittelbarer Natur sind.<sup>27</sup> Dafür spricht nicht zuletzt, dass der Gesetzgeber den Bedrohungstatbestand weiterhin als „Gegenstück“ zum – dem Schutz des öffentlichen Friedens dienenden – § 126 StGB ansieht.<sup>28</sup>

Die Bestimmung der geschützten Rechtsgüter ist allerdings nicht allein ausschlaggebend für die Frage des Konkurrenzverhältnisses. Zu berücksichtigen ist vielmehr auch, dass eine versuchte Nötigung nicht notwendigerweise mit einer Bedrohung einhergehen muss. So kann erstere auch unter Gewalteinsatz begangen werden (§ 240 Abs. 1 Alt. 1 StGB), sodass nicht in jeder versuchten Nötigung zugleich eine Bedrohung nach § 241 Abs. 2 StGB liegt. Um der Klarstellungsfunktion des Schuld-

<sup>17</sup> Vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 10.1.1995 – 1 BvR 718/89, 719/89, 722/89, 723/89 = NJW 1995, 1141; *Eidam*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 240 Rn. 3.

<sup>18</sup> Vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 19.12.1994 – 2 BvR 1146/94 = NJW 1995, 2276; *Eidam*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 241 Rn. 2; etwas anders *Wallau*, JR 2000, 312 (315), der bei § 241 StGB auf das „Vertrauen-Dürfen“ abstellt (dem folgend *Bosch*, Jura 2024, 818 [821 Fn. 13]).

<sup>19</sup> BGH, Beschl. v. 8.11.2005 – 1 StR 455/05 = NStZ 2006, 342.

<sup>20</sup> *Jäger*, JA 2023, 515 (517).

<sup>21</sup> Vgl. *Schluckebier*, in: LK-StGB, Bd. 12, 13. Aufl. 2023, § 241 Rn. 1.

<sup>22</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 8.11.2005 – 1 StR 455/05 = NStZ 2006, 342; *Jäger*, JR 2003, 478 (479); *Bosch*, Jura 2024, 818 (823).

<sup>23</sup> BGH, Beschl. v. 13.2.2024 – 5 StR 443/23, Rn. 7; BGH, Beschl. v. 28.12.2023 – 5 StR 400/23, Rn. 6 mit Verweis auf *Schluckebier*, in: LK-StGB, Bd. 12, 13. Aufl. 2023, § 241 Rn. 1.

<sup>24</sup> BT-Drs. 19/17741, S. 37.

<sup>25</sup> BT-Drs. 19/17741, S. 1.

<sup>26</sup> Siehe *Schluckebier*, in: LK-StGB, Bd. 12, 13. Aufl. 2023, § 241 Rn. 1.

<sup>27</sup> Vgl. *Toepel*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 241 Rn. 4; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 241 Rn. 1.

<sup>28</sup> BT-Drs. 19/17741, S. 37.

spruchs gerecht zu werden, sprechen unter diesem Blickwinkel gewichtige Gründe für die Annahme einer Tateinheit, wenn beide Delikte verwirklicht sind.

#### IV. Zusammenfassung

Dem Beschluss des 1. Strafsenats vom 30. April 2024 und den entsprechenden anderen Beschlüssen des Bundesgerichtshofs ist im Ergebnis zuzustimmen. Dafür spricht der vom Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität verfolgte Zweck, die gesamtgesellschaftliche politische Teilhabe zu stärken. Zwar kann man diesbezüglich auch die Gegenansicht vertreten, jedoch spricht für die Annahme von Tateinheit in jedem Fall, dass die Bedrohung mit einem Verbrechen (§ 241 Abs. 2 StGB) weder stets noch in der Regel in einer versuchten Nötigung (§§ 240, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB) enthalten sein muss. Legt man eine solche Begründung zugrunde, so wäre im Übrigen auch nach alter Rechtslage Tateinheit anzunehmen gewesen.<sup>29</sup> Dies ist jedoch ein Aspekt, der für zukünftige Klausuren und Hausarbeiten kaum eine Rolle spielen dürfte.

---

<sup>29</sup> So auch *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 241 Rn. 16.

## Buchrezension

Schoch, Friedrich/Eifert, Martin (Hrsg.): Besonderes Verwaltungsrecht, C.H. Beck, 2. Aufl., München 2023, 1043 S., 75,00 €.

Dr. Christoph Halder, Bayreuth\*

Das hier rezensierte Werk „Besonderes Verwaltungsrecht“, herausgegeben von *Friedrich Schoch* und *Martin Eifert*, ist Teil der Beck'schen Reihe der „Großen Lehrbücher“. Es soll in mehreren Kapiteln die „wichtigsten Materien des Besonderen Verwaltungsrechts“ für Studierende und Referendare vereinen, nennt aber auch Wissenschaft und Praxis als Zielgruppen (Vorwort). Das Werk behandelt daher zunächst die für die Zielgruppe der Studenten ganz besonders relevanten Bereiche des besonderen Verwaltungsrechts, namentlich das Polizei- (*Schoch/Kießling*), Kommunal- (*Röhl*) und Baurecht (*Kersten*). Je nach universitärem Schwerpunkt bzw. Wahlpflichtfach im Referendariat kommt man als Leser aber auch im Bereich des Öffentlichen Wirtschaftsrechts (*Huber/Unger*), des Umweltschutzrechts (*Eifert*) oder des Straßenrechts (*Axer*) auf seine Kosten. Die knappe Einleitung, der eher eine grobe Überblicksfunktion zukommt, wird von *Schmidt-Aßmann* beigesteuert.

Bereits diese Aufzählung der behandelten Materien zeigt, dass der Umfang der einzelnen Kapitel des großen Lehrbuchs mit 1014 Seiten (ohne Verzeichnisse) ein wenig relativiert wird. Mit knapp 300 Seiten schlägt das Polizei- und Ordnungsrecht, mit knapp 140 Seiten das Kommunalrecht und mit 220 Seiten das Baurecht zu Buche. Die übrigen Bereiche des besonderen Verwaltungsrechts entfallen auf das Öffentliche Wirtschaftsrecht mit ca. 140 Seiten, auf das Umweltschutzrecht mit ca. 135 Seiten und auf das Straßenrecht mit ca. 60 Seiten. Den einzelnen Kapiteln ist eine Literaturübersicht vorangestellt. Fälle mit entsprechenden Musterlösungen, wie sie etwa in vielen Lehrbüchern für ein besseres Verständnis bzw. zur Wiederholung genutzt werden, werden nicht verwendet. Gleichwohl werden zumindest im Polizei- und Ordnungsrecht anhand zahlreicher, immer wiederkehrender Beispielfälle bzw. Fallgruppen die einzelnen Voraussetzungen näher erläutert, sodass nicht nur rein abstrakte Ausführungen erfolgen. Ein Einsatz von optisch hervorgehobenen Schemata und Schaubildern zur einfacheren Verinnerlichung wird nicht genutzt; zahlreiche (Binnen-)Verweise auf spätere Randnummern können das nicht ersetzen. Leser des Werks, die hierauf Wert legen, sollten gegebenenfalls hierfür zu einem anderen Werk greifen.

Der Beitrag zum Polizei- und Ordnungsrecht geht recht umfassend auf knapp 80 Seiten auf die Grundlagen dieses Teilgebiets ein, unter Einschluss des Nachrichtendienstrechts sowie internationaler Bezüge, die eher weniger für Klausuren relevant sind. Die Ausführungen dieses Abschnitts wirken dabei nach Meinung des *Rezensenten* an wenigen Stellen für ein Lehrbuch (auch wenn es ein großes Lehrbuch ist), das auch den ersten Zugriff auf die Materie erleichtern soll, fast schon zu kleinteilig (vgl. nur Rn. 80). Nach Auffassung des *Rezensenten* wenig überzeugend ausgefallen ist die grundlegende Kritik der *Autoren* an der Rechtsprechung des BVerfG in den Randnummern 79 ff. zu informationellen Eingriffen. Zum einen wird bei der Kritik spezifisch an der Gewichtung der Eingriffsintensität im Problemkomplex der Kfz-Kennzeichenerfassung en passant hervorgehoben, dass das BVerfG nicht erkläre, „wieso Gefühlsbeeinträchtigungen überhaupt als Grundrechtseingriff zu werten sind“ (Rn 82, zweiter Spiegelstrich), was vielmehr die grundsätzliche Konzeption des Rechts auf

---

\* Der *Verf.* ist Richter auf Probe am Verwaltungsgericht Bayreuth.

informationelle Selbstbestimmung in Frage stellt. Zum anderen wird die Unions- und Völkerrechtsebene ausgeblendet, ohne deren Beachtung auch die Auslegung dieses Grundrechts unvollständig ist. Auch hätten weitere Argumente, die die abgelehnten Ansichten stützen, betrachtet werden können.<sup>1</sup> Die weiteren Ausführungen zum Polizei- und Ordnungsrecht sind zwar überwiegend verständlich gehalten, bisweilen aber auch durchaus straff. Für ein Werk, das sich eben auch an Studenten richtet, ist das Letztere misslich. Manchmal wären deshalb einige Erläuterungen nicht verfehlt; so wäre es in Rn. 337 sicherlich hilfreich, den Begriff der materiellen Polizeipflichtigkeit zu erläutern (der allgemeine Begriff der Polizeipflichtigkeit wird demgegenüber noch erläutert). Positiv anzumerken sind die Ausführungen zur EMRK im Rahmen der Standardbefugnisse (z.B. Rn. 575, 581 ff. zum Gewahrsam), deren Bestimmungen bei anderen Lehrbüchern teils nur am Rande oder gar nicht erwähnt werden. Hervorzuheben ist ferner, dass dieses Kapitel auch den Bereich der in der Praxis immens wichtigen informationellen Eingriffsbefugnisse behandelt (Rn. 660 ff.), der zunehmend auch ein Gepräge durch Unionsrecht und die Rechtsprechung des EuGH erhält.

Das Kommunalrecht, das von *Röhl* verantwortet wird, geht zunächst recht umfangreich auf die Grundlagen und das Kommunalverfassungsrecht ein. Die Ausführungen zu Herausforderungen durch die Digitalisierung (Rn. 19–19b) wären dabei wohl eher in einem Lehrbuch für das allgemeine Verwaltungsrecht zu verorten, da sich die Probleme nicht nur bei den Kommunen so stellen. Insoweit schreibt der *Verf.* selbst, dass die Gemeinde wie jede öffentliche Verwaltung betroffen ist (Rn. 19). Die Ausführungen des Kapitels widmen sich danach den klassischen Gebieten des Kommunalrechts mit der Aufgabenerfüllung (einschließlich Aufsicht), dem Gemeindeverfassungsrecht, der Gemeindeverwaltung und den Handlungsformen der Gemeinden. Die Ausführungen zu den plebisziären Beteiligungsmöglichkeiten der Gemeindebürger sind recht knappgehalten; dieser Bereich ist, jedenfalls in Bayern, nicht selten Gegenstand von Klausuren. Weiterhin gehen die Ausführungen auf die Leistungen der Gemeinden für ihre Einwohner, die wirtschaftliche Betätigung, Finanzen und Haushalt sowie Landkreise und Zusammenschlüsse von Gemeinden ein. In Rn. 159e über allgemeine Informationszugangsrechte wird zutreffend erwähnt, dass Bayern kein „voraussetzungsloses“ Informationsrecht geregelt hat, jedoch gibt es mit Art. 39 BayDSG zumindest ein allgemeines Auskunftsrecht (wenn auch grundsätzlich abhängig von einem berechtigten Interesse). Daneben bestehen auch weitere Informationsansprüche, etwa nach dem Verbraucherinformationsgesetz.<sup>2</sup>

Das Kapitel über das Baurecht von *Kersten* geht nach der Einleitung zunächst auf die Grundlagen ein. Hierbei finden sich wiederum Ausführungen zu Art. 28 Abs. 2 GG, die enger mit dem Kapitel Kommunalrecht hätten verzahnt werden können. Der nächste Abschnitt wendet sich dem Bereich der Planung mit seinen Facetten zu und ordnet das Baurecht insoweit ein. Sodann widmet sich der *Verf.* der Bauleitplanung, einschließlich der Plansicherung, der Planverwirklichung und dem Planrechtsschutz. Positiv hervorzuheben ist der – seltene – Einsatz eines Schemas in Rn. 255. Der Abschnitt über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit differenziert zwischen den einzelnen Bereichen, wobei jeweils auch die klausurträchtige Problematik des Drittschutzes behandelt wird. Der letzte Abschnitt widmet sich dem Bauordnungsrecht, in welchem die präventive wie repressive Aufsicht behandelt wird.

Das vierte Kapitel von *Huber/Unger* wendet sich dem Öffentlichen Wirtschaftsrecht zu. Dieses widmet sich zunächst sehr ausführlich den allgemeinen Fragen unter Einschluss der geschichtlichen Entwicklung und der verfassungs- und unionsrechtlichen Regelungen. Im weiteren Verlauf werden dann das allgemeine Gewerberecht (GewO) und ausgewählte Bereiche des besonderen Gewerbe-

<sup>1</sup> Vgl. zur Streubreite etwa *Bäcker*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 28 Rn. 92.

<sup>2</sup> Vgl. *Rossi*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, Stand: 1.2.2024, VI § 2 Rn. 42 f.

rechts (HwO, GastG) behandelt. Im Abschnitt Wettbewerbsverwaltungsrecht wird primär auf das Vergabe-, Subventions- und Beihilfenrecht eingegangen. Nur angedeutet wird, dass kartellrechtliche Vorgaben Anwendung finden (Rn. 359). Weitergehende Ausführungen hierzu oder zu sonstigen wirtschaftsrechtlichen Vorgaben des Unionsrechts, die sich daneben auch an öffentliche Unternehmen richten, werden dort leider nicht behandelt. Als Spezialgebiet des Wettbewerbsverwaltungsrechts wird das Netzregulierungsrecht behandelt, wobei exemplarisch das Telekommunikationsrecht herausgegriffen wurde. Da die Ausführungen hierzu sehr gestrafft sind, erschließt sich dem *Rezensenten* nicht so recht, wieso das Netzregulierungsrecht in Gestalt des TKG dann überhaupt behandelt wird.

Das fünfte Kapitel von *Eifert* behandelt das Umweltschutzrecht mit seinen klassischen Teilgebieten. Auch im Abschnitt Umweltrecht fällt auf, dass die allgemeineren Ausführungen einen großen Bereich der Ausführungen einnehmen. Im Rahmen des Bereichs der Selbstverpflichtung der Wirtschaft (Rn. 175 ff.) vermisst der *Rezensent* Ausführungen zum Recht des unlauteren Wettbewerbs, wenn es um Angaben über Selbstverpflichtungen des Unternehmers geht.<sup>3</sup> Umfassend wird das Immissionschutzrecht behandelt, das besonders für das Studium und das Referendariat von Bedeutung sein kann. Die besonderen Gebiete werden im Übrigen teils nur recht knapp behandelt. Das Klimaschutzrecht wird als in sich abgeschlossener Bereich innerhalb des Umweltrechts behandelt, das von *v. Landenberg-Roberg* als Autor verantwortet wird (was seltsamerweise nur mit einer Sternchenfußnote offengelegt wird). Dass dieser Bereich behandelt wird, stellt nicht zuletzt angesichts der politischen Entwicklungen und der bahnbrechenden Entscheidungen der Verfassungs- und Menschenrechtsgerichte hierzu einen vorausschauenden Griff dar. Behandelt werden in diesem Rahmen neben dem nationalen Recht (KSG) auch die völkerrechtlichen Übereinkommen und das Unionsrecht.

Das letzte und (abgesehen von der Einleitung) kürzeste Kapitel 6 behandelt das Straßenrecht (*Unger*). Dieses widmet sich den klassischen Bereichen des Straßenrechts (Widmung öffentlicher Straßen, Straßenbaulast mit Verkehrssicherungspflichten und Straßenreinigung, die Nutzung der öffentlichen Straßen). Andere Fragestellungen werden allenfalls angeschnitten, etwa die Anbauproblematik (etwa i.R.v. § 9 FStrG, Art. 23 ff. BayStrWG), die geteilte Straßenbaulast oder die Staatshaftungsproblematiken (vgl. Rn. 75 ff.).

Wie jedes Lehrbuch, das nicht mehr oder weniger spezifisch auf das jeweils einschlägige Landesrecht zugeschnitten ist, kann natürlich moniert werden, dass das Landesrecht nicht immer einheitlich ist. Das zwingt den Leser dazu, auf das eigene Landesrecht „zu schießen“ und das Gelesene unter diesem Gesichtspunkt zu hinterfragen, was die Einarbeitung mühsam machen kann. Fußnoten mit Verweisen auf die einschlägigen Landesnormen, wie sie in dem rezensierten Werk gesetzt werden, mildern diesen Nachteil nur bedingt. Hinzu kommt, dass Änderungen in den zahlreichen (Landes-) Gesetzen angesichts der eher „undankbaren Überprüfung“ zahlreicher Normen im Falle einer Neuauflage schneller übersehen werden (so fehlt etwa in Kap. 1 Fn. 843 ein Verweis auf Art. 11 Abs. 1 S. 2 BayPAG). Freilich kann das über jedes Lehrbuch gesagt werden, das bundeslandübergreifende Darstellungen in diesen Bereichen enthält, auch wenn die grundlegenden Strukturen der behandelten Rechtsgebiete sich häufig ähneln. Für den erstmaligen Zugriff auf die Lerninhalte kann es gleichwohl didaktisch sinnvoller sein, zunächst die spezifisch landesrechtliche Literatur zu konsultieren – soweit eine solche denn verfügbar ist.

Die einzelnen Kapitel stellen zudem meist sehr umfangreich die jeweiligen Grundlagen der Rechtsgebiete dar. Das geht nach Auffassung des *Rezensenten* teilweise zulasten der speziellen Regelungen des jeweiligen Gebiets. Ob im Umweltrecht das Thema der Instrumente und Charakteristika des Umweltrechts wirklich über ganze 100 Randnummern erstreckt werden musste, kann durchaus

---

<sup>3</sup> Vgl. *Jahn*, ZUR 2020, 526 (531).

bezweifelt werden. Auch sonst ist die Schwerpunktsetzung des Werks, wie oben bereits angedeutet, mitunter doch recht eigensinnig.

Zusammenfassend ist das sorgfältig überarbeitete Werk von *Schoch/Eifert* auch in zweiter Auflage lesenswert und erkenntnisreich. Die hiesigen Äußerungen können und sollen diese Leistung nicht schmälern. Für den erstmaligen Zugriff auf die Rechtsgebiete kann es aber, wie gesagt, durchaus sinnhafter sein, an das Landesrecht angepasste Werke zu verwenden und für die Vertiefung – vor allem zu allgemeinen Fragestellungen – zum „Schoch/Eifert“ zu greifen. Wer den Einsatz von Schemata und Schaubildern vermisst, sollte ergänzend auf andere Lehrbücher zurückgreifen.

## Buchrezension

Kirk W. Junker/Nico S. Schmidt (Übers.): US-amerikanische Rechtskultur, Mohr Siebeck, Tübingen 2023, 309 S., 19,90 €.

Dr. Hannes Pohle, Hamburg

### I. Einleitung

Dieses im Verlag Mohr Siebeck als Teil der Uni-Taschenbücher (UTB) erschienene Werk widmet sich der US-amerikanischen Rechtskultur – ein für die klassische Studienliteratur eher untypisches Themengebiet. Gleichwohl bietet der Untersuchungsgegenstand unzählige Anknüpfungspunkte. Tagtäglich begegnet uns eine US-amerikanisch geprägte Populärkultur. Auch für Studenten und Absolventen der Rechtswissenschaft aus Deutschland üben die USA einen besonderen Reiz aus. So erfreut sich die Absolvierung eines Master of Laws (LL.M.) in den Vereinigten Staaten, ungeachtet der nicht unerheblichen Kosten, einer ungebrochenen Beliebtheit. Das Auslandsstudium für Postgraduierte dient nicht nur der Festigung der sprachlichen Fähigkeiten, sondern verknüpft sich meist mit der Hoffnung auf verbesserte Karrierechancen. Auch während des juristischen Vorbereitungsdienstes zieht es jedes Jahr viele Referendare in die USA, sei es in die Büros der großen internationalen Kanzleien, in Botschaft und Konsulate, in die Auslandshandelskammern oder auch in Industrie- und Technologieunternehmen. Der Blick über den Tellerrand und der Wechsel der Perspektive können für die persönliche Entwicklung ungemein bereichernd sein. Die kulturelle Nähe, die englische Sprache, die guten Ausbildungsbedingungen und die Möglichkeit, schon frühzeitig Kontakte zu knüpfen, sind wichtige Standortbedingungen. Meist fehlt es den deutschen (angehenden) Juristen dabei an einem grundlegenden Verständnis des US-amerikanischen Rechts. Die deutsche Juristenausbildung ist dem römisch-germanischen Rechtskreis des civil law verhaftet. Wie in Kontinentaleuropa insgesamt findet dieses seine Grundlage in der Rezeption des römischen Rechts. Bezüge zum anglo-amerikanischen common law werden in der Ausbildung kaum vermittelt und sind meist nur rudimentär vorhanden.

### II. Zum Werk

Auch das vorliegende Buch ist kein klassisches Einführungsbuch in die Welt des US-amerikanischen Rechts.<sup>1</sup> Vielmehr widmet sich der *Autor* ausführlich der Rechtskultur der Vereinigten Staaten. Das Buch macht das Kulturverständnis zur Voraussetzung für jedes echte Rechtsverständnis (S. 2). Damit stehen weniger die Rechtsquellen, sondern vielmehr die Rechtsanwender, also Menschen, im Mittelpunkt. Wengleich keine anthropologische Untersuchung, sondern durchaus ein Systemvergleich beabsichtigt ist, der nach Aussage des *Autors* immer auch Rechtsvergleichung sei (S. 14), so findet die klassische funktionale Methode der vergleichenden Rechtswissenschaft doch nur komplementär Verwendung.<sup>2</sup> Vielmehr wird die Auseinandersetzung mit den Konzepten der Rechtskultur zur

<sup>1</sup> Ein studiengerechter Einstieg in die wesentlichen Bereiche findet sich bei *Hay/Kern*, US-Amerikanisches Recht, 8. Aufl. 2024 oder *Blumenwitz*, Einführung in das anglo-amerikanische Recht, 7. Aufl. 2003 (Neuaufgabe für Oktober 2025 angekündigt).

<sup>2</sup> Für eine Einführung in die Rechtsvergleichung siehe *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996 oder *Sacco/Rossi*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 2017.

Voraussetzung gemacht, um die Regeln und Institutionen der Rechtspraxis besser einordnen zu können und den Leser zu einem umfassenden Verständnis des Rechtssystems zu führen (S. 271). Nur das letzte Kapitel zeigt daher die tatsächlichen materiellen und prozessualen Mechanismen der Rechtspraxis auf und bleibt dabei exemplarisch.

Der in Pittsburgh geborene *Autor* ist Inhaber des Lehrstuhls für US-amerikanisches Recht an der Universität Köln und damit nicht nur ausgewiesener Kenner seines Faches, sondern auch nah an den Studenten, welche – neben interessierten Juristen – die vorrangige Zielgruppe dieses Buches darstellen. Die deutsche Übersetzung durch einen ausgebildeten Volljuristen ist gelungen.

Nach einigen einleitenden Kapiteln zur Zielsetzung und Methode widmet sich das Buch abschnittsweise insbesondere den als „Referenzrahmen“ bezeichneten Bereichen Geschichte, Soziologie, Sprache, Philosophie, Jura als Fachdisziplin und der Rechtspraxis. Diese eröffnen jeweils einen eigenen Blick auf den Untersuchungsgegenstand. Dabei stehen sie nicht singulär, sondern weisen Überschneidungen auf. Teilweise kommt es daher zu inhaltlichen Wiederholungen. Häufiges Stilmittel des *Autors* ist die Einbeziehung längerer wörtlicher Zitate anderer (Rechts-)Wissenschaftler, Philosophen und Praktiker. Dies unterstreicht seinen umfassenden Ansatz. Jedes Kapitel beginnt mit einigen Leitgedanken als roten Faden und endet mit Wissensfragen, die als sogenannte Wissenskontrolle und Wissensherausforderung verschiedene Ebenen in der Auseinandersetzung mit der soeben gelesenen Materie bieten. Der *Autor* möchte dem engagierten Leser so eine Möglichkeit des (stillen) Dialogs bieten und orientiert sich dabei inhaltlich an den Kursen der US-amerikanischen law schools (S. XIII). Das Buch verbirgt seine akademische Herkunft nicht, bietet insbesondere für den deutschen Leser aber auch praktisch Interessantes, so z.B. die Passagen zum juristischen Ausbildungssystem und der Zulassung zur Anwaltschaft in den USA.

### III. Fazit

Die Auseinandersetzung mit der US-amerikanischen Rechtskultur ist als „Vor-Lektüre“ gedacht und wird vom *Autor* als notwendige Bedingung für jede weitere Beschäftigung mit dem US-Recht verstanden. Auch wenn dies vielleicht etwas zu weit gefasst ist, so bietet das vorliegende Buch vielschichtige Gedanken, auch philosophischer und abstrakter Natur. Diese erleichtern einen konkreten Einstieg in das US-Recht zwar nicht zwangsläufig, führen gleichwohl aber zu einem weit tieferen Verständnis, als es ein vergleichendes Vorgehen oder gar ein bloßes Studium der Rechtsquellen je könnte.

Der didaktische Ansatz mit Leit- und Kontrollfragen ist herausfordernd und regt zu einer weitergehenden Auseinandersetzung an. Wer sich ein praktisches Lehrbuch zum US-amerikanischen Recht erhofft, wird seine Erwartungen enttäuscht finden. Wer aber bereit ist, sich auf den weit gefassten Untersuchungsgegenstand einzulassen, findet durch die Blickrichtungen aus den verschiedenen Referenzrahmen eine Vielzahl von Anknüpfungspunkten und Perspektiven. Diese wirken nicht nur horizonterweiternd, sondern kommen dem selbstgesteckten Ziel der Vermittlung eines Gesamtverständnisses für die US-amerikanische Rechtskultur durchaus nahe.