

<b>Lernbeitrag</b>	Jendrik Wüstenberg	Das Recht der persönlichen Freiheit in der Corona-Pandemie
<b>Entscheidungen</b>	Nathalie Hamm	Raub mit Todesfolge bei Behandlungsabbruch aufgrund Patientenverfügung - BGH 3 StR 574/19
	Anna Ordina	Rückzahlungsanspruch des Darlehensnehmers nach Anfechtung des finanzierten Kaufvertrages - BGH XI ZR 568/19
	Jakob Stäblein	Zeitliche Begrenzung der Nachlieferungspflicht beim Neuwagenkauf - BGH VIII ZR 254/20
<b>Studienpraxis &amp; Fallbearbeitung</b>	Nils Grimmig	Klausur in Rechtsphilosophie, 15 Punkte
	Patricia Meinking & Eric Scheu	Studienklausur im Zivilrecht
	Aron Rössig	Hausarbeit im Grundkurs Strafrecht I, 15 Punkte
	Rim Talal	Kurzarbeit in der Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht, 14 Punkte
	Finja Maasjost & Bastian Orłowski	Klausurstrategien Teil II - Zwischenprüfungsklausur
<b>Varia</b>	Marie Kösterke	„Im Namen des Volkes ergeht folgendes Urteil...“ - Warum sich Gerichtsbesuche während des Studiums lohnen
	Finja Maasjost & Patricia Meinking	Vier Jahre Hanover Law Review - Ein Rückblick



# Dein Karrierestart

Wir suchen Dich (m/w/d) für unser Team.  
Bewirb Dich – [bewerbung@ksb-intax.de](mailto:bewerbung@ksb-intax.de)

**KSB INTAX – Hannover · Celle · Lüneburg**

**Bitte wende Dich an:**

Thomas Stillahn  
Partner  
T +49 (0) 511.85404-63  
[bewerbung@ksb-intax.de](mailto:bewerbung@ksb-intax.de)



**KSB INTAX**  
Rechtsanwälte  
Wirtschaftsprüfer  
Steuerberater  
Notare

[www.ksb-intax.de](http://www.ksb-intax.de)

## VERLAG

Hanover Law Review e.V.  
Königsworther Platz 1  
30167 Hannover  
Postfach 32

Registernummer  
VR 202863  
Amtsgericht Hannover

[www.hanoverlawreview.de](http://www.hanoverlawreview.de)

## INFO

Erscheinungsweise: Quartalsweise zum Quartalsende  
Erscheinungsort: Hannover

Die Inhalte dieser Zeitschrift sind urheberrechtlich geschützt. Eine Veröffentlichung oder Verwertung, insbesondere durch Wiedergabe im Vortrag, Datenverarbeitung, Kopie oder andere Reproduktion bedarf in den Grenzen des UrhG der Zustimmung des jeweiligen Rechteinhabers.

## DRUCK

Esf-Print ([esf-print.de](http://esf-print.de))  
Rigistraße 9  
12277 Berlin

## ZITIERVORSCHLAG

amerikanisch:  
Autor, 1 Han LR 2021, Anfangsseite (Fundstellenseite)

europäisch:  
Autor, Han LR 2021, Anfangsseite (Fundstellenseite)

## KONZEPT, SATZ &amp; DESIGN

Dr. Tim Brockmann  
Finja Maasjost

## REDAKTION

Schriftleitung  
Finja Maasjost  
Patricia Meinking  
Hanover Law Review e.V.  
Königsworther Platz 1  
30167 Hannover  
Postfach 32

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Redaktion:

Sirin Al Hakim, Alina Amin, Btissam Boulakhrif, Anika Brämer, Julia Brandt, Anna Bredemeier, Emilia Derbertin, Robin Dudda, Anna Engel, Jolanda Fiss, Malte Gauger, Rocky Glaser, Patrick Glatz, Nils Grimmig, Lucas Haak, Antonia Hagedorn, Nathalie Hamm, Adam Hetka, Frederike Hirt, Sina John, Clara Kittelmann, Jari Kohne, Simon Künnen, Johanna Lange, Felix Lücke, Felicia Maas, Lisa Mariß, Oliver Marks, Joshua Mensak, Daniel Müller, Anna Ordina, Lilly Pietsch, Yael Prantl, Aron Rössig, Marie-Christin Runkel, Eric Scheu, Laura Schlunk, Kevin Schmolowski, Moritz Stamme, Mark Steffen, Rim Talal, Jonas Vonjahr, Celina Weddige, Jasmin Wulf und Jendrik Wüstenberg.

## KONTAKT

[redaktion@hanoverlawreview.de](mailto:redaktion@hanoverlawreview.de)

## HANOVER LAW REVIEW

Die Hanover Law Review versteht sich selbst als studentische, überparteiliche und unabhängige Ausbildungszeitschrift.

Entsprechend dem Leitsatz: **Lernen, lehren & veröffentlichen** setzt sie den eigenen Veröffentlichungsschwerpunkt im Gebiet der Lehre.

Die Hanover Law Review ermutigt engagierte Studierende zur Einsendung von Entscheidungsanmerkungen und Beiträgen zur Studienpraxis, sowie zur Mitarbeit im Verein und in der Redaktion.

Hierbei soll nicht nur die eigene Erkenntnis mit Kommilitoninnen und Kommilitonen geteilt werden, es wird auch die Möglichkeit gegeben, erste Erfahrungen in der Veröffentlichungspraxis zu sammeln.

Einsendungen, Beiträge und Interessensbekundungen sind ausdrücklich erbeten.

- Die Redaktion

## UNTERSTÜTZERINNEN UND UNTERSTÜTZER

Unser Dank gilt allen Unterstützerinnen und Unterstützern, die das Erscheinen der Zeitschrift möglich gemacht haben. Insbesondere sind wir

**Prof. Dr. Hermann Butzer,  
Dipl. Jur. David Faber, LL.M.,  
Dr. Sven Hasenstab,  
Prof Dr. Christian Heinze,  
PD Dr. Erol Pohlreich,  
Prof. Dr. Roland Schwarze,  
Prof. Dr. Christian Wolf,  
Prof. Dr. Sascha Ziemann,  
Kanzlei Pfeiffer • von der Heyde und  
KSB INTAX v. Bismarck PartGmbB**

zu herzlichem Dank verpflichtet. Die Zeitschrift lebt von der freiwilligen Mitarbeit und der selbstlosen Unterstützung aller Beteiligten. Ohne die - besonders wichtige - ideelle Unterstützung in Form von Beiträgen, Veröffentlichungszusagen und Beratungstätigkeit hätte die Hanover Law Review schwerlich eine Zukunft.

Wir freuen uns sehr über die Bereitschaft unserer Unterstützerinnen und Unterstützer, einen Teil zum Gelingen der studentischen Initiative "Hanover Law Review e.V." beizutragen. Auch in Zukunft vertrauen wir auf die überobligatorische Hilfe und Mitarbeit unserer Leserinnen und Leser und hoffen auf spannende und lehrreiche Beiträge.

## Grußwort des Dekans zum vierten Geburtstag

Professor Dr. Roland Schwarze ist Dekan der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover und dort Inhaber des Lehrstuhls für Zivilrecht, Arbeitsrecht und Zivilprozessrecht.

Liebe Studierende, liebe Leser/-innen!

Die HanLR wird vier. Das ist keine runde Zahl, deshalb gibt es auch keine Feier. Aber ein (Gruß-)Wort ist das Ereignis doch wert. Ich will nicht leugnen, dass ich die Stirn gerunzelt habe, als ich seinerzeit von dem Projekt hörte. In meinem Alter fragt man nicht allein nach dem Sinn, sondern nach der Notwendigkeit einer Sache. Und notwendig, so dachte ich, ist eine solche Unternehmung eigentlich nicht. Sie hat zwar stolze Vorbilder, aber ist das ein Grund, den sich kaninchenhaft vermehrenden Fachzeitschriften aus dem Hause Beck noch eine Publikation hinzuzufügen? Auch Ausbildungszeitschriften gibt es genug. Falsch gedacht, werden Sie sagen, und Sie haben Recht. Wenn (junge) Menschen etwas wagen, trägt das seinen Sinn in sich. Sonst gäbe es nichts Neues. Wenn sie damit sogar Erfolg haben, müssen auch Skeptiker wie ich den Hut ziehen. Die HanLR ist eine Erfolgsgeschichte. Sie findet Zuspruch mit einer guten Mischung nicht nur an Formaten und Themen, sondern auch an Schreibenden. Sie bietet den Hannoverschen Studierenden ein „Zuhause“, in dem sich das Fachlich-Allgemeine auf schöne Weise mit dem Persönlich-Vertrauten verbindet.

Herzlichen Glückwunsch zum Geburtstag und „Danke!“ allen, die zum Gelingen des Projekts in den letzten vier Jahren beigetragen haben!

Prof. Dr. Roland Schwarze  
Dekan

## LERNBEITRAG

**Dipl. Jur. Jendrik Wüstenberg** Das Recht der persönlichen Freiheit in der Corona-Pandemie Seiten **228 bis 234**

## ENTSCHEIDUNGEN

**stud. iur. Nathaie Hamm** Raub mit Todesfolge bei Behandlungsabbruch aufgrund Patientenverfügung - BGH 3 StR 574/19 Seiten **235 bis 241**

**stud. iur. Anna Ordina** Rückzahlungsanspruch des Darlehensnehmers nach Anfechtung des finanzierten Kaufvertrages - BGH XI ZR 568/19 Seiten **242 bis 246**

**stud. iur. Jakob Stäblein** Zeitliche Begrenzung der Nachlieferungspflicht beim Neuwagenkauf - BGH VIII ZR 254/20 Seiten **247 bis 251**

## KURZ &amp; KNAPP

**Dipl. Jur. David Faber, LL.M.** Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht - 4/2021 Seiten **252 bis 253**

**Prof. Dr. Sascha Ziemann & stud. iur. Hannah Hölzen** Rechtsprechungsübersicht Strafrecht - 4/2021 Seiten **254 bis 255**

**Prof. Dr. Hermann Butzer & stud. iur. Daniel Müller** Rechtsprechungsübersicht Öffentliches Recht - 4/2021 Seiten **256 bis 257**

## STUDIENPRAXIS &amp; FALLBEARBEITUNG

**stud. iur. Nils Grimmig** Klausur in Rechtsphilosophie, 15 Punkte Seiten **260 bis 264**

**stud. iur. Patricia Meinking & stud. iur. Eric Scheu** Studienklausur im Zivilrecht Seiten **265 bis 272**

**stud. iur. Aron Rössig** Hausarbeit im Grundkurs Strafrecht I, 15 Punkte Seiten **273 bis 288**

**stud. iur. Rim Talal** Kurzarbeit in der Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht, 14 Punkte Seiten **289 bis 295**

**stud. iur. Finja Maasjost & Ass. iur. Bastian Orłowski** Klausurstrategien II - Zwischenprüfungsklausur Seiten **296 bis 304**

## VARIA

**Dipl. Jur. Marie Kösterke** „Im Namen des Volkes ergeht folgendes Urteil...“ - Warum sich Gerichtsbesuche während des Studiums lohnen Seiten **305 bis 306**

**stud. iur. Finja Maasjost & stud. iur. Patricia Meinking** Vier Jahre Hanover Law Review - Ein Rückblick Seiten **307 bis 309**



## Das Recht der persönlichen Freiheit in der Corona-Pandemie

Dipl. Jur. Jendrik Wüstenberg, B.A.

Der Autor ist wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft von Prof. Dr. Veith Mehde, mag. rer. publ. an der Leibniz Universität Hannover und hat zuvor Allgemeine Verwaltung an der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen studiert.

„Die Freiheit der Person ist unverletzlich“, so lautet Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG seit 1949. Die Corona-Pandemie hat dieses Grundrecht auf die Probe gestellt wie wohl nie zuvor in der Geschichte der Bundesrepublik. Quarantäneverfügungen und Ausgangssperren trafen die Bevölkerung in einer bis dahin in der Bundesrepublik unbekanntem Breite; fast jeder<sup>1</sup> war zumindest von einer der vielen Maßnahmen betroffen. Der folgende Beitrag soll diese Maßnahmen vor dem Hintergrund der bisherigen Dogmatik zu Art. 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 104 GG einer kritischen Betrachtung unterziehen, die verfassungsrechtlichen Kritikpunkte an den beiden Maßnahmen und ihren Ermächtigungsgrundlagen aufzeigen und die Besonderheiten dieses Grundrechts in der Corona-Pandemie in Erinnerung rufen.

### A. Der Inhalt des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Art. 104 GG

Schon die Formulierung des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG unterstreicht die Wichtigkeit des Grundrechts der persönlichen Freiheit: Sie ist „unverletzlich“. Geschützt ist die körperliche Bewegungsfreiheit,<sup>2</sup> präziser das Recht, sich von einem bestimmten Ort wegzubewegen und jeden Ort aufzusuchen, um sich dort aufzuhalten.<sup>3</sup> Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG steht in einem engen Verhältnis zu Art. 104 GG, der an den materiellen Inhalt des Grundrechts verfahrensrechtliche Voraussetzungen für Freiheitsbeschränkungen normiert.<sup>4</sup>

Art. 104 GG unterscheidet hierbei zwischen Freiheitsbeschränkungen (Abs. 1) und Freiheitsentziehungen (Abs. 2), wobei alle Arten von Freiheitsentziehungen gleichzeitig Freiheitsbeschränkungen

darstellen.<sup>5</sup> Freiheitsbeschränkungen sind jegliche staatliche Maßnahmen, welche die Ausübung der körperlichen Bewegungsfreiheit erschweren oder unmöglich machen,<sup>6</sup> während die Freiheitsentziehung nur dann gegeben ist, wenn die tatsächlich und rechtlich an sich vorhandene körperliche Bewegungsfreiheit durch staatliche Maßnahmen in jede Richtung hin aufgehoben wird.<sup>7</sup> Für Freiheitsbeschränkungen ordnet<sup>8</sup> Art. 104 Abs. 1 GG an, dass dies nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes geschehen darf, hinsichtlich der Freiheitsentziehung statuiert Art. 104 Abs. 2 GG einen Richtervorbehalt.

In den letzten Jahrzehnten hat sich hinsichtlich des Rechts der persönlichen Freiheit eine umfassende und ausdifferenzierte Judikatur herausgebildet. Schon hinsichtlich der Freiheitsbeschränkung sind die Anforderungen an das förmliche Gesetz hoch: Die jeweilige Ermächtigungsgrundlage darf keine völlig pauschale Generalermächtigung sein, sondern muss den Eingriff hinreichend konkret beschreiben und präzise die Voraussetzungen hierfür nennen, sodass der Gesetzgeber gezwungen ist, die Freiheitsentziehung in „berechenbarer, messbarer und kontrollierbarer Weise zu regeln“.<sup>9</sup> Die erforderliche Regelungsdichte steigt mit der Intensität des Eingriffs.<sup>10</sup>

Zur Einordnung, ob eine Freiheitsentziehung vorliegt, wird zwischen einer sachlichen (ist die Zweckrichtung der Maßnahme die Freiheitsentziehung?), einer räumlichen (wie eng und welcher Art ist der Raum, auf den die Fortbewegungsmöglichkeit reduziert wird?) und einer zeitlichen Komponente (handelt es sich nur um eine kurzfristige Aufhebung

<sup>1</sup> Der Autor verwendet im Folgenden das generische Maskulinum; selbstverständlich sind hiervon alle Geschlechter umfasst.

<sup>2</sup> BVerfGE 94, 166 (198); 105, 239 (247); Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 2 Rn. 112.

<sup>3</sup> Di Fabio, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, 94. EL Januar 2021, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 26; Jarass, in: Jarass/Pieroth (Fn. 2), Art. 2 Rn. 112; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 2 Abs. 2 Rn. 196.

<sup>4</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth (Fn. 2), Art. 2 Rn. 110.

<sup>5</sup> Mehde, in: Maunz/Dürig (Fn. 3), Art. 104 Rn. 38.

<sup>6</sup> Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 3), Art. 104 Rn. 19; Mehde, in: Maunz/Dürig (Fn. 3), Art. 104 Rn. 38.

<sup>7</sup> BVerfG NVwZ 2011, 743 (744); NJW 2018, 2619 (2621).

<sup>8</sup> BVerfGE 14, 174 (186f.); Mehde, in: Maunz/Dürig (Fn. 3), Art. 104 Rn. 41.

<sup>9</sup> BVerfGE 76, 363 (387); 131, 268 (306); BVerfG NVwZ 2007, 1296; Mehde, in: Maunz/Dürig (Fn. 3), Art. 104 Rn. 45; Radtke, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 48. Edt. Stand: 15.08.2021, Art. 104 Rn. 6; Herzmann, Ausgangssperren auch in Deutschland?, DÖV 2006, 678 (680).

<sup>10</sup> BVerfGE 75, 329 (342); 86, 288 (311); 109, 133 (188); 131, 268 (306); Mehde, in: Maunz/Dürig (Fn. 3), Art. 104 Rn. 46; Pohlreich, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 199. Aktualisierung Juli 2019, Art. 104 Rn. 47; Radtke, in: Epping/Hillgruber (Fn. 9), Art. 104 Rn. 6.

der Bewegungsfreiheit?) sowie dem konkreten Mittel der Freiheitsentziehung differenziert.<sup>11</sup> Die zeitliche Komponente sowie das Mittel stechen hierbei besonders heraus: Zwar sollen nur kurzfristige Aufhebungen der Bewegungsfreiheit keine Freiheitsentziehung darstellen, jedoch wird schon ein Zeitraum von mehreren Stunden als nicht mehr kurzfristig und unbedeutend beurteilt.<sup>12</sup> Bei Fixierungen wird sogar eine halbe Stunde als nicht mehr kurzfristig angesehen.<sup>13</sup> Zudem setzt die Freiheitsentziehung nicht zwingend bestimmte „klassische“ Mittel wie etwa eine Haftzelle voraus; auch die Vermittlung psychischen Zwangs, etwa mittels Androhung von Sanktionen, kann grundsätzlich zur Annahme einer Freiheitsentziehung führen.<sup>14</sup> Sogar dann, wenn sich eine Person bereits im Freiheitsentzug befindet, kann eine Verschärfung der Freiheitsentziehung – etwa wenn eine in einer geschlossenen psychiatrischen Einrichtung befindliche Person fixiert wird – eine abermalige Notwendigkeit der Einholung einer richterlichen Entscheidung begründen, sodass es insofern auch eine „Freiheitsentziehung innerhalb des Freiheitsentzugs“ geben kann.<sup>15</sup>

## B. Die Quarantäneverfügung

Der Begriff der Quarantäne findet sich im IfSG nicht. Vielmehr ist in § 30 IfSG von einer Absonderung die Rede. Die Absonderung stellt eines der ältesten gesetzlichen Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung und damit des besonderen Gefahrenabwehrrechts dar, bereits § 14 Reichsseuchengesetz (RSeuchG) von 1900 eröffnete die Möglichkeit, sie gegenüber kranken, krankheits- oder ansteckungsverdächtigen Personen anzuordnen.

### I. Der Adressatenkreis des § 30 IfSG

§ 28 Abs. 1 S. 1 IfSG i.V.m. § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG gestattet dem zuständigen Gesundheitsamt, gegenüber Kranken, Krankheitsverdächtigen, Ansteckungsverdächtigen und zusätzlich noch Ausscheidern eine Absonderung anzuordnen. Die Legaldefinitionen für diese spezialgesetzlichen Störerbegriffe enthält § 2 Nr. 4 bis 7 IfSG. Während ein Kranker nachweislich an einer übertragbaren Krankheit erkrankt ist, weist ein Krankheitsverdächtiger lediglich Symptome auf, die eine Krankheit vermuten lassen. Ein Ausscheider ist hingegen lediglich eine Ansteckungsquelle, ohne selbst krank oder krankheitsverdächtig zu sein. Bei einem

Ansteckungsverdächtigen besteht Grund für die Annahme, dass er Krankheitserreger aufgenommen hat, ohne aber krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider zu sein. Die Absonderung dieser Störer kann wahlweise in einem geeigneten Krankenhaus oder in „sonst geeigneter Weise“ geschehen, wobei der Behörde Ermessen eingeräumt ist. Hinsichtlich SARS-CoV-2 erfolgt die Absonderung in aller Regel in sonst geeigneter Weise derart, dass der Adressatenkreis des § 30 IfSG zunächst telefonisch angewiesen wird, sich für 14 Tage in häusliche Absonderung zu begeben, also mit anderen Worten in seiner Wohnung zu bleiben. Später folgt auf postalischem Weg eine schriftliche Absonderungsverfügung, welche allerdings nicht als Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG, sondern als bloße schriftliche Bestätigung des vorherigen mündlichen Verwaltungsakts i.S.d. § 37 Abs. 2 S. 1 VwVfG zu qualifizieren ist.

§ 30 Abs. 1 IfSG steht in einem Stufenverhältnis zu Abs. 2. Kommt der Betroffene den Anordnungen zu seiner Absonderung nicht nach oder ist dies nur nach seinem bisherigen Verhalten nach zu befürchten, so hat – also ohne Ermessen! – eine zwangsweise Unterbringung zu erfolgen; dies geschieht bei Erkrankten und Krankheitsverdächtigen in einem abgeschlossenen Krankenhaus oder einem abgeschlossenen Teil eines Krankenhauses, bei Ansteckungsverdächtigen und Ausscheidern hingegen alternativ auch in einer „anderen geeigneten abgeschlossenen Einrichtung“. § 30 Abs. 2 S. 3 IfSG erklärt hinsichtlich dieser Maßnahmen das Grundrecht der Freiheit der Person aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG für einschränkbar, für das Verfahren sind nach § 30 Abs. 2 S. 4 IfSG die §§ 415ff. FamFG entsprechend anwendbar. Das Gesundheitsamt beantragt nach § 417 FamFG die zwangsweise Unterbringung beim Amtsgericht. Das Gericht gibt dem Betroffenen daraufhin gemäß § 420 Abs. 1 FamFG die Möglichkeit zur Anhörung und erlässt sodann einen Beschluss, der die zwangsweise Absonderung anordnet.

### II. Eingriffsmodalität der Quarantäneverfügung

Wenig Probleme bereitet bei der Absonderungsanordnung noch die Frage, ob hier der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG betroffen ist: Durch die Verfügung, die Wohnung für 14 Tage nicht zu verlassen, wird final und unmittelbar

<sup>11</sup> Mehde, in: Maunz/Dürig (Fn. 3), Art. 104 Rn. 60ff.

<sup>12</sup> BVerfG NVwZ 2011, 743 (746); BVerfG NJW 2004, 3697; BVerfG NJW 2018, 2619 (1621).

<sup>13</sup> BVerfG NJW 2018, 2619 (2621).

<sup>14</sup> Di Fabio, in: Maunz/Dürig (Fn. 3), Art. 2 Abs. 2 Nr. 2 Rn. 37.

<sup>15</sup> BVerfG NJW 2018, 2619 (2621); Wittreck, in: Isensee/Kirchhof, HStR VII, 3. Aufl. 2009, § 151 Rn. 20; Pohlreich, in: Bonner Kommentar (Fn. 10), Art. 104 Rn. 30.

durch einen Rechtsakt in befehlender Form dem Adressaten aufgegeben, einen bestimmten Ort nicht zu verlassen, ein Eingriff in den Schutzbereich liegt somit vor. Im Hinblick auf 14 Tage kann in Anbetracht der aufgezeigten Rechtsprechung eindeutig nicht mehr von einem kurzfristigen Zeitraum gesprochen werden.

Die soeben erläuterte Rechtsfolge der Absonderungsanordnung nach § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG wirft dann die Frage nach der Modalität des Eingriffs und den sich hieraus für die Rechtfertigung ergebenden verfahrensrechtlichen Anforderungen des Art. 104 GG auf. Ein „Erschweren“ der körperlichen Fortbewegungsfreiheit und damit eine Freiheitsbeschränkung wird man bei der Absonderungsverfügung bereits annehmen müssen.

Von verfassungsrechtlich höchstem Interesse ist dann die Frage, ob es sich bei der Absonderungsanordnung nach § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG nicht mehr nur um eine Freiheitsbeschränkung, sondern schon um eine Freiheitsentziehung handelt, die im Rahmen der Rechtfertigung an den erhöhten Anforderungen des Art. 104 Abs. 2 GG zu messen wäre. Greift man auf die oben aufgeführte Definition zurück, so kommt es auf bestimmte klassische Mittel der Freiheitsentziehung nicht an, d.h. auch psychischer Druck reicht aus, soweit die tatsächlich und rechtlich an sich gegebene körperliche Bewegungsfreiheit in jede Richtung hin aufgehoben wird. Durch die Absonderungsverfügung wird dem Betroffenen die Bewegungsfreiheit jedenfalls rechtlich genommen, er hat sich über den gesamten Zeitraum der Verfügung in seiner Wohnung aufzuhalten.

Psychischer Druck schließlich wird durch die Anordnung der Absonderung in mehrfacher Hinsicht vermittelt: einmal durch die verbindliche behördliche Anweisung in Form eines befehlenden Verwaltungsaktes, aber auch durch die im Falle der Zuwiderhandlung drohende, ohne jedes behördliche Ermessen erfolgende zwangsweise Unterbringung nach § 30 Abs. 2 IfSG sowie den Ordnungswidrigkeitentatbestand bei Zuwiderhandlungen gegen die Verfügung.<sup>16</sup> So handelt gemäß § 73 Abs. 1a Nr. 6 IfSG ordnungswidrig, wer einer vollziehbaren Anordnung nach § 30 Abs. 1 S. 2 zuwiderhandelt. Die nach § 73 Abs. 2 IfSG

zu verhängende Geldbuße von bis zu 25.000 Euro ist auch nicht mehr als gering zu beurteilen.

Gleichwohl möchten bedeutende Stimmen hierin lediglich eine Freiheitsbeschränkung, nicht aber eine -entziehung erkennen: Die Maßnahme nach § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG setze nach der gesetzgeberischen Konzeption die „Freiwilligkeit des Betroffenen und damit seine Einsicht in das Notwendige“ voraus,<sup>17</sup> sie sei damit nur als freiheitsbeschränkende Maßnahme zu qualifizieren.<sup>18</sup> Dieser bislang wohl als herrschend anzusehenden Einschätzung wird seit einiger Zeit allerdings durch eine im Vordringen befindliche Auffassung scharf entgegengetreten.<sup>19</sup> Es sei abwegig, das angeordnete Nichtverlassen eines bestimmten Ortes als freiwillig zu bezeichnen.<sup>20</sup> Die Argumentation über eine unterstellte Freiwilligkeit erscheint in der Tat nicht sehr praxisnah, denn die Quarantäneverfügung ist keine Bitte: ein Bescheidtenor, der im Wortlaut regelmäßig auf „Sie haben sich bis [Datum] in häusliche Absonderung zu begeben“ lautet, enthält keinerlei erkennbares Element von Freiwilligkeit, zumal ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG stets eine Rechtsfolge herbeiführen muss, also im Falle der Corona-Quarantäne die Rechtspflicht des Adressaten zur häuslichen Absonderung. Hinzu tritt, dass oftmals in den Hinweisen zum Bescheid durch die Gesundheitsämter auf die Möglichkeiten zwangsweiser Durchsetzung sowie die Bußgeldtatbestände inklusive der möglichen Bußgeldhöhe hingewiesen wird. Für die Annahme von Freiwilligkeit bleibt unter diesen Umständen wohl kein Raum, der Betroffene wird sich dem „Unausweichlichen“ angesichts dieser drohenden repressiven Maßnahmen fügen. Insofern ist im Rahmen des Eingriffs eine Freiheitsentziehung anzunehmen.

### III. Rechtfertigung

Die Absonderung erfolgt zwar im Sinne des Art. 104 Abs. 1 GG auf Grund eines förmlichen Gesetzes. Als hinreichend bestimmt dürfte die Norm hinsichtlich des Adressatenkreises sowie der Form der Beschränkung ebenso einzuschätzen sein. § 30 Abs. 1 IfSG sieht jedoch keinen Richter vorbehalt vor, das Gesundheitsamt ordnet die Absonderung allein an, womit das Erfordernis des Art. 104 Abs. 2 GG nach einer richterlichen Entscheidung verletzt ist. Die bisherige

<sup>16</sup> So auch Kießling, in: Kießling, Infektionsschutzgesetz Kommentar, 2. Aufl. 2021, IfSG § 30 Rn. 29.

<sup>17</sup> BT-Drs. 14/2530, S. 75.

<sup>18</sup> BVerfG BeckRS 2020, 14875; OVG Münster BeckRS 2020, 17887; VG Saarlouis BeckRS 2020, 23935; Schulz/Berneith, Die zwangsweise Absonderung von „Quarantäneverweigerern“ als kommunale Herausforderung, COVuR 2021, 130 (130); Gusy, <https://verfassungsblog.de/absonderung-quarantane-polizeigewahrsam/> (Abruf v. 04.10.2021).

<sup>19</sup> Kießling, in: Kießling (Fn. 16), IfSG § 30 Rn. 29; Kingreen, in: Huster/Kingreen, Handbuch Infektionsschutzrecht, Kapitel 1 Rn. 66; Poscher, in: Huster/Kingreen, Handbuch Infektionsschutzrecht, 2021, Kapitel 4 Rn. 129; Stach, Die häusliche Quarantäne nach Ein- oder Rückreise aus dem Ausland, NJW 2021, 10 (12); so auch schon Schenke, Rechtsfragen der Bekämpfung von AIDS, DVBl. 1988, 165 (169f.).

<sup>20</sup> Stach (Fn. 19), NJW 2021, 10 (12).

Einordnung als bloße Freiheitsbeschränkung und die damit verbundene Ablehnung eines Richtervorbehalts mögen verfahrensökonomische Motive haben, für solche Überlegungen lässt allerdings der eindeutige Wortlaut des Art. 104 Abs. 2 GG keinen Spielraum.

Fraglich ist vor diesem Hintergrund dann noch, ob man § 30 Abs. 1 IfSG für verfassungswidrig und damit nichtig hält oder ob die Norm im Sinne des Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG noch verfassungskonform ausgelegt werden kann.<sup>21</sup> Für ersteres spricht, dass die Gesetzesbegründung keinen Spielraum für eine solche Auslegung lässt, da sie eine Freiheitsentziehung und die Erforderlichkeit eines Richtervorbehalts gerade negiert. Als weitere Argumente lassen sich der eindeutige Wortlaut der Norm sowie das systematische Verhältnis zu § 30 Abs. 2 IfSG anführen, der im direkten Anschluss an § 30 Abs. 1 IfSG gerade erst für die zwangsweise erfolgende Absonderung den Richtervorbehalt bestätigt. Zudem enthält Art. 104 Abs. 2 GG einen Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber, der aus Gründen der Rechtssicherheit nicht durch die Rechtsanwender ausgefüllt werden kann und somit bei Nichtbeachtung zur Verfassungswidrigkeit der Norm führt.<sup>22</sup> Zum Verstoß gegen Art. 104 Abs. 2 GG tritt im Übrigen eine Verletzung des Zitiergebotes gemäß Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG hinzu.<sup>23</sup>

Bei der Frage der Verhältnismäßigkeit ist der Zweck des § 1 Abs. 1 IfSG zu beachten, wonach übertragbare Krankheiten beim Menschen vorgebeugt und die Weiterverbreitung von Infektionen verhindert werden sollen. Im Ergebnis wird hierdurch das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit der Bevölkerung aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützt.<sup>24</sup> Eine Verhältnismäßigkeit der Maßnahme an sich ist zu bejahen, die Verfassungsverstöße liegen im Verstoß gegen das Zitiergebot und der Verletzung des Art. 104 Abs. 2 GG als besonderer Anforderung an die Schranken-Schranken.

### C. Die Ausgangssperre

Im Gegensatz zur Absonderungsanordnung, die seit über 100 Jahren zu den gesetzlichen Standardmaßnahmen der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten gehört,

handelt es sich bei den Ausgangssperren oder Ausgangsbeschränkungen um ein relativ neues Mittel. Bis zur Schaffung von § 28a Abs. 1 Nr. 3 IfSG sowie § 28a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 IfSG im November 2020 fand sich keine spezifische gesetzliche Grundlage für die Möglichkeit, Personen einer nächtlichen Ausgangsbeschränkung zu unterwerfen. Lediglich § 28 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 IfSG a.F.<sup>25</sup> enthielt die relativ allgemein formulierte Ermächtigung, Personen zu verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht zu verlassen, bis die notwendigen Schutzmaßnahmen durchgeführt worden sind. Die mit Wirkung vom 28.03.2020 geänderte Fassung des § 28 IfSG<sup>26</sup> ließ nur die Einschränkung der Durchführung notwendiger Schutzmaßnahmen entfallen, ohne konkretere Ausführungen zur Art dieser Verpflichtung zu machen.

Von dem Mittel der nächtlichen Ausgangsbeschränkung wurde durch die Gesundheitsämter reger Gebrauch gemacht; so wurde in Niedersachsen die Anordnung einer Ausgangsbeschränkung zwischen 21 Uhr und 5 Uhr morgens im mit Wirkung vom 29.03.2021 neu geschaffenen § 18 Abs. 2 bis 4 Nds. Corona-VO a.F.<sup>27</sup> ermöglicht. Das Verlassen der Wohnung war im benannten Zeitraum nur noch mit triftigem Grund gestattet, für die in § 18 Abs. 3 S. 3 Nds. Corona-VO a.F. diverse nicht abschließende Beispiele aufgeführt worden. Durch die bundeseinheitliche „Corona-Notbremse“ wurde zudem in § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG eine qua Gesetz gültige (self-executing Norm) Ausgangsbeschränkung zwischen 22 Uhr bis 5 Uhr des Folgetags angeordnet, soweit die Sieben-Tage-Inzidenz in einem Landkreis den Schwellenwert von 100 an drei aufeinanderfolgenden Tagen überschreitet. Diese Norm ist mit Ablauf des 30.06.2021 außer Kraft getreten.

### I. Der Adressatenkreis des § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 2, § 28a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 IfSG und des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG

Der Adressatenkreis der Ausgangsbeschränkungen unterscheidet sich wesentlich von dem der Absonderungsanordnung. Während die Quarantäne nur gegenüber den Störern i.S.d. IfSG verhängt werden kann, also Kranken, Krankheits- und Ansteckungsverdächtigen sowie Ausscheidern, ist die Maßnahmenrichtung der

<sup>21</sup> Stach (Fn. 19), NJW 2021, 10 (12).

<sup>22</sup> BVerfGE 141, 220 (294, Rn. 174); BVerfGE 149, 293 (332 Rn. 94f.).

<sup>23</sup> Johann/Gabriel, in: Eckart/Winkelmüller, BeckOK Infektionsschutzrecht, 6. Edition Stand: 01.07.2021, IfSG § 30 Rn. 24.1.

<sup>24</sup> BT-Drs. 14/2530, S. 43.

<sup>25</sup> BGBl. I 2015, S. 1368.

<sup>26</sup> BGBl. I 2020, S. 587.

<sup>27</sup> Nds. GVBl. 2021, S. 166.

Ausgangsbeschränkung überhaupt nicht festgelegt und schließt somit auch Nichtstörer ein.<sup>28</sup> Die tatsächlich verhängten Ausgangsbeschränkungen betrafen folglich unterschiedslos sowohl infektionsschutzrechtliche Störer wie auch Nichtstörer gleichermaßen und wurde allein an den im jeweiligen Gebiet ermittelten Inzidenzwert geknüpft.

## II. Eingriffsmodalität der Ausgangsbeschränkung

Bei der Ausgangsbeschränkung gestaltet sich die Ermittlung der Eingriffsmodalität in das Freiheitsgrundrecht des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG differenzierter: Dem Betroffenen ist schließlich nicht das Verlassen der Wohnung pauschal untersagt, sondern es wird ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt statuiert.<sup>29</sup> Aus diesem Umstand schließen Teile der Rechtsprechung sowie der Literatur, dass es sich um gar keinen Eingriff in das Grundrecht auf Freiheit der Person handele, sondern lediglich um einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG.<sup>30</sup> Andere wiederum wollen einen intensiven Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Art. 104 Abs. 1 GG erkennen.<sup>31</sup>

Zur Stellungnahme für die eine oder die andere Ansicht sollte sich wieder ins Gedächtnis gerufen werden, wann eine Freiheitsbeschränkung i.S.d. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Art. 104 Abs. 1 GG gegeben ist: Freiheitsbeschränkungen sind jegliche staatlichen Maßnahmen, welche die Ausübung der körperlichen Bewegungsfreiheit erschweren oder unmöglich machen.<sup>32</sup> Voraussetzung ist folglich, dass „jemand durch die öffentliche Gewalt gegen seinen Willen daran gehindert wird, einen Ort oder Raum aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten, der ihm an sich (tatsächlich und rechtlich) zugänglich ist“<sup>33</sup>, also im Vergleich zur Freiheitsentziehung, die die Bewegungsfreiheit gänzlich aufhebt, nur eine „partielle Beschränkung der Freiheit“ vorliegt.<sup>34</sup>

Subsumiert man diese allgemeine Formel unter das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt der Ausgangsbeschränkung, so ist die Bewegungsfreiheit der Betroffenen

bis auf partielle Ausnahmetatbestände aufgehoben, denn das Verlassen der Wohnung ist nur aus bestimmten Gründen zulässig. Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass sich der infektionsschutzrechtliche Nichtstörer einer Situation gegenüber sieht, in der er sich für seine Freiheitsbetätigung rechtfertigen muss,<sup>35</sup> was das Konzept eines Freiheitsgrundrechts mit engen Einschränkungsmöglichkeiten geradezu auf den Kopf stellt. Berücksichtigt man nun – hinzutretend zu den bloß als Ausnahmetatbestände entwickelten Möglichkeiten der Freiheitsbeschränkung – noch, dass die bisherige Judikatur bereits wenige Stunden ausreichen lässt, um die nicht mehr nur kurzfristige (vollständige) Aufhebung der Bewegungsfreiheit als Freiheitsentziehung zu beurteilen, wird man bei einer Ausgangsbeschränkung, die sieben Tage die Woche acht Stunden des Tages in Anspruch nimmt, angesichts dieser Intensität einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG annehmen müssen. Schließlich wird auch einem Freigänger in Haftanstalten, dem die Erlaubnis erteilt wird, außerhalb der Justizvollzugsanstalt zu arbeiten, die Freiheit entzogen.<sup>36</sup> Wenn man den Eingriff für Ausgangsbeschränkungen gleichwohl verneint, ergeben sich folglich Wertungswidersprüche zur bisherigen Judikatur. Weitere Argumente, die etwa auf eine mangelnde Bewachung der Betroffenen abstellen und somit keine wirksame Hinderung am Verlassen der Wohnung erkennen wollen<sup>37</sup> beachten dabei nicht ausreichend, dass die Polizei die Ausgangssperren durch Streifenfahrten durchsetzt, die feststellenden Allgemeinverfügungen der Gesundheitsämter unmittelbar zur Einhaltung verpflichten und der Verstoß zudem unmittelbare Konsequenzen in Form von Bußgeldern nach sich zieht. Auch hier ist somit ein psychischer Druck, die Maßnahme tatsächlich umzusetzen, in Form des Inaussichtstellens von Sanktionen gegeben.

## III. Rechtfertigung

Kommt man nun zum Ergebnis, dass bei der nächtlichen Ausgangsbeschränkung ein Eingriff in das Grundrecht der

<sup>28</sup> Lindner, in: Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Aufl. 2021, § 18 Rn. 87.

<sup>29</sup> VerfGH Saarland NVwZ-RR 2020, 514 (519); Lindner, in: Schmidt (Fn. 28), § 18 Rn. 89.

<sup>30</sup> VGH München NJW 2021, 178 (182); ähnlich auch OVG Lüneburg NdsVBl. 2021, 210; Lindner, in: Schmidt (Fn. 28), § 18 Rn. 89.

<sup>31</sup> VerfGH Saarland NVwZ-RR 2020, 514 (518); VGH München NJW 2020, 1236 (1238); Kießling, in: Kießling (Fn. 16) IfSG § 28a Rn. 41; Kühling/Schildbach, in: Huster/Kingreen (Fn. 19), Kapitel 6 Rn. 25; Poscher, in: Huster/Kingreen (Fn. 19), Kapitel 4 Rn. 126ff.; Schmitt, Die Verfassungswidrigkeit der landesweiten Ausgangsverbote, NJW 2020, 1626 (1627); so auch schon Herzmann (Fn. 9), DÖV 2006, 678 (680); Siegel, Verwaltungsrecht im Krisenmodus, NVwZ 2020, 577 (578); Edenharter, <https://verfassungsblog.de/freiheitsrechte-ade/> (Abruf v. 08.10.2021); Schmitt, <https://verfassungsblog.de/wen-soll-das-schutzen/> (Abruf v. 06.10.2021).

<sup>32</sup> Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 3), Art. 104 Rn. 19; Mehde, in: Maunz/Dürig (Fn. 3), Art. 104 Rn. 38.

<sup>33</sup> BVerfGE 94, 166 (198); BVerfG NVwZ 2011, 743 (744).

<sup>34</sup> Mehde, in: Maunz/Dürig (Fn. 3), Art. 104 Rn. 38.

<sup>35</sup> Katzenmeier, Grundrechte in Zeiten von Corona – Zugleich Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 7. 4. 2020 – 1 BvR 755/20, MedR 2020, 461 (465); Kießling, NJW 2021, 182 (183), Anm. zu VGH München, Beschl. v. 14.12.2020 – 20 NE 20.2907.

<sup>36</sup> Poscher, in: Huster/Kingreen (Fn. 19), Kapitel 4 Rn. 127.

<sup>37</sup> So aber der VGH München, NJW 2021, 178 (182).

Freiheit der Person vorliegt, so stellt sich die Frage, inwiefern dieser gerechtfertigt sein kann. Bei der unmittelbar durch Gesetz angeordneten Ausgangsbeschränkung des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG ist im Rahmen der Rechtfertigung bereits bei der Schranke zu erörtern, ob den Anforderungen an das freiheitsbeschränkende Gesetz der Art. 2 Abs. 2 S. 3, 104 Abs. 1 S. 1 GG entsprochen wird. Demnach darf die Freiheit der Person nur „auf Grund“ eines förmlichen Gesetzes beschränkt werden, nicht „durch“ Gesetz; § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG wirkte jedoch self-executing, bedurfte also keines weiteren Umsetzungsaktes etwa durch Verwaltungsakt oder Allgemeinverfügung. Die mittlerweile außer Kraft getretene Norm band bei Überschreiten des Inzidenzwertes unmittelbar die Bewohner des Landkreises – womit das Grundrecht nicht mehr auf Grund eines Gesetzes, sondern durch Gesetz beschränkt wurde.<sup>38</sup> Dem Gesundheitsamt oblag in diesem Fall nur eine Bekanntmachung der Überschreitung des Inzidenzwertes, eine eigene Einzelfallentscheidung inklusive Verhältnismäßigkeitsprüfung war von § 28b Abs. 1 S. 3 und 4 IfSG nicht umfasst. Die Zulässigkeit einer Freiheitsbeschränkung nur auf Grund eines Gesetzes findet ihre Begründung – jedenfalls hinsichtlich des Freiheitsgrundrechtes – darin, dass dieser Eingriff nicht bloß durch eine der drei Gewalten allein angeordnet werden können soll, sondern i.S.d. „Checks and Balances“ einer weiteren Gewalt zur Kontrolle bedarf.<sup>39</sup> Insofern lag hinsichtlich des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG bereits eine Verfassungswidrigkeit aufgrund der Verletzung von Art. 2 Abs. 2 S. 3, 104 Abs. 1 S. 1 GG vor.

Im Hinblick auf die Schranken-Schranken tendierte die Rechtsprechung zu Beginn der Corona-Krise zunächst dazu, die Verhältnismäßigkeit nächtlicher Ausgangsbeschränkungen anzunehmen.<sup>40</sup> Zumeist entschieden die Gerichte allerdings aufgrund einer Folgenabwägung zugunsten der Antragsteller im einstweiligen Rechtsschutz, sodass viele der aufgeworfenen Fragen noch nicht abschließend durch Urteile geklärt sind. Die Argumentation in den Beschlüssen sah sich allerdings in der Literatur teils scharfer Kritik ausgesetzt, von „Widersprüchen“

und „Oberflächlichkeiten“ ist die Rede.<sup>41</sup> Auch einige Gerichte gingen ab dem Frühjahr 2021 mehr und mehr dazu über, die Ausgangsbeschränkungen deutlich differenzierter und kritischer zu betrachten. Dabei wurde bereits die nur bedingte Geeignetheit der Maßnahme beanstandet, da die meisten Personen in der Nacht ohnehin das Haus nicht verließen und somit eine nennenswerte Umkehrung der steigenden Inzidenzwerte durch diese Maßnahme nicht zu erwarten sei, was entgegen der Eingriffsdogmatik im Übrigen auch als Argument gegen die Intensität des Eingriffs angeführt worden ist. Zudem sei die Studienlage zur Effektivität widersprüchlich.<sup>42</sup> Ohnehin sei ein spezifisches Infektionsrisiko beim bloßen Aufenthalt außerhalb der eigenen Wohnung nicht erkennbar.<sup>43</sup> Außerdem obliegt die effektive Durchsetzung der bisherigen Kontaktbeschränkungen zunächst den Behörden, wenn es erhebliche Verstöße gegen bereits bestehende Schutzmaßnahmen wie Kontaktbeschränkungen gebe; ein zusätzliches Verbot werde nicht dazu beitragen, dass diese Personen sich sodann daran hielten, sodass es auch nicht erforderlich sei; zudem seien andere, mildere Mittel wie Betretungsverbote nicht in Betracht gezogen worden.<sup>44</sup>

Hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne schweigen sich die meisten Entscheidungen bislang noch aus, was angesichts der bereits mangelnden Erforderlichkeit der Maßnahme und zudem im Verfahren des Eilrechtsschutzes, in dem meist eine umfassende Abwägung zeitlich und aufgrund der Aktenlage gar nicht möglich ist, nicht überrascht. Zu beachten ist bei der Prüfung der Angemessenheit, dass das Grundrecht der Freiheit der Person eine verfassungsrechtlich herausgehobene Stellung einnimmt und somit Beschränkungen hohen Ansprüchen an die Rechtfertigung genügen müssen,<sup>45</sup> jedoch auf der anderen Seite auch der Schutz des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG sowie wichtige Gemeinschaftswerte wie die Volksgesundheit<sup>46</sup> zu beachten sind. In Anbetracht der geringen Geeignetheit im Hinblick auf den Erreger SARS-CoV-2, der breiten Betroffenheit von Nichtstörern und der Beschränkung auf Nachtzeiten, in denen ohnehin ein geringeres

<sup>38</sup> Kießling, BT-Ausschuss-Drs. 19(14)323(6), S. 8; Kingreen, BT-Ausschuss-Drs. 19(14)323(19), S. 7; Möllers, BT-Ausschuss-Drs. 19(14)323(2), S. 5; so auch schon Schmitt, Verfassungslehre, 11. Aufl. 2017, S. 152; Jarass, in: Jarass/Piero (Fn. 2), Vorb. Vor Art. 1, Rn. 42; Wißgott, <https://verfassungsblog.de/keine-self-executing-ausgangssperre/> (Abruf v. 07.10.2021).

<sup>39</sup> So auch Kießling, BT-Ausschuss-Drs. 19(14)323(6), S. 8.

<sup>40</sup> BVerfG NJW 2020, 1429; NJW 2021, 1808; VGH München NJW 2021, 178; VGH Mannheim BeckRS 2020, 36334; OVG Weimar BeckRS 2021, 5303.

<sup>41</sup> Kießling, in: Kießling (Fn. 16), IfSG § 28a Rn. 114; Kießling (Fn. 35), NJW 2021, 182 (183).

<sup>42</sup> OVG Lüneburg NdsVBl. 2021, 210; VG Hannover BeckRS 2021, 6293.

<sup>43</sup> OVG Lüneburg NdsVBl. 2021, 210; VGH München BeckRS 2021, 29086.

<sup>44</sup> OVG Lüneburg NdsVBl. 2021, 210; VG Hannover BeckRS 2021, 6293.

<sup>45</sup> Di Fabio, in: Maunz/Dürig (Fn. 3), Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 46f.

<sup>46</sup> BVerfGE 13, 97 (107).

Infektionsgeschehen zu erwarten ist, dürfte jedoch auch die Verhältnismäßigkeit nächtlicher Ausgangssperren zu verneinen sein.<sup>47</sup>

#### D. Eigene Bewertung

Sowohl hinsichtlich der Ermächtigungsgrundlage für die Absonderungsverfügung wie auch hinsichtlich der Maßnahme der nächtlichen Ausgangssperre ist festzustellen, dass sie in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung einer verfassungsrechtlichen Prüfung am Freiheitsgrundrecht jedenfalls anhand der bisher entwickelten Maßstäbe nicht standhalten.

Bei der Quarantäneverfügung kommt man bei Anwendung der anerkannten Grundsätze der Rechtsprechung und Literatur zum Ergebnis, dass es sich hierbei um eine Freiheitsentziehung handelt. Mangels gesetzlich vorgesehen Richtervorbehalts ist die behördlich nach § 30 Abs. 1 IfSG angeordnete Absonderung in der aktuellen Gesetzesfassung verfassungswidrig.

Hinsichtlich der nächtlichen Ausgangsbeschränkungen hingegen wird man eine Freiheitsentziehung zwar ablehnen, eine Freiheitsbeschränkung allerdings annehmen müssen. Für diese Maßnahme bedarf es somit keines Richtervorbehalts; misst man sie allerdings am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Lichte des Freiheitsgrundrechts des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, wird man auch hier von einer wohl verfassungswidrigen Maßnahme jedenfalls in Bezug auf SARS-CoV-2 ausgehen müssen.

Bei all der Kritik an der Politik und der bisherigen Rechtsprechung sollte beachtet werden, dass der Staat angesichts der Pandemiedynamik oftmals schwierigen Entscheidungen gegenüberstand. Das einstweilige Rechtsschutzverfahren kann die intensive und umfassende Erörterung eines so komplexen Themenfeldes wie der Corona-Pandemie in einem Hauptsacheverfahren nicht ersetzen. Es bleibt zu hoffen, dass mit dem nun fortschreitenden Erkenntnisgewinn über das SARS-CoV-2-Virus und die Krankheit COVID-19 die gerichtliche Kontroll-dichte weiter zunimmt und die Pandemiebekämpfung sich nun an den auch sonst üblichen verfassungsrechtlichen Maßstäben auszurichten hat. Der teils entstandene Eindruck einer „Corona-Parallel-Dogmatik“ in Bezug auf Grundrechte sollte sich nicht verfestigen.

Jurastudenten ist in Anbetracht der Dynamik der Situation

anzuraten, die Gesetzgebung und Rechtsprechung mit der gebotenen Distanz und Skepsis zu betrachten und sich bei der Lösung von Fällen mit Bezug zur Corona-Pandemie nicht an auswendig gelernten Urteilen, sondern an der hergebrachten und bewährten Grundrechtsdogmatik zu orientieren. Sie bietet verlässliche Lösungswege, die nicht von Tagespolitik und den praktischen Problemen von Eilverfahren geprägte Ergebnisse liefert, die bereits morgen nicht mehr relevant sein können.

<sup>47</sup> So auch Kießling, in: Kießling (Fn. 16), IfSG § 28a Rn. 43, die Ausgangsbeschränkungen bei einem Erreger wie SARS-CoV-2 für „stets unverhältnismäßig“ erachtet; ebenso Katzenmeier (Fn. 35), MedR 2020, 461 (465).

## Raub mit Todesfolge bei Behandlungsabbruch aufgrund Patientenverfügung

Dipl. Jur. Nathalie Hamm

BGH, Beschl. v. 17.03.2020, 3 StR 574/19

§§ 249, 251 StGB; § 1901a Abs. 1 BGB

### Sachverhalt (gekürzt und leicht abgewandelt)

Die 84-jährige, bereits schwer kranke O hob bei der Bank EUR 600,00 von ihrem Konto ab und machte sich anschließend auf den Heimweg. Dabei legte sie ihre Handtasche mit dem Geld in den Korb ihres Rollators und band den Gurt zur Sicherung um dessen Griff, welchen sie wiederum festhielt. Plötzlich näherte sich der Radfahrer R, der das hohe Alter der O und ihr unsicheres Gangbild sowie den am Rollator gesicherten Handtaschengurt deutlich erkennen konnte. Dennoch griff R nach der Handtasche und zog mehrfach und mit erheblicher Kraft daran. Dabei entglitt O der Rollator, sie verlor den Halt und stürzte, wobei ihr Kopf ungebremst auf das Kopfsteinpflaster schlug. R entfernte sich mit der Handtasche. Nachdem er diese an der nächsten Straßenecke durchsucht und das von ihm dort vermutete Bargeld entnommen hatte, warf er die Tasche – wie von Anfang an geplant – weg.

Bei O musste eine Notoperation unter Vollnarkose durchgeführt werden. Der medizinisch indizierte und lege artis durchgeführte Eingriff führte in Kombination mit den Vorerkrankungen dazu, dass O das Bewusstsein nicht wieder erlangte. Da keine Aussicht mehr auf Besserung bestand, verzichteten die Ärzte aufgrund einer wirksamen Patientenverfügung der O in rechtmäßiger Weise auf weitere intensivmedizinische Maßnahmen. 13 Tage später verstarb O.

Hat R sich gemäß §§ 249, 251 StGB strafbar gemacht?

### EINORDNUNG

In dem vorliegenden Beschluss befasst sich der BGH mit der Strafbarkeit wegen Raubes mit Todesfolge gemäß § 251 StGB – allerdings in einer atypischen, bisher noch nicht von der Rechtsprechung entschiedenen Konstellation. Im Mittelpunkt steht dabei die Frage des Zurechnungszusammenhangs zwischen Grunddelikt und Eintritt der schweren Folge, wenn der Tod des Opfers letztlich aus einem Behandlungsabbruch aufgrund einer wirksamen Patientenverfügung gem. § 1901a BGB resultiert. Hierin könnte ein die Zurechnung unterbrechendes eigenverantwortliches Opferverhalten zu sehen sein. Für die Beurteilung der Fallfrage ist neben der Kenntnis allgemeiner Zurechnungsgrundsätze vor allem die sichere Beherrschung von Systematik und Aufbau der erfolgsqualifizierten Delikte notwendig. Ebenso ist es hilfreich, sich die Funktion des tatbestandspezifischen Gefährdungszusammenhangs und die dahinter stehenden Wertungen vor Augen zu führen.

### LEITSATZ

Der qualifikationsspezifische Risikozusammenhang im Sinne des § 251 StGB wird nicht dadurch unterbrochen, dass die behandelnden Ärzte mit Blick auf eine wirksame Patientenverfügung in rechtmäßiger Weise von einer Weiterbehandlung des moribunden Raubopfers absehen.

### GUTACHTERLICHE LÖSUNG

Strafbarkeit von R gem. §§ 249 Abs. 1, 251 StGB

A. Tatbestand

I. Grundtatbestand des § 249 Abs. 1 StGB

1. Objektiver Tatbestand

a) Fremde bewegliche Sache

b) Wegnahme

c) Qualifiziertes Nötigungsmittel

d) Raubspezifischer Zusammenhang

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz bzgl. objektivem Tatbestand

- b) Absicht rechtswidriger (Dritt-) Zueignung
- c) Finalzusammenhang
- II. Voraussetzungen des § 251 StGB
  1. Eintritt der schweren Folge: Tod
  2. Kausalität zwischen Grunddelikt und schwerer Folge
- 3. Tatbestandsspezifischer Gefahrzusammenhang**
- 4. Wenigstens Leichtfertigkeit hins. schwerer Folge**
  - B. Rechtswidrigkeit
  - C. Schuld, insb. individuelle Leichtfertigkeit

### Strafbarkeit von R gemäß §§ 249 Abs. 1, 251 StGB

R könnte sich wegen Raubes mit Todesfolge strafbar gemacht haben, indem er O die Handtasche mit dem Bargeld entriss und sie mitnahm und O einige Tage später im Krankenhaus verstarb.

#### A. Tatbestand

Es müssten alle Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 249 Abs. 1, 251 StGB erfüllt sein.

#### I. Voraussetzungen des Grundtatbestands, § 249 Abs. 1 StGB

Zunächst müssten alle Tatbestandsvoraussetzungen eines einfachen Raubes gemäß § 249 Abs. 1 StGB gegeben sein.

##### 1. Objektiver Tatbestand

Dafür müsste R den objektiven Tatbestand verwirklicht haben. Dies ist der Fall, wenn er eine fremde bewegliche Sache unter Anwendung eines qualifizierten Nötigungsmittels weggenommen hat.

##### a) Fremde bewegliche Sache

Die Handtasche und ihr Inhalt müssten für R fremde bewegliche Sachen sein. Eine Sache im Sinne des Strafrechts ist jeder körperliche Gegenstand.<sup>1</sup> Fremd ist jede Sache, die zumindest auch im Eigentum eines anderen steht.<sup>2</sup> Beweglich sind Sachen, die tatsächlich fortgeschafft werden können.<sup>3</sup> Sowohl die Handtasche selbst als auch das Bargeld

sind fassbare und von der Außenwelt abgrenzbare Objekte, die im Alleineigentum der O stehen und von ihrem ursprünglichen Ort entfernt werden können. Es handelt sich damit um fremde bewegliche Sachen.

##### b) Wegnahme

Diese müsste R weggenommen haben. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams.<sup>4</sup> Dabei meint Gewahrsam das von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Herrschaftsverhältnis einer Person über eine Sache, dessen Reichweite durch die Verkehrsanschauung bestimmt wird.<sup>5</sup>

##### aa) Fremder Gewahrsam

O übte zunächst die tatsächliche Sachherrschaft über die Handtasche und das darin befindliche Bargeld aus und besaß dabei einen natürlichen Herrschaftswillen. Damit bestand fremder Gewahrsam an Handtasche und Geld.

##### bb) Gewahrsamsbruch

Diesen Gewahrsam müsste R gebrochen haben. Fremder Gewahrsam wird gebrochen, wenn er ohne den Willen des Gewahrsamsinhabers aufgehoben wird.<sup>6</sup> Indem R der O die Handtasche durch heftiges Zerren entriss, hob er die tatsächliche Sachherrschaft der O gegen ihren Willen auf. Dies gilt sowohl wenn man das Vorliegen eines Gewahrsamsbruchs nach dem äußeren Erscheinungsbild<sup>7</sup> beurteilt als auch bei Abstellen auf die innere Willensrichtung des Opfers<sup>8</sup>, weshalb es auf diese umstrittene Frage<sup>9</sup> hier nicht ankommt.

##### cc) Begründung neuen Gewahrsams

Schließlich müsste R neuen Gewahrsam begründet haben. Die Begründung neuen Gewahrsams setzt voraus, dass der Täter die Sachherrschaft derart erlangt, dass er ungehindert über die Sache verfügen kann und der ehemalige Gewahrsamsinhaber von der Herrschaftsgewalt ausgeschlossen bleibt, wenn er nicht seinerseits zunächst

<sup>1</sup> Joecks/Jäger, Studienkommentar StGB, 13. Aufl. 2021, Vor § 242 Rn. 8; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 23. Aufl. 2021, § 2 Rn. 6.

<sup>2</sup> Rengier, Strafr BT I (Fn. 1), § 2 Rn. 9; Schmitz in: Joecks/Miebach, Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 31.

<sup>3</sup> Joecks/Jäger, StuKo StGB (Fn. 1), Vor § 242 Rn. 12; Rengier, Strafr BT I (Fn. 1), § 2 Rn. 8.

<sup>4</sup> BGH NSTZ 2019, 726 (727); Bosch in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 22; Joecks/Jäger, StuKo StGB (Fn. 1), § 242 Rn. 10.

<sup>5</sup> BGHSt 16, 271 (273); 22, 180 (182); Wittig, in: v. Heintschel-Heinegg, Beck'scher Online-Kommentar StGB, 50. Edt. 2021, § 242 Rn. 11.

<sup>6</sup> Kühl in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2018, § 242 Rn. 14; Schmitz in: MüKo-StGB (Fn. 2), § 242 Rn. 86.

<sup>7</sup> BGHSt 7, 252 (255); 41, 123 (126); BGH NSTZ-RR 2011, 80 (80); Kindhäuser in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Nomoskommentar zum StGB, 5. Aufl. 2017, § 249 Rn. 9.

<sup>8</sup> Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 249 Rn. 2; Rengier, Strafr BT I (Fn. 1), § 11 Rn. 34ff.

<sup>9</sup> Vgl. ausführliche Darstellung bei Rönnau, Grundwissen – Strafrecht: Abgrenzung von Raub und räuberischer (Sach-)Erpressung, JuS 2012, 888 (888ff.).

die Verfügungsgewalt des Täters beseitigt.<sup>10</sup> Spätestens mit seinem ungehinderten Entfernen erlangte R die vollständige Sachherrschaft über Tasche und Inhalt, während O jegliche Zugriffsmöglichkeit verlor. Damit begründete R eigenen Gewahrsam an allen Sachen. Eine Wegnahme liegt somit vor.

### c) Qualifiziertes Nötigungsmittel

R müsste die Wegnahme mittels Gewalt gegen eine Person oder unter Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben vorgenommen haben. Das heftige Wegreißen der Tasche könnte die Anwendung von Personengewalt darstellen. Gewalt ist jeder körperlich wirkende Zwang zur Überwindung eines geleisteten oder erwarteten Widerstandes.<sup>11</sup> Hier stellt sich zunächst die Frage, ob tatsächlich ein Widerstand gebrochen werden sollte. Zudem ist zu beurteilen, ob die erforderliche Personenbezogenheit der Gewalteinwirkung vorliegt.

#### aa) Entgegenstehender Widerstand

Gerade in den sog. Handtaschen-Fällen ist festzustellen, ob der Täter tatsächlich den für den Gewaltbegriff erforderlichen Willen hatte, Widerstand zu brechen. Prägen nämlich auf List, Schnelligkeit oder Geschicklichkeit beruhende Überraschungsmomente das Tatbild, so möchte der Täter die Wegnahme vollenden, bevor ein Wille zum Widerstand beim Opfer überhaupt entstehen kann.<sup>12</sup> Steht dagegen eine Widerstand überwindende Kraftentfaltung des Täters im Mittelpunkt, etwa weil das Opfer die Beute besonders festhält oder gesichert hat, ist diese Anforderung an den Gewaltbegriff erfüllt.<sup>13</sup> Angesichts der besonderen Sicherung des Gurtes beruhte das Ergreifen der Tasche durch R nicht auf Ausnutzung eines Überraschungsmomentes, sondern beinhaltete einen erheblichen Kraftaufwand, der den Widerstand der O überwinden sollte. R wandte somit Gewalt an.

#### bb) Personenbezogenheit

Angesichts des gegenüber § 240 StGB engeren Wortlautes setzt „Gewalt gegen eine Person“ i.S.d. § 249 Abs. 1 StGB eine unmittelbar oder mittelbar gegen den Körper des Opfers gerichtete Einwirkung voraus.<sup>14</sup> R zog lediglich an der

Tasche, die O selbst berührte er nicht. Eine solche Gewalt gegen Sachen kann jedoch Gewalt gegen Personen darstellen, wenn die unmittelbare Sacheinwirkung mittelbar eine körperliche Zwangswirkung beim Opfer hervorruft.<sup>15</sup> Indem R kräftig an der Tasche riss, entzog er der O zugleich den für ihren Halt unerlässlichen Rollator. Sie konnte ihr Gleichgewicht nicht mehr halten und stürzte, womit sich die Kraftentfaltung des R in Richtung der Tasche mittelbar bei O als körperlicher Zwang auswirkte. Die Personenbezogenheit der Gewalthandlung liegt vor.

#### Anmerkung:

In der Literatur wird teilweise bezweifelt, ob die Voraussetzungen eines einfachen Raubes, insbesondere die Anwendung von Personengewalt, hier vorlagen, vgl. Mitsch, NJW 2020, 3669 (3671), Anm. zu BGH, Beschluss v. 17.03.2020 – 3 StR 574/19; Ruppert, JZ 2021, 264 (268), Anm. zu BGH, Beschluss v. 17.03.2020 – 3 StR 574/19; a.A. Eisele, Strafrecht BT: Raub mit Todesfolge, JuS 2021, 86 (86); Pohlreich, Deliktsspezifischer Gefahrezusammenhang bei ärztlichem Behandlungsabbruch aufgrund einer Patientenverfügung, HRRS 2021, 207 (207f.).

#### d) Raubspezifischer Zusammenhang

Umstritten ist, ob der Raub einen objektiven Zusammenhang zwischen Nötigungsmittel und Wegnahme voraussetzt. Vereinzelt wird gefordert, dass der Einsatz des Nötigungsmittels objektiv erforderlich bzw. tatsächlich kausal für die Wegnahme war.<sup>16</sup> Angesichts des gesicherten Taschengurtes wäre es R gar nicht möglich gewesen, die Handtasche ohne erhebliche Kraftaufwendung zu erlangen. Die daraus resultierende Gewalt gegen O war also tatsächlich notwendig und kausal für die Wegnahme und fand in engem räumlich-zeitlichem Zusammenhang mit ihr statt, womit ein solch objektiver raubspezifischer Zusammenhang ohnehin gegeben ist.

#### e) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand des § 249 StGB ist erfüllt.

<sup>10</sup> Kudlich, Die Wegnahme in der Fallbearbeitung, JA 2017, 428 (431); Schmitz in: MüKo-StGB (Fn. 2), § 242 Rn. 84.

<sup>11</sup> Eisele in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 177 Rn. 71; Heger in: Lackner/Kühl (Fn. 6), § 240 Rn. 5; umfassend zum Gewaltbegriff Geppert, Die Nötigung (§ 240 StGB), Jura 2006, 31 (33ff.).

<sup>12</sup> BGH NSTz 2020, 219 (220); Rengier, Strafr BT I (Fn. 1), § 7 Rn. 12.

<sup>13</sup> BGH NJW 1955, 1404 (1405); Sander in: MüKo-StGB (Fn. 2), § 249 Rn. 16.

<sup>14</sup> BGH NSTz 2019, 523 (523); 2020, 219 (220); Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 249 Rn. 4.

<sup>15</sup> BGHSt 20, 194 (195); Kühl in: Lackner/Kühl (Fn. 6), § 249 Rn. 2; Wittig in: BeckOK StGB (Fn. 5), § 249 Rn. 4.

<sup>16</sup> Vgl. dazu Rengier, Strafr BT I (Fn. 1), § 7 Rn. 22f. m.w.N.; Sander in: MüKo-StGB (Fn. 2), § 249 Rn. 25f. m.w.N.

## 2. Subjektiver Tatbestand

Zudem müssten die subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen gegeben sein.

### a) Vorsatz bzgl. des objektiven Tatbestandes

Zunächst müsste R vorsätzlich bezüglich der Erfüllung aller objektiven Tatbestandsmerkmale gehandelt haben. Vorsatz ist der Wille zur Tatbestandsverwirklichung in Kenntnis aller objektiven Tatbestandsmerkmale zum Zeitpunkt der Tat.<sup>17</sup> R kam es gerade darauf an, Gewahrsam an der Tasche samt Inhalt zu erlangen und ihm war bewusst, dafür den Gewahrsam der O brechen zu müssen. Dafür wollte er erhebliche Kraft einsetzen und nahm dabei mindestens in Kauf, auch Personengewalt gegen O anwenden zu müssen. Mithin handelte er vorsätzlich.

### b) Absicht rechtswidriger Zueignung

R müsste auch in rechtswidriger Zueignungsabsicht gehandelt haben. Die Zueignungsabsicht ist gegeben, wenn der Täter die Sache unter Anmaßung einer eigentümerähnlichen Stellung zumindest vorübergehend der eigenen Vermögenssphäre oder der eines Dritten einverleiben möchte (Aneignungskomponente) und zumindest in Kauf nimmt, sie der Verfügungsgewalt des Berechtigten dauerhaft zu entziehen (Enteignungskomponente).<sup>18</sup> Rechtswidrig ist die erstrebte Zueignung, wenn sie der materiellen Eigentumsordnung widerspricht,<sup>19</sup> wobei auch diesbezüglich Vorsatz gegeben sein muss.<sup>20</sup> Insofern ist zwischen Bargeld und Handtasche zu differenzieren.

#### aa) Bargeld

R wollte das in der Tasche befindliche Bargeld an sich bringen, um es zu eigenen Zwecken zu verwenden. Er wollte es also seiner eigenen Vermögenssphäre einverleiben und es dafür der Verfügungsgewalt der berechtigten O endgültig entziehen. Dabei hatte R keinerlei Anspruch auf Übergabe des Bargeldes, was ihm bewusst war. Er handelte bezüglich des Geldes also in der Absicht rechtswidriger Zueignung.

#### bb) Handtasche

Fraglich ist, ob dies auch für die Handtasche gilt. R plante

von Anfang an, die Handtasche nach Entnahme des Bargeldes zu entsorgen. Im Hinblick auf die Tasche fehlte es ihm also an jeglicher Absicht zur Eigennutzung und damit zur Aneignung. Eine Zueignungsabsicht bezüglich der Tasche ist daher zu verneinen.

### c) Finalzusammenhang

Erforderlich ist zuletzt ein subjektiv-finale Verknüpfung zwischen Wegnahme und Nötigungsmittel. Dafür muss die Anwendung des Nötigungsmittels aus Sicht des Täters dazu dienen, die Wegnahme zu ermöglichen.<sup>21</sup> R riss an der Tasche, um deren Gurt vom Griff des Rollators und aus den Händen der O zu lösen und so an den Inhalt zu gelangen. Aus seiner Sicht war die Gewaltanwendung also gerade Mittel zur Ermöglichung der Bargeldwegnahme. Der Finalzusammenhang ist somit gegeben.

### d) Zwischenergebnis

Auch der subjektive Tatbestand des § 249 StGB ist im Hinblick auf das Bargeld erfüllt.

## 3. Zwischenergebnis

Die Tatbestandsvoraussetzungen des einfachen Raubes gemäß § 249 StGB liegen vor.

## II. Voraussetzungen der Erfolgsqualifikation, § 251 StGB

Es müssten auch die Voraussetzungen der Erfolgsqualifikation des § 251 StGB erfüllt sein.

### 1. Eintritt der schweren Folge

Mit dem Tod der O ist die schwere Folge im Sinne des § 251 StGB eingetreten.

### 2. Kausalität zwischen Grunddelikt und Folge

Der Tod der O müsste kausal auf dem Raub durch R beruhen. Dies ist unter Anwendung der *conditio-sine-qua-non*-Formel der Fall, wenn das Grunddelikt nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass die schwere Folge in ihrer konkreten Gestalt entfiel.<sup>22</sup> Hätte R nicht heftig an der Handtasche gerissen, wäre O nicht gestürzt und es wäre nicht zur Operation gekommen, in deren Folge sie verstarb. Der Tod der O beruhte also kausal i.S.e. naturgesetzhchen Ursachenzusammenhangs auf dem Raub.

<sup>17</sup> Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, Kap. 11 Rn. 4; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 14 Rn. 5

<sup>18</sup> BGH NStZ 2019, 344 (344f.); Kindhäuser in: NK-StGB (Fn. 7), § 242 Rn. 69; Rengier, StrafR BT I (Fn. 1), § 2 Rn. 89ff.

<sup>19</sup> Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 242 Rn. 59; Kühl in: Lackner/Kühl (Fn. 6), § 242 Rn. 27

<sup>20</sup> Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 242 Rn. 65; Joecks/Jäger, StUKo StGB (Fn. 1), Vor § 242 Rn. 56.

<sup>21</sup> Rengier, StrafR BT I (Fn. 1), § 7 Rn. 22; Sander in: MüKo-StGB (Fn. 2), § 249 Rn. 24.

<sup>22</sup> Vgl. BGHSt 1, 332 (333); 39, 195 (197); Murmann, Grundkurs Strafrecht, 5. Aufl. 2019, § 23 Rn. 7 m.w.N.

### 3. Tatbestandsspezifischer Gefahrszusammenhang

Weiterhin müsste der Tod „durch“ den Raub verursacht worden sein, das heißt es ist ein tatbestandsspezifischer Gefahrszusammenhang<sup>23</sup> zwischen dem Raub als Grundtatbestand und dem Tod der O als schwere Folge zu fordern. Eine solch einschränkende Auslegung des § 251 StGB, die nicht jedes irgendwie geartete Zusammenfallen von Raubdelikt und Todesfolge ausreichen lässt, ist aufgrund der stark erhöhten Strafandrohung des § 251 StGB gegenüber § 249 StGB geboten.<sup>24</sup>

#### a) Anknüpfungspunkt

Der Anknüpfungspunkt für diesen Gefahrszusammenhang ist jedoch umstritten. Überwiegend wird angenommen, dass gerade die „raubspezifische“ Gefahr sich in der Todesfolge niedergeschlagen haben muss, also die Anwendung des Nötigungsmittels maßgeblicher Anknüpfungspunkt ist.<sup>25</sup> Nach der weiter gefassten Gegenansicht soll als Anknüpfungspunkt auch die Diebstahlshandlung, die ebenso Teil des Raubes sei, in Betracht kommen.<sup>26</sup> O starb infolge der schweren Kopfverletzung. Diese entstand gerade durch das heftige Wegreißen der Tasche, also durch die Gewaltanwendung. Damit ist auch nach der engeren ersten Ansicht ein tauglicher Anknüpfungspunkt für den Gefahrszusammenhang gegeben, weshalb es auf eine weitere Stellungnahme nicht mehr ankommt.

#### b) Unterbrechung des Gefahrszusammenhangs

Es stellt sich allerdings die Frage, ob der Tod der O noch gefahrspezifische Folge der Gewalthandlung des R ist, obwohl der Tod erst Tage später im Krankenhaus eintrat. Der Todeseintritt wurde jedenfalls beschleunigt, weil O infolge der Operation das Bewusstsein verlor und anschließend die weitere medizinische Behandlung aufgrund der Patientenverfügung der O eingestellt wurde. Der Gefahrszusammenhang könnte also dadurch unterbrochen worden sein, dass die tödliche Folge erst durch ein Eingreifen Dritter oder ein eigenverantwortliches Handeln des Opfers selbst herbeigeführt wurde. Dafür kann jedoch nicht pauschal auf das Hinzutreten weiterer Umstände zwischen nötiger Gewalt und tödlicher Folge abgestellt werden; vielmehr ist anhand Sinn und Zweck des

in Betracht kommenden Straftatbestandes sowie der Umstände des konkreten Falles (insbesondere Gewicht und Bedeutung der hinzutretenden Handlung für den weiteren Geschehensablaufs) in differenzierender Wertung zu ermitteln, ob sich die Tathandlung des Grunddelikts noch im qualifizierten Erfolg niederschlägt, wobei auch rechtliche Wertungen einbezogen werden müssen.<sup>27</sup>

Hier kommen verschiedene Anknüpfungspunkte für ein unterbrechendes Eingreifen der Ärzte oder von O selbst in Betracht.

#### aa) Zurechnungsunterbrechung durch Operation

Die Ärzte könnten durch die Vornahme der Operation in den Zurechnungszusammenhang eingegriffen haben. Allerdings war die Operation zwingend notwendig, um O zu retten. Es sollte also lediglich dem durch R geschaffenen Todesrisiko durch die Kopfverletzung entgegengetreten werden. Der tödliche Ausgang der Operation beruhte nicht auf einem eigenständig durch die Ärzte neu gesetzten Risiko, sondern war schon zum Tatzeitpunkt in der schwachen Konstitution der O angelegt. Da schon bei kleineren Fehlern im Rahmen von Rettungshandlungen nicht zwingend von einer Zurechnungsunterbrechung ausgegangen wird,<sup>28</sup> muss dies erst recht für eine fehlerfreie Rettungsmaßnahme in Form einer lege artis durchgeführten Operation gelten. Die Operation führt daher nicht zu einer Unterbrechung des Gefahrszusammenhangs.

#### bb) Zurechnungsunterbrechung durch Behandlungsabbruch

Jedoch starb O letztendlich, weil die weitere intensivmedizinische Behandlung eingestellt wurde. In diesem Unterlassen der Weiterbehandlung könnte wiederum ein unterbrechendes Eingreifen der Ärzte liegen. Aus dem in der Patientenverfügung geäußerten Willen, auf lebensverlängernde Maßnahmen zu verzichten, folgt jedoch auch im Zustand der Einwilligungsunfähigkeit ein Abwehrenspruch des Patienten gegen lebensverlängernde Maßnahmen.<sup>29</sup> Der ärztliche Abbruch war damit nicht nur gerechtfertigt, sondern die Ärzte traf sogar eine Rechtspflicht, den in der Patientenverfügung festgehaltenen Patientenwillen

<sup>23</sup> Vom Senat in der hier besprochenen Entscheidung als „qualifikationsspezifischer Gefahrszusammenhang“ bzw. „Risikozusammenhang“ bezeichnet, vgl. BGH NJW 2020, 3669 (3670).

<sup>24</sup> BGH NJW 2020, 3669 (3670).

<sup>25</sup> Kindhäuser, in: NK-StGB (Fn. 7), § 251 Rn. 5; Steinberg, Die Erfolgsqualifikation im juristischen Gutachten, JuS 2017, 1061 (1063).

<sup>26</sup> Kühl in: Lackner/Kühl (Fn. 6), § 251 Rn. 1; Sander in: MüKo-StGB (Fn. 2), § 251 Rn. 6.

<sup>27</sup> BGH NJW 2020, 3669 (3670).

<sup>28</sup> Einzelheiten umstritten, vgl. Darstellung bei Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 141ff.

<sup>29</sup> BGH NJW 2019, 1741 (1743).

umzusetzen.<sup>30</sup> Dann erscheint es widersinnig, die aus diesem pflichtgemäßen Handeln resultierende Todesfolge in den ärztlichen Verantwortungsbereich verlagern zu wollen.<sup>31</sup> Auch der ärztliche Behandlungsabbruch unterbricht den Gefahrezusammenhang also nicht.

### cc) Zurechnungsunterbrechung durch Behandlungsverzicht

Letztlich könnte in dem ursprünglichen Abfassen der Patientenverfügung ein eigenverantwortliches Opferverhalten zu sehen sein, das den Zurechnungszusammenhang unterbricht. Hier könnte man argumentieren, dass sich nicht mehr die durch R geschaffene Todesgefahr der Kopfverletzung realisiert hat, sondern das von O selbst mit ihrer Entscheidung gegen lebensverlängernde Maßnahmen geschaffene Risiko.

Allerdings setzt das Opfer, das eine ärztliche Behandlung nicht in Anspruch nimmt, keine neue Ursache für sein Versterben, sondern wirkt nur dem vom Täter gesetzten Risiko nicht entgegen, eine Entscheidung gegen eine Behandlung begründet daher keine „neue“ Todesgefahr.<sup>32</sup> Zwar wird teilweise eine Zurechnungsunterbrechung angenommen, wenn das Opfer eine zumutbare lebensrettende Heilbehandlung in Kenntnis des Risikos ablehnt und verstirbt.<sup>33</sup> Der Fall der O liegt jedoch schon insofern anders, als keine realistische Aussicht auf Heilung mehr bestand.

#### Anmerkung:

Der Senat lässt hier ausdrücklich offen, ob der Gefahrezusammenhang unterbrochen würde, wenn das Opfer aus unvernünftigen Gründen eine durchaus erfolgversprechende Weiterbehandlung ablehnt. Siehe dazu weiterführend *Pohlreich*, Deliktsspezifischer Gefahrezusammenhang bei ärztlichem Behandlungsabbruch aufgrund einer Patientenverfügung, HRRS 2021, 207 (212f.).

Eine Besonderheit liegt hier zudem darin, dass das freiverantwortliche Handeln in Form des Aufsetzens einer

Patientenverfügung der Tatbegehung bereits weit vorgelagert war. Zu diesem Zeitpunkt war die Möglichkeit eines Behandlungsabbruchs eine rein theoretische. In die tatsächliche Situation des Behandlungsabbruchs hat O sich nicht etwa freiverantwortlich selbst gebracht, sondern wurde erst von R durch den Raub in diese Lage versetzt.

Schließlich ist eine zurechnungsunterbrechende Wirkung der Patientenverfügung auch aus rechtlichen Gründen zu verneinen: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG umfasst in seiner Ausprägung als Recht auf selbstbestimmtes Sterben auch die Freiheit, lebenserhaltende Maßnahmen abzulehnen und einem tödlichen Krankheitsgeschehen seinen Lauf zu lassen.<sup>34</sup> Die in § 1901a ff. BGB<sup>35</sup> geregelte Patientenverfügung stellt eine einfachgesetzliche Umsetzung dieser verfassungsrechtlichen Wertungen dar. Vor diesem Hintergrund reagiert auch das schwer verletzte Opfer einer Straftat im Einklang mit der Rechtsordnung, wenn es einen durch die Tat ausgelösten tödlichen Verlauf nicht um jeden Preis mithilfe medizinischer „Maximaltherapie“ aufhalten möchte.<sup>36</sup> Der tatbestandsspezifische Risikozusammenhang ist damit auch in Ansehung der Patientenverfügung weiterhin zu bejahen.

### c) Zwischenergebnis

Der tatbestandsspezifische Risikozusammenhang zwischen dem Grunddelikt und der schweren Todesfolge ist gegeben.

### 5. Wenigstens Leichtfertigkeit hinsichtlich schwerer Folge

R müsste hinsichtlich des Todes der O wenigstens leichtfertig gehandelt haben. Leichtfertigkeit meint ein grobfahrlässiges Verhalten.<sup>37</sup> Leichtfertig handelt also, wer aus besonderer Gleichgültigkeit oder grobem Leichtsinn die nach den Umständen gebotene Sorgfalt außer Acht lässt, wobei sich der Eintritt der schweren Folge geradezu hätte aufdrängen müssen.<sup>38</sup> Aus der Raubbegehung an sich kann sich diese Leichtfertigkeit noch nicht ergeben, da dem

<sup>30</sup> Vgl. zur Verbindlichkeit der Patientenverfügung BGHZ 202, 226 (231); Müller-Engels in: Hau/Poseck, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 59. Edition 2021, § 1901a Rn. 26.

<sup>31</sup> So auch *Pohlreich*, Deliktsspezifischer Gefahrezusammenhang bei ärztlichem Behandlungsabbruch aufgrund einer Patientenverfügung, HRRS 2021, 207 (209).

<sup>32</sup> BGH NJW 2020, 3669 (3670).

<sup>33</sup> Roxin/Greco, Strafr AT I (Fn. 28), § 11 Rn. 118; vgl. auch *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil II, 22. Aufl. 2021, § 16 Rn. 22.

<sup>34</sup> BGH NJW 2020, 3669 (3670f.); vgl. auch BVerfG NJW 2020, 905 (Rn. 205ff.).

<sup>35</sup> Zur Frage der ausreichenden Beachtung der prozessualen Vorgaben zur Umsetzung der Patientenverfügung bezogen auf den vorliegenden Fall ausführlich *Jäger*, JR 2021, 271 (275ff.), Anm. zu BGH, Beschluss v. 17.03.2020 – 3 StR 574/19.

<sup>36</sup> Vgl. insgesamt BGH NJW 2020, 3669 (3670f.).

<sup>37</sup> BGHSt 14, 241 (255); 33, 66 (67); BGH NJW 1997, 3323 (3325f.); *Rengier*, Strafr BT I (Fn. 1), § 9 Rn. 10.

<sup>38</sup> Vgl. BGHSt 33, 66 (67); BGH NJW 1997, 3323 (3325f.); *Rengier*, Strafr BT I (Fn. 1), § 9 Rn. 10.

Merkmal sonst keine eigenständige Bedeutung mehr zukommen würde.<sup>39</sup> Allerdings ist es grob leichtsinnig, einem alten, geschwächten Menschen gegenüber rabiate Gewalt anzuwenden. Dass es infolgedessen zu Stürzen und schweren Verletzungen im Kopfbereich kommen kann, drängt sich geradezu auf. Dass daraus wiederum Operationen resultieren und diese gerade bei älteren, häufig vorerkrankten Menschen mit geschwächter Gesamtkonstitution zu Komplikationen führen, ist ebenfalls hochgradig wahrscheinlich. Gleiches gilt für die Tatsache, dass eben diese Menschen mitunter schon im Voraus festgehalten haben keine medizinische Maximalversorgung zu wünschen, die sie unter allen Umständen am Leben erhält. Insofern ist auch zu beachten, dass es keineswegs als unvorhersehbar einzustufen gewesen wäre, wenn die Kopfverletzung unmittelbar zum Tode geführt hätte. Dann kann es an der Vorhersehbarkeit aber auch nichts ändern, dass der Tod erst über einige – ebenfalls jeweils nicht unwahrscheinliche – „Umwege“ eintritt.<sup>40</sup>

R handelte daher objektiv grob sorgfaltswidrig und es musste sich ihm aufdrängen, dass sein Handeln den Tod der O zur Folge haben könnte. Leichtfertigkeit liegt damit vor.

#### 6. Zwischenergebnis

Auch die Tatbestandsvoraussetzungen des § 251 StGB sind gegeben.

#### III. Zwischenergebnis

Der Tatbestand des Raubes mit Todesfolge gemäß §§ 249 Abs. 1, 251 StGB ist insgesamt erfüllt.

#### B. Rechtswidrigkeit

R handelte rechtswidrig.

#### C. Schuld

R müsste auch schuldhaft gehandelt haben. Dafür müssten insbesondere die Voraussetzungen subjektiver Leichtfertigkeit, das heißt die (gesteigerte) subjektive Sorgfaltswidrigkeit und subjektive Vorhersehbarkeit, erfüllt sein. R hatte den Rollator und die Sicherung der Tasche vor der Tat wahrgenommen. Es ist nicht ersichtlich, dass R aus individuellen Gründen nicht in der Lage gewesen wäre, die Gefahr für O zu erkennen und sich entsprechend zu verhalten, vielmehr ging er das Risiko aus Gleichgültigkeit ein. R handelte damit auch subjektiv leichtfertig hinsichtlich

des Todeseintritts. Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich. R handelte schuldhaft.

#### D. Ergebnis

R hat sich wegen Raubes mit Todesfolge gemäß §§ 249, 251 StGB strafbar gemacht.

#### FAZIT

Die vorliegende BGH-Entscheidung eignet sich ohne große Veränderungen auch als Klausurfall. Hinter der „Einkleidung“ in § 251 StGB verstecken sich dabei im Kern Probleme des allgemeinen Strafrechts: Einerseits müssen Aufbau und Systematik erfolgsqualifizierte Delikte beherrscht werden, um den Fall „in den Griff zu kriegen“. Andererseits stellen sich im Rahmen des tatbestandspezifischen Gefährdungszusammenhangs Zurechnungsfragen, für deren Beantwortung wiederum sowohl allgemeine Grundsätze der Zurechnung einzubeziehen sind als auch die Eigenheiten des konkreten Falls argumentativ berücksichtigt werden müssen. Die bereits im Vorfeld der Tat abgefasste Patientenverfügung bildet dabei einen ungewöhnlichen Umstand, welchen der Senat im Entscheidungstext ausführlich und auf unterschiedlichen Ebenen beleuchtet.

<sup>39</sup> Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 251 Rn. 6; Kühl in: Lackner/Kühl (Fn. 6), § 251 Rn. 2.

<sup>40</sup> So auch Kudlich, „Ist es meine Schuld, wenn sie sterben wollte?“, JA 2021, 169 (171).

## Rückzahlungsanspruch des Darlehensnehmers nach Anfechtung des finanzierten Kaufvertrages

Dipl. Jur. Anna Ordina

BGH, Urt. v. 15.06.2021 – XI ZR 568/19

§§ 359 Abs. 1 S. 1, 813 Abs. 1 S. 1 BGB

### Sachverhalt

Auf der Suche nach einem Fahrzeug für private Zwecke erwarb der K aufgrund einer „verbindlichen Bestellung“ vom 22. August 2013 von der S, einer VW-Vertragshändlerin, einen VW Golf, der dieser nach ihrem Vortrag am 31. März 2013 von der Volkswagen AG geliefert worden sei. Hierbei vereinbarten die Parteien, dass es sich bei dem Fahrzeug um ein Neufahrzeug handeln sollte.

Zur Finanzierung des über die geleistete Anzahlung hinausgehenden Kaufpreisteils schloss K mit der Bank B unter Mitwirkung des S am 3. September 2013 einen Darlehensvertrag über einen Nettodarlehensbetrag von EUR 28.140,14. Die Rückzahlung des Darlehens nebst Zinsen sollte in 48 Monatsraten zu jeweils EUR 411,43 und einer Abschlussrate von EUR 12.432,41 erfolgen.

Die Darlehensvaluta wurde direkt an die S ausgezahlt, das Fahrzeug mit der Fahrzeugidentifizierungsnummer VVWZZZ1KZCK wurde der Klägerin sicherungsübereignet.

Als der K im Jahr 2015 seinen Zahlungspflichten teilweise nicht nachkam und auch eine Nachfristsetzung erfolglos blieb, erklärte die B mit Schreiben vom 27. August 2015 die Kündigung des Darlehens. Das finanzierte Fahrzeug wurde in der Folgezeit veräußert und der Erlös von EUR 12.410 wurde im Oktober 2015 dem Darlehenskonto gutgeschrieben. In der Folge bezifferte die B ihre noch offene Hauptforderung auf EUR 11.624,22.

Mit Schreiben vom 24. September 2015 erklärte der K gegenüber der S die Anfechtung des Kaufvertrages mit der Begründung, er sei von ihr über das Baujahr des streitgegenständlichen Fahrzeugs, das bereits am 24. August 2011 produziert worden sei, arglistig getäuscht worden. Hätte er gewusst, dass es sich nicht um ein Neufahrzeug handelt, hätte er den Kaufvertrag nicht abgeschlossen. Die S wiederum hatte indes keine Kenntnis von dem Baujahr des Fahrzeugs und ging fälschlicherweise davon aus, dass dieses mit der unmittelbar vorher erfolgten Lieferung des Fahrzeugs vom Hersteller zusammenfiel. Dabei nahm S auch keine Maßnahmen vor, um den Produktionszeitpunkt zu ermitteln.

Hat K gegen B einen Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Darlehensraten in Höhe von EUR 6.171,45, Zug um Zug gegen Abtretung seiner Kondiktionsansprüche gegen S? Hat B gegen K einen Anspruch auf Rückzahlung der restlichen Darlehenssumme in Höhe von EUR 11.624,22?

### EINORDNUNG

Im Rahmen dieser Entscheidung wird klargestellt, ob und gegebenenfalls auf welcher Rechtsgrundlage im Fall der Anfechtung des finanzierten Kaufvertrages wegen arglistiger Täuschung ein Rückzahlungsanspruch des Verbrauchers gegen den Darlehensgeber besteht. Dabei werden nicht nur die verschiedenen hierzu vertretenen Ansichten dargestellt, sondern es wird auch herausgearbeitet, weshalb § 813 Abs. 1 S. 1 BGB als taugliche Rechtsgrundlage zur Anwendung kommen sollte. Die Entscheidung eignet sich, um die Voraussetzungen der Anfechtung bei einer arglistigen

Täuschung zu wiederholen und sich mit verbundenen Verträgen und deren Rückabwicklung zu beschäftigen.

### LEITSÄTZE

Hat bei einem verbundenen Geschäft (§ 358 Abs. 3 BGB) der Verbraucher den finanzierten Vertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten, führt die Rückwirkung der Anfechtung (§ 142 Abs. 1 BGB) dazu, dass dem Anspruch des Darlehensgebers aus dem Finanzierungsdarlehen von Anfang an aus § 359 Abs. 1 S. 1 BGB eine dauernde Einrede i.S. von § 813 Abs. 1 S. 1 BGB entgegenstand und

der Verbraucher auch die vor der Anfechtungserklärung auf das Darlehen geleisteten Zahlungen gem. § 813 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB vom Darlehensgeber zurückverlangen kann.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Anspruch des K gegen B auf Rückzahlung der geleisteten Darlehensraten aus §§ 813 Abs. 1 S. 1, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

I. Etwas erlangt

II. Durch Leistung des K

III. Peremptorische Einwendung

1. Verbundene Verträge

2. Wirksame Anfechtung

a) Anfechtungsgrund

b) Anfechtungserklärung

c) Anfechtungsfrist

d) Zwischenergebnis

**3. Taugliche Rechtsgrundlage für den Fall der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung**

a) §§ 813 Abs. 1 S. 1, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

b) Erweiterte bzw. analoge Anwendung des § 358 Abs. 4 S. 5 BGB

c) Keine taugliche Anspruchsgrundlage

d) Stellungnahme

B. Anspruch der B gegen K auf Rückzahlung der restlichen Darlehenssumme aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB

**A. Anspruch des K gegen B auf Rückzahlung der geleisteten Darlehensraten aus §§ 813 Abs. 1 S. 1, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB**

K könnte gegen B einen Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Darlehensraten aus § 813 Abs. 1 S. 1, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB haben.

**I. Etwas erlangt**

B müsste „etwas“ i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB erlangt haben. Dies meint jeden vermögenswerten Vorteil.<sup>1</sup> B hat aufgrund teilweiser Tilgung des Darlehensvertrages durch monatliche Ratenzahlung einen Betrag i.H.v. EUR 6.171,45 und somit einen vermögenswerten Vorteil erlangt.

**II. Durch Leistung des K**

Dies müsste durch Leistung des K geschehen sein. „Durch

Leistung“ meint jede bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.<sup>2</sup>

K hat zwecks Erfüllung des Darlehensvertrages die Darlehensraten gezahlt und damit eine Leistung i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB erbracht.

**III. Peremptorische Einrede**

Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann gem. § 813 Abs. 1 S. 1 BGB zurückgefordert werden, wenn dem Anspruch eine Einrede entgegenstand, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wurde.

Zunächst ist zwischen K und B ein Darlehensvertrag gem. § 488 BGB zustande gekommen, sodass ein Anspruch der B entstanden ist. Dem könnte jedoch eine peremptorische – also dauerhafte – Einrede gem. § 359 Abs. 1 S. 1 BGB entgegenstehen.

Danach kann ein Verbraucher die Rückzahlung des Darlehens verweigern, soweit ihn Einwendungen aus dem verbundenen Vertrag gegenüber dem Unternehmer, mit dem er den verbundenen Vertrag geschlossen hat, zur Verweigerung seiner Leistung berechtigen würden.

**1. Verbundene Verträge**

Hierfür müsste der zwischen K und S geschlossene Kaufvertrag und der Darlehensvertrag zwischen K und B als verbundener Vertrag zu qualifizieren sein. Verbundene Verträge gem. § 358 Abs. 3 S. 1 BGB liegen vor, wenn das Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des anderen Vertrags dient und beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden. Eine wirtschaftliche Einheit liegt gem. § 358 Abs. 3 S. 2 BGB dann vor, wenn der Unternehmer selbst die Gegenleistung des Verbrauchers finanziert, oder im Falle der Finanzierung durch einen Dritten, wenn sich der Darlehensgeber bei der Vorbereitung oder dem Abschluss des Darlehensvertrages der Mitwirkung des Unternehmers bedient. K erwarb das Fahrzeug für private Zwecke und damit als Verbraucher i.S.d. § 13 BGB. Die S handelte als VW-Vertragshändlerin für ihr Gewerbe und damit als Unternehmerin i.S.d. § 14 BGB. Weiterhin diente das direkt an S ausgezahlte Darlehen der Finanzierung des PKW-Kaufs und die B hat sich bei Abschluss des Darlehensvertrages der Mitwirkung der S bedient.

Mithin stellen der zwischen K und S geschlossene Kaufvertrag und der Darlehensvertrag zwischen K und B einen verbundenen Vertrag dar.

<sup>1</sup> Stadler in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Aufl. 2021, § 812 Rn. 8.

<sup>2</sup> Stadler in: Jauernig (Fn. 1), § 812 Rn. 3.

## 2. Wirksame Anfechtung

Es müsste weiterhin eine Einwendung des K aus dem verbundenen Kaufvertrag bestehen. In Betracht kommt eine Einwendung aus § 142 Abs. 1 BGB. Hierfür müsste K den Kaufvertrag wirksam angefochten haben.

### a) Anfechtungsgrund

Voraussetzung für eine wirksame Anfechtung ist das Vorliegen eines Anfechtungsgrundes. In Betracht kommt der Anfechtungsgrund der arglistigen Täuschung gem. § 123 Abs. 1 Var. 1 BGB. Täuschung meint dabei den bewussten Willen des Erregens oder Aufrechterhaltens eines Irrtums durch Vorspiegeln falscher oder Unterdrücken wahrer Tatsachen, um dem Getäuschten vorsätzlich zur Abgabe einer bestimmten Willenserklärung zu veranlassen.<sup>3</sup> Hier könnte K von der S beim Abschluss des Kaufvertrages darüber getäuscht haben, dass das Fahrzeug bereits 24 Monate vor dem Verkauf produziert worden war. Die Parteien hatten vereinbart, dass es sich um ein Neufahrzeug handeln sollte. Nach der Rechtsprechung des BGH liegt im Verkauf eines Neuwagens auch die Zusicherung des Verkäufers, dass das verkaufte Fahrzeug „fabrikneu“ sei. Fabrikneuheit ist dann gegeben, wenn das Fahrzeug keine durch eine längere Standzeit bedingte Mängel aufweist und wenn zwischen Herstellung des Fahrzeugs und Abschluss des Kaufvertrages nicht mehr als zwölf Monate liegen.<sup>4</sup>

S ging vorliegend fälschlicherweise davon aus, dass das Baujahr mit der unmittelbar vorher erfolgten Lieferung des Fahrzeugs vom Hersteller zusammenfiel und nahm dabei auch keine Maßnahmen vor, um den Produktionszeitpunkt zu ermitteln. Als Vertragshändlerin von Volkswagen hat S somit konkludent erklärt, dass das Fahrzeug höchstens zwölf Monate vor Abschluss des Kaufvertrages hergestellt worden sei. Tatsächlich wurde das Fahrzeug bereits im August 2011, also 24 Monate vor Abschluss des Kaufvertrages hergestellt. Hierüber wurde K mithin getäuscht.

Die Täuschung müsste arglistig erfolgt sein. Für Arglist ist erforderlich, dass der Täuschende die Unrichtigkeit der Tatsachenbehauptung kennt oder diese zumindest für möglich hält.<sup>5</sup> Arglist ist auch dann anzunehmen, wenn Angaben ins Blaue hinein gemacht werden, obwohl eine hinreichende tatsächliche Erkenntnisgrundlage für die Angaben fehlt und dieser Umstand verschwiegen wird.<sup>6</sup>

Die S hat konkludent die Erklärung abgegeben, dass das Fahrzeug nicht mehr als zwölf Monate vor Vertragsschluss hergestellt worden sei, obwohl sie selbst keine Auskünfte hinsichtlich des Modelljahres eingeholt hatte. Die Neuwageneigenschaft war hier von zentraler Bedeutung. Insofern war die S gehalten, sich über den Produktionszeitpunkt des ihrerseits angebotenen Fahrzeugs zu erkundigen. Dabei darf sie sich bei fehlender Kenntnis nicht darauf verlassen, dass der Hersteller den Wagen unmittelbar nach der Produktion anliefern und keine Erklärung abgeben, deren Richtigkeit sie nicht kennt. Mithin erfolgte die Täuschung durch S arglistig.

Die Täuschung müsste auch kausal für den Vertragsschluss gewesen sein. Dabei muss der täuschungsbedingte Irrtum ursächlich für die Abgabe der Willenserklärung des Getäuschten sein.<sup>7</sup> Die Neuwageneigenschaft ist wesentlicher Faktor bei der Bestimmung des Kaufpreises und regelmäßig maßgeblich für die Kaufentscheidung. Es ist davon auszugehen, dass K das Fahrzeug nicht für den vereinbarten Preis erworben hätte, wenn ihm bewusst gewesen wäre, dass das Fahrzeug über 24 Monate alt war.

### b) Anfechtungserklärung

Eine Anfechtungserklärung i.S.v. § 143 Abs. 1, 2 Alt. 1 BGB erfolgte mit Schreiben vom 24. September 2015 des K gegenüber S.

### c) Anfechtungsfrist

Diese erfolgte auch fristgerecht i.S.d. § 124 Abs. 1 und 2 BGB, indem K unmittelbar nach dem Zeitpunkt anfocht, zu dem er die Täuschung entdeckte.

### d) Zwischenergebnis

Damit ist der Kaufvertrag als von Anfang an nichtig anzusehen, § 142 Abs. 1 BGB, und K gem. § 359 Abs. 1 S. 1 BGB berechtigt, weitere Zahlungen auf das Darlehen zu verweigern.

## 3. Taugliche Rechtsgrundlage für den Fall der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung

Indes könnten Zweifel daran bestehen, dass §§ 813 Abs. 1 S. 1, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB im Falle der Anfechtung des finanzierten Vertrages wegen arglistiger Täuschung für einen Rückzahlungsanspruch des Verbrauchers gegen

<sup>3</sup> Mansel, in: Jauernig (Fn. 1), § 123 Rn. 3.

<sup>4</sup> BGH NJW 2004, 160 (160); ders. NJW 2006, 2694 (2695).

<sup>5</sup> BGH NJW 2001, 2326 (2327).

<sup>6</sup> BGH NJW 1975, 642 (645).

<sup>7</sup> Mansel in: Jauernig (Fn. 1), § 123 Rn. 3.

den Darlehensgeber überhaupt eine taugliche Anspruchsgrundlage darstellt.

**a) §§ 813 Abs. 1 S. 1, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB**

Einerseits könnte man den Fall über einen Anspruch aus §§ 813 Abs. 1 S. 1, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB lösen.<sup>8</sup>

**b) Erweiterte bzw. analoge Anwendung des § 358 Abs. 4 S. 5 BGB**

Andererseits könnte sich ein Rückzahlungsanspruch aufgrund einer erweiterten bzw. analogen Anwendung von § 358 Abs. 4 S. 5 BGB ergeben.<sup>9</sup>

**c) Keine taugliche Anspruchsgrundlage**

Dagegen besteht nach anderer Auffassung im Fall der Anfechtung des finanzierten Kauf- bzw. Leistungsvertrags kein Anspruch des Verbrauchers gegen den Darlehensgeber auf Rückgewähr der vor Erklärung der Anfechtung geleisteten Raten, da die Anfechtbarkeit des Darlehensvertrags kein Leistungsverweigerungsrecht des Verbrauchers begründe und somit die Forderung des Darlehensgebers im Zeitpunkt der ursprünglichen Leistung nicht einredebehaftet gewesen sei.<sup>10</sup>

**d) Stellungnahme**

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass ein Streitentscheid von Nöten ist. Gegen einen Rückforderungsdurchgriff gem. § 358 Abs. 4 S. 5 BGB analog spricht, dass es an einer für die Analogie notwendigen planwidrigen Regelungslücke und einer vergleichbaren Interessenlage fehlt.<sup>11</sup> Hierbei kann auf die Regelung des § 813 BGB zurückgegriffen werden, der wiederum unmittelbar gilt. Ferner stellte der BGH zu § 358 Abs. 4 S. 3 BGB a.F. (§ 358 Abs. 4 S. 5 BGB n.F.) fest, dass – ausweislich der Gesetzesmaterialien – die Erstreckung der zum Schutz des Verbrauchers angeordneten Rechtsfolgen der Norm nicht in Bezug auf die Rückabwicklung eines Kaufvertrages in Folge eines Rücktritts wegen eines Sachmangels in Erwägung gezogen wurde.<sup>12</sup> Für eine analoge Anwendung dieser Vorschrift auf das Rückabwicklungsverhältnis nach einem wirksam erklärten Rücktritt vom finanzierten

Kaufvertrag wegen eines Sachmangels fehle somit ebenfalls in Ermangelung einer planwidrigen Regelungslücke der Raum.<sup>13</sup>

Auch in Kenntnis von dieser Rechtsprechung hat der Gesetzgeber im Rahmen seiner Novellierungen<sup>14</sup> nur unwesentliche Änderungen der §§ 358 f. BGB vorgenommen, ohne die Regelungen auf andere Sachverhalte zu erstrecken.<sup>15</sup>

Für die erste und gegen die dritte Ansicht ist anzuführen, dass § 813 Abs. 1 S. 1 BGB zwar seinem Wortlaut nach nur einen Rückforderungsanspruch begründet, wenn der Leistende bereits zum Zeitpunkt der Leistung dauerhaft berechtigt war, diese endgültig zu verweigern. Jedoch ist dies nicht nur bei anfänglicher Nichtigkeit des finanzierten Vertrags der Fall, wenn der Verbraucher die rechtshindernde Einwendung aus dem Vertragsverhältnis mit dem Verkäufer nach § 359 Abs. 1 S. 1 BGB dem Darlehensgeber entgegenhalten und deshalb die Rückzahlung des Darlehens verweigern kann, sondern auch, wenn der finanzierte Vertrag von dem Verbraucher gem. § 123 Abs. 1 BGB aufgrund von arglistiger Täuschung angefochten worden ist.<sup>16</sup>

Im Rahmen der verbundenen Verträge ist die rückwirkende Vernichtung des finanzierten Vertrags aufgrund seiner Anfechtung durch den Verbraucher auch im Verhältnis zwischen Verbraucher und Darlehensgeber zu berücksichtigen. Rechtsfolge der wirksamen Anfechtung ist gem. § 142 Abs. 1 BGB, dass der Vertrag von Anfang an nichtig ist. Diese Rechtsfolge wirkt absolut, also nicht nur im Verhältnis zwischen Anfechtendem und Anfechtungsgegner.<sup>17</sup> Daraus folgt, dass nach Anfechtung des Kaufvertrages durch den Verbraucher davon auszugehen ist, dass dieser bereits bei vor der Anfechtung erbrachten Leistungen gem. § 359 Abs. 1 S. 1 BGB zur Verweigerung berechtigt war.<sup>18</sup> Damit ist der erstgenannten Ansicht zu folgen.

**IV. Ergebnis**

K hat gegen B einen Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Darlehensraten aus §§ 813 Abs. 1 S. 1, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB, Zug um Zug gegen Abtretung seiner Kondiktionsansprüche gegen S.

<sup>8</sup> Grüneberg in: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Aufl. 2021, § 359 Rn. 7.

<sup>9</sup> Wendehorst in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, 58. Edition, Stand: 01.05.2021, § 812 Rn. 224f.

<sup>10</sup> Habersack in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. 2019, § 359 Rn. 34f., 56, 68.

<sup>11</sup> BGH NJW 2008, 845 (846), BGH VUR 2010, 70 (71f.).

<sup>12</sup> BGH NJW 2015, 3455 (3456); vgl. BT-Drs. 14/6040, 200f.; BT-Drs. 14/6857, 24 (58).

<sup>13</sup> BGH NJW 2015, 3455 (3456).

<sup>14</sup> BGBl. I S. 3642, BGBl. I S. 396.

<sup>15</sup> BGH BKR 2021, 640 (643).

<sup>16</sup> Ebd.

<sup>17</sup> BGH ZIP 1987, 1256 (1257f.); Busche, in: MüKoBGB (Fn. 10), § 142 Rn. 14.

<sup>18</sup> BGH BKR 2021, 640 (643).

**B. Anspruch der B gegen K auf Rückzahlung der restlichen Darlehenssumme aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB**

Ein Anspruch der B gegen K auf Rückzahlung der restlichen Darlehenssumme i.H.v. 11.624,22 € aus Darlehensvertrag gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB scheitert daran, dass K infolge der nach § 142 Abs. 1 BGB ex tunc eingetretenen Nichtigkeit des Kaufvertrages weitere Zahlungen auf das Darlehen gem. § 359 Abs. 1 S. 1 BGB verweigern darf.

**FAZIT**

Mit der vorliegenden Entscheidung hat der BGH § 813 Abs. 1 S. 1 BGB als taugliche Anspruchsgrundlage für einen Rückzahlungsanspruch des Verbrauchers gegen den Darlehensgeber im Fall der Anfechtung des finanzierten Kaufvertrages herangezogen. Damit hat er den Streit nach der richtigen Anspruchsgrundlage in derartigen Fällen erstmals entschieden und sich dabei insbesondere auf rechts-historische und dogmatische Erwägungen zum Rückforderungsdurchgriff (§ 358 Abs. 4 S. 5 BGB) gestützt. Diese Konstellation dürfte für kommende Klausuren von Interesse sein, da sie sich eignet, um Kenntnisse aus den verschiedenen Büchern des BGB abzufragen und gerade die verschiedenen Teilgebiete mit der Anfechtung, den verbundenen Verträgen und dem Bereicherungsrecht zu verknüpfen.

## Zeitliche Begrenzung der Nachlieferungspflicht beim Neuwagenkauf

stud. iur. Jakob Stäblein

BGH, Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 254/20

§§ 275, 434, 437, 439 BGB

### Sachverhalt (leicht abgewandelt und vereinfacht)

Mit Kaufvertrag vom 20.04.2009 erwarb der Kläger (K) von der Verkäuferin und Beklagten (V), einer VW-Vertrags-händlerin, einen fabrikneuen Volkswagen T.1 zum Kaufpreis von rund EUR 28.000,00. Der erworbene Volkswagen war mit einem Dieselmotor des Typs EA 189 ausgestattet, dessen Motorsteuerungssoftware den Prüfstandlauf erkennt und in diesem Fall über eine entsprechende Programmierung den Ausstoß an Stickoxiden verringert. Im Laufe des öffentlich bekannt gewordenen Dieselskandals wurde die Verwendung dieser Vorrichtung vom Kraftfahrtbundesamt als unzulässige Abschaltsoftware beanstandet. K rügte daraufhin die Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs und forderte die Erklärung eines Verjährungsverzichts. V wies im Oktober 2016 auf ein von VW entwickeltes, zwischenzeitlich freigegebenes Software-Update hin und verzichtete bis Ende 2017 auf die Erhebung der Verjährungseinrede. Mit Schreiben vom 07.03.2017 lehnte K eine Nachbesserung mittels eines bloßen Software-Updates ab und verlangte stattdessen unter Fristsetzung bis zum 27.03.2017 die Nachlieferung eines fabrikneuen, typengleichen Ersatzfahrzeugs. V kam dem Nachlieferungsverlangen des K nicht nach. Das von K ursprünglich im Jahre 2009 erworbene Fahrzeugmodell T.1 wird bereits seit 2013 nicht mehr hergestellt. Stattdessen wird von VW ein Nachfolgemodell T.2 angeboten, welches sich bezüglich Baureihe, Typ, Karosserie und Schadstoffklasse von der vorherigen Fahrzeuggeneration unterscheidet.

Kann K die Nachlieferung eines Nachfolgemodells T.2 verlangen?

### EINORDNUNG

Das Urteil ist ein weiteres Kapitel in einer langen und nicht enden wollenden Auseinandersetzung des BGH im Zusammenhang mit dem VW-Dieselskandal und sich daraus ergebenden, juristischen Problemkomplexen.<sup>1</sup> In dem hiesigen Urteil geht es um die für viele Käufer entscheidende Frage, ob sie auch mehrere Jahre nach dem Kauf eines mit der unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestatteten Fahrzeugs, die Ersatzlieferung eines Neuwagens in Form der zwischenzeitlich neu auf den Markt gebrachten Nachfolgemodelle verlangen können. Problematisch bei dieser Fragestellung ist die Abwägung der widerstreitenden Parteiinteressen im Rahmen der Auslegung des Umfangs der Nachlieferungspflicht bei Neuwagenkäufen. Am 21.07.2021 hat der BGH ausführlich in insgesamt vier Fällen<sup>2</sup> zu dieser Problematik Stellung genommen und eine zeitliche Grenze für ein Nachlieferungsverlangen dieser Art gezogen. Der erste Fall wird im Folgenden dargestellt.

### LEITSATZ

Der Käufer eines mangelhaften Neuwagens kann im Rahmen seiner Gewährleistungsrechte zwar grundsätzlich auch die Ersatzlieferung eines zwischenzeitlich hergestellten Nachfolgemodells verlangen. Dieser Anspruch auf Ersatzlieferung eines Nachfolgemodells kann allerdings unter Beachtung der widerstreitenden Parteiinteressen nur binnen eines Zeitraums von zwei Jahren ab Vertragschluss geltend gemacht werden.

### GUTACHTERLICHE LÖSUNG

- A. Anspruch K gegen V auf Nachlieferung eines Nachfolgemodells T.2
- I. Kaufvertrag
  - II. Sachmangel
    1. Verwendungseignung
    2. Übliche Beschaffenheit
    3. Zeitpunkt des Gefahrübergangs

<sup>1</sup> Vgl. schon BGH NJW 2019, 1133; BGHZ 224, 195.

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 254/20, VIII ZR 118/20, VIII ZR 275/19, VIII ZR 357/20.

- III. Wahlrecht bzgl. Art der Nacherfüllung  
 IV. Ausschluss des Nachlieferungsverlangens  
 1. Ausschluss wegen Unmöglichkeit der Nachlieferung  
 a) Unmöglichkeit hinsichtlich erworbenem Fahrzeugmodell T.1  
 b) Unmöglichkeit hinsichtlich Nachfolgemodell T.2  
**aa) Interessenabwägung nach §§ 133, 157 BGB**  
**bb) Zeitliche Grenze des BGH**  
 2. Ausschluss wegen Unverhältnismäßigkeit  
 3. Ausschluss wegen Verjährung  
 B. Ergebnis

### A. Anspruch aus §§ 433 Abs. 1 S. 2, 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB

K könnte gegenüber V einen Anspruch auf Nachlieferung eines Nachfolgemodells T.2 Zug um Zug gegen Rückgabe des mangelhaften Fahrzeugs T.1 aus seinen kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechten gemäß §§ 433 Abs. 1 S. 2, 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB haben.

#### I. Kaufvertrag

Dafür müsste zwischen K und V zunächst ein wirksamer Kaufvertrag gemäß § 433 BGB vorliegen. Ein solcher kommt durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen, Angebot und Annahme, gem. §§ 145 ff. BGB zustande. Hiermit verpflichtet sich Verkäufer zur Übergabe und Übergabe der Käufer zur Kaufpreiszahlung und Abnahme einer Sache.<sup>3</sup> K erwarb von V am 20.04.2009 einen fabrikneuen Volkswagen des Modells T.1 zu einem Preis von rund EUR 28.000,00. Mithin ist zwischen K und V ein wirksamer Kaufvertrag über einen fabrikneuen Volkswagen des Modells T.1 zustande gekommen.

#### II. Sachmangel

Für die Anwendbarkeit der kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte müsste der Kaufgegenstand außerdem mangelhaft im Sinne des § 434 BGB gewesen sein. Mangels vertraglicher Beschaffenheitsvereinbarung liegt bereits kein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB vor. Auch ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB scheidet mangels vertraglich konkret vorausgesetzter Verwendung

aus. Im vorliegenden Fall kommt nur ein Mangel nach dem objektiven Mangelbegriff des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB in Betracht. Nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB ist eine Sache frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Dabei müssen die Merkmale der Verwendungseignung und der üblichen Beschaffenheit kumulativ vorliegen, um die Sache frei von Sachmängeln zu halten.<sup>4</sup> Fehlt nur eines dieser beiden Merkmale, ist die Kaufsache bereits als mangelhaft im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB anzusehen.<sup>5</sup>

#### 1. Verwendungseignung

Das von K erworbene Fahrzeug des Modells T.1 müsste für die gewöhnliche Verwendung geeignet gewesen sein. Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH eignet sich ein Kraftfahrzeug nur dann für die gewöhnliche Verwendung im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB, wenn es eine Beschaffenheit aufweist, die weder seine Zulassung zum Straßenverkehr verhindert noch anderweitige, negative Auswirkungen auf die Gebrauchsfähigkeit des Kraftfahrzeugs hat.<sup>6</sup> Der Hersteller hat das Fahrzeug unter anderem so auszurüsten, dass dieses den Vorgaben der europäischen Verordnung zur Emissionskontrolle<sup>7</sup> entspricht.<sup>8</sup> Eine Verwendung von Abschaltvorrichtungen zur Verringerung des Schadstoffausstoßes bei Nutzung der Emissionskontrollsysteme deklariert die Verordnung in Art. 5 Abs. 2 S. 1 als strikt unzulässig. Bei einem solchen Verordnungsverstoß besteht die latente Gefahr einer Betriebsuntersagung durch die Zulassungsbehörde, wobei aus kaufrechtlicher Sicht bereits die Möglichkeit des behördlichen Eingreifens ausreichend ist, um dem Fahrzeug die Eignung für die gewöhnliche Verwendung abzusprechen.<sup>9</sup> Eine vollständige Aufhebung der Tauglichkeit oder ein tatsächlicher Eingriff der Zulassungsbehörde sind im Umkehrschluss für das Fehlen der Verwendungseignung gerade nicht erforderlich.<sup>10</sup> Der von K erworbene Volkswagen war mit einem Dieselmotor des Typs EA 189 ausgestattet, dessen Motorsteuerungssoftware den Prüfstandlauf erkennt und in diesem Fall über eine entsprechende Programmierung den Ausstoß an Stickoxiden verringert. Der Kaufgegenstand

<sup>3</sup> Berger in: Jauernig BGB, 18. Aufl. 2021, § 433 Rn. 5.

<sup>4</sup> BGH NJW 2013, 1671 Rn. 13.

<sup>5</sup> Ders.

<sup>6</sup> BGH NJW 2016, 3015 Rn. 40; BGH NJW 2017, 153 Rn. 15.

<sup>7</sup> VO (EG) Nr. 715/2007.

<sup>8</sup> BGH NJW 2019, 1133 Rn. 7f.

<sup>9</sup> BGH NJW 2017, 1666 Rn. 28; ders. NJW 2017, 2817 Rn. 18; ders. Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 254/20 Rn. 36.

<sup>10</sup> Dies.

entsprach damit nicht den Vorgaben der europäischen Verordnung zur Emissionskontrolle. Stattdessen bestand aufgrund der Abschaltvorrichtung die erhebliche Gefahr einer Betriebsuntersagung durch die Zulassungsbehörde. Für K bestand die Gefahr, das Fahrzeug nicht mehr im öffentlichen Straßenverkehr nutzen zu dürfen. Das von K erworbene Fahrzeug des Modells T.1 eignete sich daher nicht für die gewöhnliche Verwendung im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB.

## 2. Übliche Beschaffenheit

Auf die Frage der üblichen Beschaffenheit kommt es aufgrund der fehlenden Verwendungseignung mithin nicht mehr fallentscheidend an. Das Fahrzeug VW Modell T.1 ist aufgrund der Abschaltvorrichtung wie oben dargestellt ohnehin als mangelhaft im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB anzusehen.

## 3. Zeitpunkt des Gefahrübergangs

Der Kaufgegenstand müsste auch zum maßgeblichen Zeitpunkt mangelhaft im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB gewesen sein; maßgeblicher Zeitpunkt ist der Gefahrübergang.<sup>11</sup> Nach § 446 BGB ist für den Gefahrübergang der Zeitpunkt der Übergabe der Kaufsache entscheidend. Das von K erworbene Fahrzeug wurde bereits während der Produktion und damit vor Übergabe des Fahrzeugs an K beim Kauf mit der unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestattet. Dementsprechend war das Fahrzeug schon zum Übergabezeitpunkt nicht für die gewöhnliche Verwendung geeignet. Der Kaufgegenstand war damit im maßgeblichen Zeitpunkt des Gefahrübergangs bereits mangelhaft im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB.

Die kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte inklusive der Nacherfüllung nach §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB sind insofern anwendbar.

## III. Ausübung des Wahlrechts

K müsste im Rahmen seines Nacherfüllungsbegehrens aus §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB von seinem Wahlrecht Gebrauch gemacht haben. Gemäß § 439 Abs. 1 BGB kann der Käufer grundsätzlich zwischen den Nacherfüllungsalternativen der Nachbesserung gemäß § 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB und der Nachlieferung gemäß § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB wählen.<sup>12</sup> K lehnte im März 2017 das Überspielen der unzulässigen Software mit einem inzwischen freigegebenen

Software-Update ab und forderte stattdessen unter Nachfristsetzung von V Nachlieferung eines fabrikneuen, typengleichen Ersatzfahrzeugs. Folglich hat K von seinem Wahlrecht Gebrauch gemacht und sich für die Nacherfüllungsalternative der Nachlieferung gemäß § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB entschieden.

## IV. Ausschluss der Nachlieferungspflicht

Ein Anspruch des K gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB auf Nachlieferung eines fabrikneuen, typengleichen Ersatzfahrzeugs könnte ausgeschlossen sein. Als mögliche Ausschlussgründe kommen sowohl eine Unmöglichkeit der Nachlieferung gemäß § 275 Abs. 1 BGB als auch die Einreden der Unverhältnismäßigkeit gemäß § 439 Abs. 4 BGB oder der Verjährung nach §§ 214 Abs. 1, 438 BGB in Betracht.

### 1. Unmöglichkeit der Nachlieferung

Fraglich ist, ob dem V die Nachlieferung eines fabrikneuen, typengleichen Ersatzfahrzeugs unmöglich im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB ist. Eine Leistung ist unmöglich im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB, wenn sie unter keinen Umständen mehr tatsächlich erbracht werden kann.<sup>13</sup>

#### a) Unmöglichkeit hinsichtlich erworbenem Fahrzeugmodell T.1

V könnte die Nachlieferung des ursprünglichen Fahrzeugmodells T.1 unmöglich sein. Das von K ursprünglich im Jahre 2009 erworbene Fahrzeugmodell T.1 wird bereits seit 2013 nicht mehr hergestellt. Zwar wäre es generell denkbar, ein bereits produziertes, noch nicht in Gebrauch genommenes Fahrzeug der Modellreihe T.1 zu liefern. Dieses Fahrzeug wäre aufgrund der langen Standzeit über mindestens vier Jahre allerdings nicht mehr als fabrikneues Fahrzeug anzusehen.<sup>14</sup> Die Nachlieferung eines Fahrzeugmodells T.1 kann von V daher unter keinen Umständen mehr tatsächlich erbracht werden. Somit ist V die Nachlieferung eines Fahrzeugs nach dem ursprünglichen Erwerbmodell T.1 unmöglich im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB.

#### b) Unmöglichkeit hinsichtlich Nachfolgemodell T.2

Darüber hinaus müsste V auch die Nachlieferung eines Fahrzeugs des Nachfolgemodells T.2 unmöglich sein. Ein bloßer Modellwechsel eines Fahrzeugs führt im Rahmen des Nachlieferungsumfangs nach der Rechtsprechung des BGH nicht von vornherein zur Unmöglichkeit der

<sup>11</sup> BGHZ 226, 1 Rn. 44; Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 45. Aufl. 2021, §4 Rn. 21.

<sup>12</sup> Musielak/Hau, Grundkurs BGB, 17. Aufl. 2021, §8 Rn. 816.

<sup>13</sup> Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 45. Aufl. 2021, § 22 Rn. 3.

<sup>14</sup> BGH, Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 254/20 Rn. 11.

Nachlieferung.<sup>15</sup> Die Unterscheidung zwischen Stück- und Gattungsschuld spielt für die Beurteilung der Unmöglichkeit in diesem Rahmen grundsätzlich keine Rolle.<sup>16</sup> Stattdessen ist bei der vom Verkäufer übernommenen Beschaffungspflicht anzusetzen und deren Reichweite nach §§ 133, 157 BGB interessengerecht und umfangreich nach den Willenserklärungen der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses auszulegen.<sup>17</sup>

#### aa) Auslegung der Willenserklärungen von K und V

Fraglich ist insofern, ob eine Auslegung der Willenserklärungen von K und V hinsichtlich der Reichweite der von V übernommenen Beschaffungspflicht die Nachlieferung eines Nachfolgemodells T.2 umfasst. Dabei ist zunächst zu beachten, dass sich die Lieferung einer mangelfreien Sache nicht zwangsläufig auf eine mit dem Kaufgegenstand identische Sache beschränkt.<sup>18</sup> Die Pflicht des Verkäufers im Rahmen des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB umfasst lediglich die Ersatzbeschaffung einer gleichartigen und funktionell sowie vertragsmäßig gleichwertigen Sache.<sup>19</sup> Entscheidend ist mithin, ob die Vertragsparteien nach ihrem erkennbaren Willen die konkrete Leistung dem Vertragszweck nach als austauschbar angesehen haben.<sup>20</sup> Besonders beachtenswert ist in diesem Rahmen, dass der Verkäufer beim Verkauf eines Neufahrzeugs mit der Produktion und dem Markteintritt eines Nachfolgemodells typischerweise rechnen muss.<sup>21</sup> Das Nachfolgemodell ersetzt dabei das Vorgängermodell am Markt und tritt an dessen Stelle.<sup>22</sup> Die Frage der Kosten für die Ersatzbeschaffung kann wegen der eigenständigen Regelung des § 439 Abs. 4 BGB für die Beurteilung der Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB ebenfalls keine Rolle spielen.<sup>23</sup> Die Beschaffungspflicht des Verkäufers umfasst bei interessengerechter Auslegung der Willenserklärungen der Vertragsparteien mithin auch die Ersatzbeschaffung mittels Nachlieferung eines Nachfolgemodells.<sup>24</sup>

#### bb) Zeitliche Grenze

Die Beschaffungspflicht des Verkäufers bezüglich eines neuwertigen Nachfolgemodells unterliegt bestimmten Grenzen.<sup>25</sup> Sie kann nach neuester Rechtsprechung des BGH nur dann angenommen werden, wenn der Käufer sein Nachlieferungsbegehren innerhalb eines Zeitraums von zwei Jahren ab Vertragsschluss geltend macht.<sup>26</sup> In Anbetracht der Tatsache, dass der Käufer eines Verbrauchsguts aufgrund der Regelung der §§ 474 Abs. 1, 475 Abs. 3 S. 1 BGB keine Nutzungsentschädigung für den Gebrauch der mangelhaften Sache zu zahlen hat, ist in solchen Fällen bei fortlaufender Nutzung der Sache bereits nach kurzer Zeit ein erheblicher Wertverlust zu verzeichnen.<sup>27</sup> Eine zeitliche Begrenzung der Beschaffungspflicht der Verkäufers ist insofern unabdingbar.<sup>28</sup> Die Befristung der Geltendmachung des Nacherfüllungsverlangens innerhalb von zwei Jahren ab Vertragsschluss ist dabei an die regelmäßige kaufrechtliche Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB angelehnt.<sup>29</sup> Im vorliegenden Einzelfall muss bei der vorzunehmenden Auslegung auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass zwischen dem Kauf des mangelhaften Neuwagens und dem Nachlieferungsverlangen des K ein Zeitraum von knapp acht Jahren liegt. Obwohl ein Nachlieferungsbegehren des K bei interessengerechter Auslegung grundsätzlich auch die Ersatzbeschaffung eines Nachfolgemodells T.2 umfasst, kommt die Geltendmachung dieses Nachlieferungsverlangens sechs Jahre zu spät. Bei interessengerechter Auslegung der Willenserklärungen von K und V hinsichtlich des Umfangs der Beschaffungspflicht des V ist nach Anwendung der neuen, höchstrichterlichen Rechtsprechung auch eine Nachlieferung des Nachfolgemodells T.2 aufgrund der Überschreitung der zeitlichen Zwei-Jahres-Grenze als unmöglich im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB anzusehen. Insgesamt ist V damit die Nachlieferung eines fabrikneuen, typengleichen Ersatzfahrzeugs unmöglich im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB.

<sup>15</sup> BGH NJW 2019, 1133 Rn. 29f.

<sup>16</sup> BGHZ 224, 195 Rn. 41; BGH NJW 2019, 1133 Rn. 31.

<sup>17</sup> BGHZ 168, 64 Rn. 23; BGHZ 224, 195 Rn. 41.

<sup>18</sup> BGH, Urt. v. 21.07.2021 Rn. 42.

<sup>19</sup> BGH NJW 2019, 1133 Rn. 33.

<sup>20</sup> BGH NJW 2019, 1133 Rn. 34.

<sup>21</sup> BGH NJW 2019, 1133 Rn. 35.

<sup>22</sup> Ders.

<sup>23</sup> BGH NJW 2019, 1133 Rn. 37.

<sup>24</sup> BGHZ 220, 134 Rn. 41; BGH NJW 2019, 1133 Rn. 36.

<sup>25</sup> BGH, Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 254/20 Rn. 16.

<sup>26</sup> Ders.

<sup>27</sup> BGH, Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 254/20 Rn. 54.

<sup>28</sup> Ders.

<sup>29</sup> Ders.

## 2. Ausschluss wegen Unverhältnismäßigkeit

Überdies könnte ein Nachlieferungsverlangen des K wegen Unverhältnismäßigkeit nach § 439 Abs. 4 BGB ausgeschlossen sein. Aufgrund einer Unmöglichkeit der der Nachlieferung als Nacherfüllungsalternative gemäß § 275 Abs. 1 BGB scheidet eine Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung nach § 439 Abs. 4 BGB jedoch aus, da eine nach § 275 Abs. 1 BGB unmögliche und damit nicht geschuldete Nachlieferung nicht unverhältnismäßig sein kann. Andernfalls wäre eine Berufung des V sowohl auf eine relative als auch eine absolute Unverhältnismäßigkeit wegen der Regelung des § 475 Abs. 4 BGB unzulässig gewesen.

## 3. Ausschluss wegen Verjährung

Die ebenfalls aufgrund der langen Zeitspanne von acht Jahren in Betracht kommende Erhebung der Verjährungseinrede gemäß §§ 214 Abs. 1, 438 BGB würde hier daran scheitern, dass V dem K bis Ende 2017 den Verzicht auf die Erhebung der Verjährungseinrede zugesichert hat.

## 4. Zwischenergebnis

Ein Anspruch des K auf Nachlieferung eines fabrikneuen, typengleichen Ersatzfahrzeugs ist gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB aufgrund der Unmöglichkeit der Nachlieferung gemäß § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen.

## B. Ergebnis

K hat gegenüber V keinen Anspruch auf Nachlieferung eines Nachfolgemodells T.2 Zug um Zug gegen Rückgabe des mangelhaften Fahrzeugs T.1 aus seinen kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechten gemäß §§ 433 Abs. 1 S. 2, 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB.

auf Bedenken auf. Rein juristisch betrachtet blieb dem BGH aber keine andere Möglichkeit, als der Ausuferung des Nacherfüllungsverlangens auf Nachfolgemodelle zumindest in zeitlicher Hinsicht einen Riegel vorzuschieben. Damit fügt sich das Urteil in die Auseinandersetzung des BGH mit dem Dieselskandal ein, dessen weitere Entwicklung abzuwarten bleibt. Der BGH wird sich mit Sicherheit noch eine ganze Weile mit neuen, durch den Dieselskandal auftauchenden, juristischen Problemfeldern herumschlagen müssen. Abschließend sei darauf hingewiesen, dass die Käufer durch dieses Urteil keinesfalls alternativlos gestellt werden. Neben der möglichen Nacherfüllungsalternative der Nachbesserung nach § 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB bleiben den Käufern bei Ablauf oder Entbehrlichkeit einer Nachfristsetzung gemäß § 437 Nr. 2 und § 437 Nr. 3 BGB auch noch die sekundären Mängelrechte des Rücktritts, der Minderung, oder des Schadensersatzes statt der Leistung eröffnet. Im vorliegenden Fall hat der BGH die Sache zur Überprüfung eines hilfsweise erklärten Rücktritts an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

## FAZIT

Was bei erstmaligem Lesen für den Laien hinsichtlich der betrügerischen Problematik des Dieselskandals noch auf Unverständnis stoßen könnte, ist bei genauerem Hinsehen juristisch vollkommen richtig. Im Rahmen einer Auslegung der beiderseitigen Interessen und dem Parteiwillen nach §§ 133, 157 BGB ist stets auf die konkreten Umstände eines jeden Einzelfalls abzustellen. Ohne zeitliche Begrenzung des Nachlieferungsverlangens würde die Beschaffungspflicht des Verkäufers uferlos ausgeweitet werden, wodurch die Verkäuferinteressen vollständig unberücksichtigt bleiben würden. In Anbetracht der weitreichenden Folgen des Dieselskandals kommen hinsichtlich des Urteils

## RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT ZIVILRECHT

**BGH I ZR 96/20, Urt. v. 20.10.2021 (Kein Widerrufsrechtsausschluss bei individuell angepasstem Treppenlift)**

Das Widerrufsrecht des Verbrauchers nach § 312g Abs. 1 BGB ist bei Verträgen zur Lieferung und Montage individuell angepasster Kurventreppenlifte nicht gem. § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB ausgeschlossen. Der Begriff der „Verträge zur Lieferung von Waren“ i.S.d. Vorschrift ist mit Blick auf Art. 16 Buchst. c der Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher dahingehend richtlinienkonform auszulegen, dass dazu Kaufverträge (§ 433 BGB) und Werklieferungsverträge (§ 650 BGB), aber weder Dienstverträge (§ 611 BGB) noch – jedenfalls im Regelfall – Werkverträge (§ 631 BGB) zählen. Für die Abgrenzung von Kauf- und Werklieferungsverträgen einerseits und Werkverträgen andererseits kommt es darauf an, auf welcher der Leistungen bei der gebotenen Gesamtbetrachtung der Schwerpunkt liegt. Im von dem BGH zu beurteilenden Fall liegt der Schwerpunkt des angestrebten Vertrags nicht auf der Übereignung, sondern der Einbau eines Treppenlifts als funktionsfähige Einheit angepasst an die Bedürfnisse des Kunden im Vordergrund, für dessen Verwirklichung die Lieferung der Einzelteile einen zwar notwendigen, aber untergeordneten Zwischenschritt darstellt. Auch der hierfür, an den individuellen Anforderungen des Bestellers ausgerichtete, erforderliche Aufwand spricht daher für das Vorliegen eines Werkvertrags, auf welchen der § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB keine Anwendung findet.

**BGH III ZR 63/20, Urt. v. 02.09.2021 (Eingeschränkte AGB-Kontrolle bei Behandlungsvertrag-Aufklärungsformularen)**

Formulare, die eine ärztliche Aufklärung und die Entscheidung des Patienten, ob er eine angeratene Untersuchung vornehmen lassen will, dokumentieren sollen, unterliegen gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB grundsätzlich nicht einer Kontrolle nach §§ 307 Abs. 1 und 2, 308, 309 BGB, da für die ärztliche Aufklärung durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entwickelte eigenständige Regeln gelten, die auch das Beweisregime erfassen. Diese richterrechtlich entwickelten Grundsätze des Arzthaftungs- und Behandlungsrechts wurden im Rahmen der Gesetzesänderung des BGB von 2013 (BGBl. I S. 277) kodifiziert. Nur sofern von diesen Grundsätzen abgewichen wird, kann eine Inhaltskontrolle stattfinden.

**BGH V ZR 225/19 u.a., Urt. v. 22.10.2021 (Sonderrechtsfähigkeit von Bestandteilen zusammengesetzter Sachen)**

Eine Photovoltaikanlage – bestehend aus mehreren Modulen – ist nicht nach § 94 Abs. 1 BGB wesentlicher Bestandteile des Grundstücks, wenn sie aufgrund eines Nutzungsvertrages errichtet wurde, der ihren Abbau zum Ende der Vertragslaufzeit vorsieht, weil die Anlage mit diesem nicht fest verbunden oder jedenfalls als Scheinbestandteil i.S.v. § 95 BGB anzusehen ist. Die einzelnen Module sind auch nicht deshalb wesentliche Bestandteile der Anlage, weil diese als Gebäude i.S.v. § 94 Abs. 2 BGB anzusehen wäre, in das die Module zur Herstellung eingefügt wurden. Gebäude i.S.d. Vorschrift sind zwar auch andere größere Bauwerke, deren Beseitigung eine dem (Teil-)Abriss eines Gebäudes i.e.S. vergleichbare Zerschlagung wirtschaftlicher Werte bedeutete. Ein Bauwerk setzt in diesem Zusammenhang aber regelmäßig etwas mit klassischen Baustoffen „Gebautes“ von solcher Größe und Komplexität voraus, dass die Beseitigung die Zerstörung oder wesentliche Beschädigung und den Verlust der Funktionalität der Sache zur Folge hätte. Eine Freiland-Photovoltaikanlage stellt jedenfalls dann, wenn sie aus einer gerüstähnlichen Aufständigung aus Stangen oder Schienen sowie darin eingesetzten Photovoltaikmodulen besteht, kein Gebäude i.S.v. § 94 BGB dar. Die Module können aber nach § 93 BGB wesentliche Bestandteile der Gesamtanlage sein. Ob ein Bestandteil im Sinne dieser Vorschrift wesentlich ist, bestimmt sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Verbindung, wenn es darauf ankommt, ob an dem Bestandteil bestehende Rechte Dritter infolge der Verbindung untergegangen sind. Ist dagegen zu beurteilen, ob Rechte Dritter an einem Bestandteil – hier einem einzelnen Photovoltaikmodulen – begründet werden können, der bereits in eine zusammengesetzte Sache eingefügt ist, kommt es auf die Verhältnisse bei Entstehung des Rechts und darauf an, welche Folgen der gedachte Ausbau – also die Trennung der einzelnen Module für die Gesamtanlage – in diesem Zeitpunkt gehabt hätte.

**BGH V ZR 225/20, Urt. v. 15.10.2021 (Rechtswidrigkeit dauerhaften Nutzungsverbots durch Wohnungseigentümer)**

Im Grundsatz können die Wohnungseigentümer im Rahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung ein auf das gemeinschaftliche Eigentum bezogenes Nutzungsverbot zum Zwecke der Gefahrenabwehr beschließen. Das kommt aber jedenfalls dann nur aus zwingenden Gründen und in engen Grenzen in Betracht, wenn dadurch die zweckentsprechende Nutzung des Sondereigentums eingeschränkt oder sogar vollständig ausgeschlossen wird. Denn nach der Rechtsprechung des BGH sind die Wohnungseigentümer verpflichtet, die Behebung gravierender baulicher Mängel des gemeinschaftlichen Eigentums zu veranlassen, die eine Nutzung des Sondereigentums zu dem vereinbarten Zweck erheblich beeinträchtigen oder sogar ausschließen. Sie können sich nicht darauf berufen, dass ihnen die damit einhergehenden Kosten nicht zuzumuten seien. Dieser Verpflichtung zur Vornahme zwingend erforderlicher Maßnahmen können sich die Wohnungseigentümer auch nicht durch ein mehrheitlich verhängtes dauerhaftes Nutzungsverbot entziehen. Ein dauerhaftes Nutzungsverbot könnte nur dann rechtmäßig sein, wenn eine Sanierungspflicht der Wohnungseigentümergeinschaft gem. § 22 Abs. 4 WEG aF (nunmehr § 22 WEG) ausgeschlossen wäre, weil es „zerstört“ ist; dann müsste die Gefahrenabwehr durch Stilllegung des Gemeinschaftseigentums erfolgen. Die Sanierungspflichten der Wohnungseigentümer, die aus der Überalterung bzw. der mangelnden Instandhaltung des Gebäudes herrühren, werden durch die genannte Vorschrift aber nicht begrenzt. Zerstört i.S.v. § 22 Abs. 4 WEG aF (nunmehr § 22 WEG) ist ein Gebäude nur dann, wenn seine Nutzbarkeit durch punktuelle Ereignisse (wie Brand, Überflutung oder Explosion) wesentlich beeinträchtigt oder aufgehoben ist.

**BGH XI ZR 568/19, Urt. v. 15.06.2021 (Einwendungs- und Rückforderungsdurchgriff bei einem Autokaufvertrages)**

Hat bei einem verbundenen Geschäft (§ 358 Abs. 3 BGB) der Verbraucher den finanzierten Vertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten, führt die Rückwirkung der Anfechtung (§ 142 Abs. 1 BGB) dazu, dass dem Anspruch des Darlehensgebers aus dem Finanzierungsdarlehen von Anfang an aus § 359 Abs. 1 S. 1 BGB eine dauernde Einrede i.S.v. § 813 Abs. 1 S. 1 BGB entgegensteht und der Verbraucher auch die vor der Anfechtungserklärung auf das Darlehen geleisteten Zahlungen gem. § 813 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB vom Darlehensgeber zurückverlangen kann

**OLG Karlsruhe 10 U 6/20, Urt. v. 05.11.2021 (Schadensersatzpflicht durch Nachstellen und Bedrohen eines Nachbarn)**

Schikanöses oder sogar kriminelles Verhalten eines Nachbarn begründet keinen Sachmangel eines Grundstücks. Auch eine vorvertragliche Aufklärungspflicht für den Verkäufer eines Grundstücks besteht nur, wenn Beeinträchtigungen erheblichen Ausmaßes zu erwarten sind. § 238 StGB und § 241 StGB sind Schutzgesetze i.S.v. § 823 Absatz 2 BGB. Wer seine Nachbarn durch Nachstellungen und Bedrohungen in adäquat kausaler Weise zum Wegzug veranlasst, ist zum Ersatz derjenigen Schäden verpflichtet, die den Nachbarn durch Maßnahmen zur Wiederherstellung ihres persönlichen Sicherheitsgefühls entstehen (hier: Umzugskosten sowie Notarkosten und Grunderwerbsteuer für den Erwerb eines neuen Wohnhauses). Demgegenüber sind bloße Vermögensfolgeschäden (hier: Wertverlust am verlassenen Eigenheim, Nebenkosten dessen Veräußerung) nicht vom Schutzzweck der verletzten Strafnormen erfasst.

**LG Berlin 16 O 43/21, Urt. v. 28.10.2021 (AGB-Kontrolle von Verwahrenrgelten bei Giroverträgen)**

Der Girovertrag ist ein Zahlungsdienstvertragsvertrag gem. § 675f BGB, bei dem die vom Zahlungsdienstleister zu erbringenden Zahlungsdienste die Hauptleistungspflicht darstellen. Daneben umfasst das Giroverhältnis regelmäßig weitere Leistungen der Bank, wie die Darlehens- (§§ 488 ff. BGB) und unregelmäßigen Verwahrverhältnisse (§ 700 BGB), die auf der Grundlage des Giroverhältnisses durch Ein- und Auszahlungen begründet oder erfüllt werden. Dabei liegt jedoch kein zusammengesetzter Vertrag, sondern vielmehr ein einziges einheitliches gemischttypisches Vertragsverhältnis vor. Da die Verwahrfunktion dem Girovertrag immanent ist, ist darin keine eigenständige Sonderleistung zu sehen, die als Hauptleistungspflicht der Klauselkontrolle entzogen ist, § 307 Abs. 3 S. 1 BGB. In Bezug auf die Verwahrung gibt daher § 700 BGB die Vor- und Leitbildfunktion des dispositiven Gesetzesrechts wieder. § 700 BGB sieht keine Vergütungspflicht für die Verwahrung vor, verweist indes auf die §§ 488 ff. BGB. Die Zinspflicht des Darlehensnehmers, hier der Bank, kann zwar auf „0“ herabgesetzt werden, jedoch muss dem Kunden mind. der Betrag verbleiben, den er eingezahlt hat. Eben dies wird durch das Verwahrenrgelt umgangen, sodass ein Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB vorliegt.

## RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT STRAFRECHT

**BGH 1 StR 158/20, Beschl. v. 28.10.2020 (Schönheitsbehandlung durch Hyaluronsäure)**

Die Angeklagte bot im Internet Schönheitsbehandlungen, insbesondere die Vergrößerung von Lippen sowie Nasenkorrekturen mittels Unterspritzung mit Hyaluronsäure an, obwohl sie nicht die hierfür erforderliche Zulassung besaß. Aufgrund fehlerhafter Behandlungen kam es bei vielen Kundinnen zur Bildung von Knötchen in der Lippe. Aufgrund der Feststellung einer Fachärztin, dass die fehlerhafte Behandlung im Einzelfall zu schwerwiegenden Komplikationen bis hin zur Erblindung und zum Schlaganfall führen könne, verurteilte das LG Bochum die Angeklagte unter anderem wegen gefährlicher Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 und 5 StGB.

Der BGH hob das Urteil wegen eines Fehlers im Rechtsfolgenausspruch auf. Der Schuldspruch wegen gefährlicher Körperverletzung wurde dagegen durch den BGH im Hinblick auf die Verwirklichung von Nr. 2 (Spritze als gefährliches Werkzeug) bestätigt. Nicht erfüllt sei jedoch das Qualifikationsmerkmal nach Nr. 5 (lebensgefährdende Behandlung), da aus der Feststellung, dass es im Einzelfall in Folge der Unterspritzung der Nase mit Hyaluronsäure sehr selten zu Komplikationen kommen könne, nicht die generelle Eignung zur Lebensgefährdung abgeleitet werden könne.

**BGH 2 StR 246/20, Urt. v. 18.11.2020 (Verbotsirrtum im Korruptionsstrafrecht)**

Die Entscheidung des BGH behandelt mit dem Verbotsirrtum einen Schuldausschließungsgrund. Der Angeklagte führte eine Buchhandlung und bot in diesem Rahmen zahlreichen Schulleitungen die Beschaffung von Schulbüchern an. Bei Auftragsvergabe überreichte der Angeklagte nach Auslieferung der Bücher der jeweiligen Schulleitung einen Scheck mit einer Geldsumme, die dem Konto der Schule oder eines Fördervereins gutgeschrieben wurde. Dem Angeklagten war bewusst, dass die Geldzahlung Einfluss auf die zukünftigen Entscheidungen des jeweiligen Schulleiters hinsichtlich der Auftragsvergabe nehmen würde. Das Landgericht sprach den Angeklagten frei. Zwar habe der Angeklagte durch sein Verhalten den Tatbestand der Bestechung (§ 334 StGB) und der Vorteilsgewährung (§ 333 StGB) vorsätzlich und rechtswidrig erfüllt, sei aber zugleich einem unvermeidbaren Verbotsirrtum erlegen, der gem. § 17 S. 1 StGB die Schuld ausschließe.

Der BGH entschied, dass die Annahme eines unvermeidbaren Verbotsirrtums des Angeklagten rechtsfehlerhaft sei. Der Irrtum des Angeklagten sei gerade nicht unvermeidbar gewesen. Geschäftlich Tätige müssten sich vor Aufnahme ihrer Tätigkeit über die einschlägigen Rechtsvorschriften und etwaige zwischenzeitliche Änderungen der Rechtslage informieren. Als Buchhändler sei der Angeklagte verpflichtet gewesen, entsprechende Auskünfte einzuholen. Die Feststellungen enthielten jedoch keine genügenden Anhaltspunkte, die darlegen, dass der Angeklagte die geforderten Erkundungen unternommen und Auskünfte eingeholt habe.

**BGH 4 StR 35/20, Beschl. v. 18.11.2020 (Diebstahl mit falschem Wohnungsschlüssel)**

Die Entscheidung behandelt mit dem Wohnungseinbruchsdiebstahl einen Klassiker. Der Angeklagte A entwendete seiner Lebensgefährtin einen Schlüssel für die Wohnung der Eltern ihres früheren Ehemanns. Die Ex-Schwiegereltern hatten vergessen, dass ihre frühere Schwiegertochter noch im Besitz des Schlüssels war. Mit dem Schlüssel öffnete der Angeklagte die Wohnung der Ex-Schwiegereltern und entwendete Gegenstände und Bargeld. Die Vorinstanz verurteilte den Angeklagten wegen Wohnungseinbruchsdiebstahls nach § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB.

Der BGH hatte in der Revision die Frage zu klären, ob A zur Begehung eines Diebstahls mit einem falschen Schlüssel in die Wohnung eingedrungen war. Falsch sei ein Schlüssel nur dann, wenn diesem die Widmung des Berechtigten fehle, der Öffnung des Schlosses zu dienen. Fraglich war, ob durch das Vergessen der Existenz des Schlüssels eine konkludente Entwidmung des Wohnungsschlüssels seitens der Ex-Schwiegereltern entstanden war. Der BGH entschied, dass das bloße Vergessen des Schlüssels keine Entwidmung enthalte. Dem Vergessen sei nämlich immanent, dass eine Willensbildung des Berechtigten in Bezug auf die Gebrauchsbestimmung eines Schlüssels gerade nicht statfinde. Ihm könne

daher nicht der Erklärungswert beigemessen werden, dass der Berechtigte von einem endgültigen Verlust eines Schlüssels ausgegangen sei.

---

#### **BGH 4 StR 338/20, Beschl. v. 03.03.2021 (Gewahrsamszuordnung beim Geldautomaten)**

Die Entscheidung behandelt die Gewahrsamszuordnung bei einem Geldautomaten. Die Angeklagten stellten sich neben die Geschädigten, die mit der Absicht, Geld abzuheben, ihre EC-Karte in einen Geldautomaten einführten und ihre PIN-Nummer eingaben. Sodann verdeckten die Angeklagten das Bedienfeld mit Zeitungen, um die auszuzahlende Geldsumme einzugeben und das ausgegebene Bargeld zu entnehmen.

Der 4. Senat des BGH bestätigte die erstinstanzliche Verurteilung wegen Diebstahls nach § 242 StGB. Zu klären war, wer Gewahrsam an dem ausgegebenen Geld hatte. Während andere Senate dazu neigten, einen Gewahrsam der Bank anzunehmen, nahm der 4. Senat einen Gewahrsam des Geschädigten an. Das Bargeld, das ein Geldautomat am Ende eines ordnungsgemäßen Abhebevorgangs ausbebe, stehe mit der Bereitstellung im Ausgabefach und der hierdurch eröffneten Zugriffsmöglichkeit im Gewahrsam desjenigen, der diesen Vorgang durch Eingabe der Bankkarte und der PIN-Nummer in Gang gesetzt habe, da das Geld ab diesem Zeitpunkt dieser Person zugeordnet werden würde. Dies zeige sich daran, dass es sozial üblich sei, dass Dritte während des Abhebevorgangs Abstand zu dem Automaten und dem an ihm tätigen Kunden halten. Der Gewahrsam werde auch von dem erforderlichen Herrschaftswillen getragen, da der Abhebevorgang gerade mit dem Willen zur Sachherrschaft über das ausgegebene Bargeld in Gang gesetzt worden sei. Es erfolge daher keine Abweichung von der Rechtsprechung des 2. Senats (vgl. 2 StR 154/17), sodass es entgegen einer Entscheidung des 3. Senats (vgl. 3 StR 333/18) keines Anfragebeschlusses bedürfe. Vergleiche zu den vorangegangenen Entscheidungen *Maasjost*, Rüberische Erpressung, HanLR 2018, 213 und *Weddige*, Gewahrsamslage, HanLR 2020, 102.

---

#### **BGH 4 StR 416/20, Beschl. v. 24.03.2021 (Garantenstellung als besonderes persönliches Merkmal)**

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde. Der Angeklagte und der Mitangeklagte fuhren mit ihren Autos nachts ohne Fahrerlaubnis und unter Alkoholeinfluss hintereinander auf einer Gemeindestraße. An einer Kreuzung übersah der Mitangeklagte einen vorfahrtsberechtigten Fahrradfahrer und erfasste ihn mit seinem Fahrzeug. Der Fahrradfahrer verstarb infolge des Zusammenstoßes vor Ort. Obwohl der Angeklagte erkannte, dass der Fahrradfahrer schwer verletzt sein musste, setzte er die Fahrt fort. Der Mitangeklagte hielt an und sah das Unfallopfer regungslos am Boden liegen. Er entschloss sich, keine Rettungsmaßnahmen einzuleiten und zu flüchten, jedoch gelang ihm dies nicht. Deshalb bat er den Angeklagten, mit einem Abschleppseil zur Unfallstelle zurückzukehren. Dieser Bitte kam der Angeklagte nach, um die Spuren des Unfalls zu beseitigen.

Das LG verurteilte den Angeklagten u.a. wegen Beihilfe zum (Verdeckungs-)Mord. Der BGH hob die Entscheidung auf. Problematisch war nicht der Schuldspruch des Landgerichts, sondern ausschließlich der Strafausspruch, da das Gericht nicht in Erwägung gezogen habe, dass eine Strafrahmenschiebung nach § 28 Abs. 1 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB in Betracht komme. Eine Strafrahmenschiebung sei erforderlich, weil der Angeklagte im Hinblick auf die Erfolgsabwendung anders als der Haupttäter keine Garantenstellung aus Ingerenz nach § 13 Abs. 1 StGB hatte. Die Garantenstellung aus Ingerenz sei ein strafbarkeitsbegründendes besonderes persönliches Merkmal i.S.v. § 28 Abs. 1 StGB, da die Pflicht zur Erfolgsabwendung aufgrund eines pflichtwidrigen Vorverhaltens eine Sonderpflicht mit starkem persönlichem Einschlag darstelle. Die Garantenstellung sei ausschließlich in der Person verankert und kennzeichne daher die Persönlichkeit des Unterlassungstäters.

## RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT ÖFFENTLICHES RECHT

**EuGH C-718/18, Urt. v. 02.09.2021 (Fehlende Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur)**

Die Bundesrepublik Deutschland hat im Hinblick auf die erforderliche Autonomie der nationalen Regulierungsbehörde und im Hinblick auf weitere Aspekte gegen ihre Verpflichtungen aus den RL 2009/72/EG und 2009/73/EG verstoßen. Zum Begriff der „Unabhängigkeit“, der weder in der RL 2009/72 noch in der RL 2009/73 definiert wird, hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass dieser Begriff in Bezug auf öffentliche Stellen seinem gewöhnlichen Sinn nach eine Stellung bezeichnet, die garantiert, dass die betreffende Stelle im Verhältnis zu den Einrichtungen, denen gegenüber ihre Unabhängigkeit zu wahren ist, völlig frei handeln kann und dabei vor jeglicher Weisung und Einflussnahme von außen geschützt ist. Die Mitgliedstaaten verfügen bei der Organisation und Strukturierung ihrer nationalen Regulierungsbehörden zwar über eine Autonomie. Diese Autonomie ist jedoch unter vollständiger Beachtung der in den RL 2009/72 und 2009/73 festgelegten Ziele und Pflichten auszuüben, mit denen sichergestellt werden soll, dass die nationalen Regulierungsbehörden (NRB) bei der Ausübung der ihnen vorbehaltenen Zuständigkeiten ihre Entscheidungen autonom erlassen. Im vorliegenden Fall verleiht § 24 S. 1 EnWG der Bundesregierung die Zuständigkeit, mit Zustimmung des Bundesrats nicht nur die Bedingungen für den Netzzugang einschließlich der Erbringung von Ausgleichsleistungen oder Methoden zur Bestimmung dieser Bedingungen sowie Methoden zur Bestimmung der Entgelte für den Netzzugang festzulegen, sondern auch zu regeln, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen die NRB diese Bedingungen oder Methoden festlegen oder auf Antrag des Netzbetreibers genehmigen kann, und ferner zu regeln, in welchen Sonderfällen der Netznutzung und unter welchen Voraussetzungen die NRB im Einzelfall individuelle Entgelte für den Netzzugang genehmigen oder untersagen kann. § 24 S. 1 EnWG überträgt somit unmittelbar der Bundesregierung bestimmte Zuständigkeiten, die ausschließlich der NRB vorbehalten sind, und verleiht ihr unter Verstoß gegen Art. 37 Abs. 1 Buchst. a und Abs. 6 Buchst. a und b der RL 2009/72 sowie Art. 41 Abs. 1 Buchst. a und Abs. 6 Buchst. a und b der RL 2009/73 die Befugnis, die NRB zur Ausübung dieser Zuständigkeiten zu ermächtigen.

**BVerfG 1 BvR 1525/20, Beschl. v. 14.09.2021 (Teilentzug der elterlichen Sorge)**

Aus der grundrechtlichen Gewährleistung des Elternrechts in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG wie auch aus der Verpflichtung des Staates, über dessen Ausübung im Interesse des Kindeswohls zu wachen, ergeben sich Folgerungen für das Prozessrecht und seine Handhabung in Sorgerechtsverfahren. Grundsätzlich ist dabei die Gestaltung des Verfahrens, die Feststellung und die Würdigung des Tatbestandes sowie die Auslegung und Anwendung verfassungsrechtlich unbedenklicher Regelungen im einzelnen Fall Angelegenheit der zuständigen Fachgerichte und der Nachprüfung durch das BVerfG entzogen. Ihm obliegt lediglich die Kontrolle, ob die angegriffene Entscheidung Auslegungsfehler erkennen lässt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Auffassung von der Bedeutung eines Grundrechts oder vom Umfang seines Schutzbereiches beruhen. Anderes gilt für gerichtliche Entscheidungen, die Eltern zum Zweck der Trennung des Kindes von den Eltern das Sorgerecht für ihr Kind entziehen, da solchen Entscheidungen wegen des sachlichen Gewichts der Beeinträchtigung der Grundrechte von Eltern und Kindern Anlass besteht, über den grundsätzlichen Prüfungsumfang hinauszugehen.

**BVerfG 1 BvR 781/21, Beschl. v. 12.10.2021 (Ablehnungsgesuch wegen Besorgnis der Befangenheit)**

Das Ablehnungsgesuch gegen den Präsidenten Harbarth und die Richterin Baer wird zurückgewiesen. Wie das BVerfG bereits entschieden hat, sind Treffen zum Gedanken- und Erfahrungsaustausch zwischen dem BVerfG und der Bundesregierung als solche, damit auch das hier fragliche Treffen vom 30.06.2021, ein zur Begründung der Besorgnis der Befangenheit gänzlich ungeeigneter Grund. Auch die Festlegung eines Themas für einen Gedanken- und Erfahrungsaustausch zwischen BVerfG und Bundesregierung als solche ohne inhaltliche Positionierung, wie damit rechtlich umzugehen ist, begründet grundsätzlich keinen „bösen Schein“ einer möglicherweise fehlenden Unvoreingenommenheit. Sie gibt

insbesondere keinen Anlass zur Besorgnis einer Vorfestlegung zu entscheidungsrelevanten Rechtsfragen. Entgegen der Einschätzung der Beschwerdeführenden ergeben sich für eine Besorgnis der Befangenheit von Präsident Harbarth sprechende Umstände auch nicht daraus, dass aufgrund des unter seiner Mitwirkung gewählten Themas Mitglieder der Bundesregierung die Möglichkeit gehabt hätten, sich zu tatsächlichen und rechtlichen Aspekten konkret anhängiger Verfahren zu äußern.

---

#### **BayVGH 20 N 20.767, Beschl. v. 04.10.2021 (Unverhältnismäßigkeit landesweiter Ausgangsbeschränkung)**

Der Ordnungsgeber hat bei der Auswahl der nach §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 IfSG a.F. zu treffenden Infektionsschutzmaßnahmen im Rahmen seines Ermessens den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Die Einhaltung des Übermaßverbotes unterliegt der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle. In ihrer konkreten Ausgestaltung war die Ausgangsbeschränkung in § 4 Abs. 2, 3 der Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (BayIfSMV) keine notwendige Maßnahme im Sinne des § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG. Denn der Ordnungsgeber hat den Ausnahmetatbestand der triftigen Gründe (§ 4 Abs. 3 BayIfSMV), die zum Verlassen der eigenen Wohnung berechtigen, so eng gefasst, dass die Norm im Ergebnis gegen das Übermaßverbot verstößt. Es ist nicht ersichtlich, warum die Gefahr der Bildung von Ansammlungen eine landesweite Ausgangsbeschränkung rechtfertigen sollte, zumal diese Gefahr lediglich an stark frequentierten Lokaltäten bestanden haben dürfte. Hier wären auch regionale und örtliche Maßnahmen das mildere Mittel gewesen.

---

#### **OVG NRW 19 B 1458/21, Beschl. v. 22.9.2021 (Anspruch auf Distanzunterricht)**

Die schulorganisatorische Entscheidung für eine Rückkehr zum Präsenzunterricht in der aktuellen Form genügt nicht nur den grundrechtlichen Anforderungen mit Blick auf staatliche Schutzpflichten gegenüber Schülern im staatlichen Zugriffs- und Gestaltungsbereich der Schulen, sondern steht auch im Einklang mit den völker- und menschenrechtlichen Gewährleistungen der EMRK.

---

#### **OVG NRW 15 B 1529/21, Beschl. v. 30.09.2021 (3-G-Regel für kommunale Mandatsträger)**

Die mit § 4 Abs. 5 Satz 5 i. V. m. § 4 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 CoronaSchVO-NRW verbundene Beschränkung des Zugangs kommunaler Mandatsträger zu Rats- oder Ausschusssitzungen auf Personen, die geimpft, genesen oder (negativ) getestet sind, dürfte derzeit noch angemessen sein. Die Obliegenheit eines Ratsmitglieds, für die Teilnahme an einer Ratssitzung im Falle einer fehlenden Immunisierung ein aktuelles negatives Testergebnis in Bezug auf eine Infektion mit dem Corona-Virus SARS-CoV-2 vorzuweisen, beinhaltet zwar eine gewisse Beeinträchtigung der organschaftlichen Stellung des Ratsmitglieds. Um eine Verweigerung des Zutritts zu den Sitzungen und den darin liegenden Eingriff in ihr Recht auf Mitwirkung am parlamentarischen Prozess im Plenum zu vermeiden, können die Betroffenen sich aber freiwillig einer Testung unterziehen. Sie haben die Ausübung ihres Mandats demnach selbst in der Hand. Die Beeinträchtigungen durch eine solche Testung, die mit einem nur im vorderen Nasenabstrich durchführbaren Schnelltest durchgeführt werden kann, sind regelmäßig nur von kurzer Dauer und greifen nur geringfügig in die körperliche Unversehrtheit und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein, sodass voraussichtlich nicht von einem unverhältnismäßigen Eingriff ausgegangen werden kann.

---

#### **OVG Sachsen - 6 B 360/21, Beschl. v. 21.09.2021 (Beseitigung von „Hängt die Grünen“-Plakaten)**

Vorliegend sind die Plakate der Antragstellerin geeignet, das psychische Klima aufzuheizen, das Aggressionspotential im sozialen Gefüge zu erhöhen und das politische Klima durch Erzeugung von Hass zu vergiften. Diese Bewertungen drängen sich dem Senat auch vor dem Hintergrund von Geschehnissen in der jüngeren Geschichte der Bundesrepublik Deutschland auf, wonach Angriffe auf Gesundheit und Leben politisch Andersdenkender und (Lokal-)Politiker tatsächlich verübt wurden, ferner Straftaten mit politisch-religiösen Hintergründen. Auch mit Blick auf diese Ereignisse handelt es sich bei einem Aufruf „HÄNGT DIE GRÜNEN!“ nicht um eine im Rahmen der Meinungsfreiheit hinzunehmende Aussage, sondern um die Schaffung einer Gefahr für den politischen und gesellschaftlichen Frieden.

## Vorbemerkungen zur Kategorie Studienpraxis

Die im folgenden Abschnitt dargestellten Sachverhalte und Lösungen sind, bis auf kleine redaktionelle Änderungen in Rechtschreibung und Überschriftenfettung, Originale.

Vielen Studierenden fällt es schwer, die juristische Benotungskultur nachzuvollziehen, der Vergleich eigener Leistungen und Noten mit den hier veröffentlichten Beispielen aus unserer Rubrik **Studienpraxis** kann helfen und eine Orientierungshilfe sein. Mehr aber auch nicht.

Die veröffentlichten Lösungen sollen, zusammen mit der zugehörigen Note und knappen Anmerkungen, eine bessere Orientierung bei der Hausarbeiten- und Klausurvorbereitung ermöglichen. Während zahlreiche Ausbildungszeitschriften Musterklausuren mit Musterlösungen veröffentlichen, bietet die hiesige Rubrik bewusst Studierendenklausuren.

Die Lösungen sind von Kommilitoninnen und Kommilitonen unter Zeitdruck, unter dem bekannten Lernstress der Klausurenphase und wahrscheinlich auch mit 400 Mitstreiterinnen und Mitstreitern im gleichen Raum im Hochsommer erstellt worden – echte Bedingungen eben.

**Diese Authentizität der Beiträge ist Chance und Gefahr zugleich.**

Es besteht die Chance, sich mit der Leistung zu identifizieren. Musterlösungen und entsprechende Veröffentlichungen von Mustertexten in Ausbildungszeitschriften sind sinnvoll, aber als Vorlage für die Studienpraxis wenig realistisch. Möglicherweise wird aber bei der Lektüre dieses Abschnitts deutlich, dass nicht jedes Gutachten einer Musterlösung gleichen muss, um eine ordentliche Benotung zu erreichen.

Die abgedruckten Lösungen enthalten möglicherweise kleine Fehler, Unvollständigkeiten und Formulierungsschwächen und sind trotzdem überdurchschnittlich gut bewertet worden.

Damit besteht die erste Chance zur Erkenntnis: Gute Leistungen sind nicht unerreichbar. Folglich besteht die Chance, in einer der nächsten Ausgaben die eigene Leistung zu veröffentlichen. Bei gewissenhafter Vorbereitung,

gutem Judiz und ordentlichem Time-Management steht einer guten Note nichts im Wege.

Es besteht die Gefahr, dass die Fehler, Unvollständigkeiten und Formulierungsschwächen, die mit jeder Authentizität einhergehen, falsche Vorbilder sind.

Wer unreflektiert andere Leistungen übernimmt, produziert keine eigene Erkenntnis, sondern reproduziert nur fremdes Wissen. Deswegen ist jedes hier abgedruckte Gutachten auch eine Aufgabe an die Leserinnen und Leser. Bei jeder Zeile müssen sich selbst die folgenden Fragen gestellt werden:

- Ist dieser Teil der Bearbeitung repräsentativ für die Gesamtnote?

- Welche Teile der Bearbeitung sind meiner Meinung nach besonders gut gelungen?

- Konnte ich die Schwerpunkte des Gutachtens nach der Lektüre des Sachverhaltes ermitteln? Deckt sich meine Einschätzung mit der gewählten Argumentationstiefe in der Bearbeitung?

- Ist der Sachverhalt über- oder unterdurchschnittlich anspruchsvoll? Können bei der Benotung, insbesondere inhaltlich einfacher Fragenkomplexe, Form und Stil besonders in die Bewertung einfließen?

- Was könnte ich (ehrlicherweise) besser als der Lösungsvorschlag, an welchen Punkten hätte ich selbst weniger geschickt geprüft und formuliert?

- Wäre ich in der Lage, ein derartiges Gutachten auch in der Stresssituation einer Abschlussklausur zu produzieren?

Es besteht außerdem die Gefahr, eine Art mathematische Vergleichbarkeit in der Benotung juristischer Leistungen zu suchen, die es nicht gibt.

Die Idee: „Wenn das 13 Punkte sind, ist das meine letzte Klausur aber auch!“ trägt nicht, sie ist Ausdruck der Suche einer einfachen Antwort auf eine komplizierte (Benotungs-)Frage.

Die Rechtswissenschaft wird in der universitären Ausbildung nicht umsonst den Geisteswissenschaften und nicht den Naturwissenschaften zugeordnet.

Die Bewertung einer Begutachtung ist nicht prognosefähig, eine stoische (aber transparente) Unterscheidung in „falsch“ und „richtig“, „vertretbar“ oder „unvertretbar“ gibt es nicht, von einigen Extremfällen abgesehen.

Die Bewertung der Herleitung einer Argumentation, die Schwerpunktsetzung, Formulierungsvermögen und Überzeugungskraft sind „weiche“ Bewertungskriterien, die sich einer absoluten Vergleichbarkeit (und Überprüfbarkeit) entziehen.

Auch, wenn die hier abgedruckte Leistung 12 oder mehr Punkte erreicht hat, heißt das nicht, dass dieses beim nächsten Mal wieder der Fall sein muss.

Rechtsprechungslinien können sich ändern, Literaturmeinungen werden ausdifferenziert, verworfen oder gewinnen an Einfluss, für die eigene Bearbeitung kann mehr oder weniger Zeit zur Verfügung stehen oder der Prüfer hat einen außergewöhnlich guten (oder schlechten) Tag.

Die Redaktion bittet deswegen alle Leserinnen und Leser, bei der Lektüre dieses Abschnitts gewissenhaft vorzugehen.

Die Veröffentlichung von Studienleistungen ist Mittel zum Zweck - nicht Selbstzweck.

Trotzdem, gerade deswegen, wollen wir weiterhin qualitativ hochwertige Beiträge in unserer Rubrik Studienpraxis veröffentlichen.

Hierzu brauchen wir Hilfe: Wenn Du überdurchschnittliche (Benotung mit mind. 12 Punkten) Studienleistungen hast, die Du gern veröffentlichen möchtest, sprich uns bitte unter

*redaktion@hanoverlawreview.de*

an.

Ähnliches gilt für die sogenannten “Studienklausuren”. Nach unserem ersten Jahr haben wir uns entschieden, umfangreiche Klausuren und deren Lösungen selbst zu erstellen, zu lektorieren und abzdrukken.

Wir wollen so einem Gedanken der Hanover Law Review noch weiter Rechnung tragen. Nicht nur die Leserinnen und Leser unserer Zeitschrift sollen dazulernen können, auch unsere Redaktionsmitglieder. Das angeleitete Konzipieren eines Sachverhaltes, das (mit Fußnoten belegte) Lösen und die resultierende Auseinandersetzung mit den entsprechenden Problemen, Meinungsstreitigkeiten, Definitionen und Subsumtionen sind äußerst lehrreich.

*Wir wünschen viel Erfolg und Freude bei der Lektüre.*

## Klausur zur Vorlesung Rechtsphilosophie, 14 Punkte

stud. iur. Nils Grimmig, B.A.

Die Klausur ist in der Veranstaltung Rechtsphilosophie im Wintersemester 2019/2020 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt Prof. Dr. Sascha Ziemann, der sich mit der Veröffentlichung einverstanden erklärt hat.

### Hinweis des Klausurerstellers

Gegenstand der Klausur bildet eine frühe Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1950, in der das Gericht zu entscheiden hatte, ob das von der Täterin verwendete Tatwerkzeug – verdünnte Salzsäure – unter den Begriff der „Waffe“ des Qualifikationstatbestands der gefährlichen Körperverletzung (damals § 223a StGB) subsumiert werden konnte. Die Entscheidung ist aus rechtsmethodischer Sicht interessant, da in ihr verschiedene Auslegungsmethoden angesprochen und diskutiert werden. Neben der von den Bearbeiterinnen und Bearbeiter erwarteten rechtsmethodischen Analyse und Würdigung der Entscheidung werden diese in der Zusatzfrage dazu aufgefordert, anhand eines berühmten Zitats des Rechtsphilosophen Gustav Radbruch Stellung zum Verhältnis von Rechtsprechung und Gesetzgebung aus Sicht des Richters zu nehmen.

Der BGH hatte über die Revision gegen ein Urteil des Landgerichts Hildesheim zu entscheiden. Der Entscheidung liegen folgende (teilweise umformulierten) Feststellungen zu Grunde:

### Aus dem Sachverhalt

Die Angeklagte hatte ihr Opfer, das auf der Bank einen großen Geldbetrag einzahlen sollte, in den Flur eines Wohnhauses gelockt, um sich in den Besitz des Geldes zu bringen. Dort schüttete sie dem Opfer plötzlich verdünnte Salzsäure ins Gesicht, die sie in einem Behältnis in ihrer Handtasche bereitgehalten hatte, entriss der Geblendeten den Geldbeutel und flüchtete. Die Säureeinwirkung hatte eine Netzhautentzündung und Verletzungen im Gesicht zur Folge, von denen eine kleine dauernde Narbe hinterlassen hat. Das Landgericht Hildesheim hat die Angeklagte unter anderem wegen gefährlicher Körperverletzung gemäß § 223a StGB (alte Fassung) verurteilt.

### Aus den Gründen

Die Voraussetzungen der einfachen Körperverletzung gemäß § 223 StGB sind dargetan. Der näheren Erläuterung bedurfte nur, ob sich die Angeklagte, was das Landgericht bejaht, einer „Waffe“ im Sinne des § 223a StGB bediente, als sie dem Mädchen die verdünnte Salzsäure plötzlich ins Gesicht schüttete.

Die Revision bekämpft die Auffassung des Landgerichts, dass die Angeklagte auch nach § 223a StGB verurteilt hatte, und beruft sich auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGSt 4, 298 aus dem Jahre 1882), die als Waffen im Sinne des § 223a StGB nur solche Gegenstände anerkannt habe, mit denen durch mechanische Einwirkung auf den Körper eines anderen eine Verletzung herbeigeführt werden soll.

Der Senat glaubt an dieser Begrenzung des Waffenbegriffs nicht festhalten zu dürfen. Ihr Ursprung liegt in Auffassungen über das Wesen der Waffe, die dem Wandel der Zeit unterworfen sind. Das Reichsgericht durfte eine Aufzählung der Wirkungsweisen einer Waffe im technischen Sinne mit Hieb, Stoß, Stich, Wurf oder Schuss als erschöpfend betrachten. Es konnte bei der Erörterung der Reichstagsberatungen über die Fassung des § 223a StGB ausführen, dass nach Auffassung des Reichstags neben den zu mechanischer Einwirkung geeigneten Gegenständen die sonstigen zu Körperverletzung gebrauchten Werkzeuge an praktischer Bedeutung so weit zurückständen, dass ihrer nur bei besonderem Anlass gedacht werde.

Die für die enge Auslegung angeführten Gründe, die ihren Ursprung nicht in strafrechtlichen Erwägungen, sondern

gerade in der außerstrafrechtlichen Auffassung vom Wesen der Waffe hatten, haben durch die seitdem eingetretene Entwicklung ihre Berechtigung verloren. Wie die Kriegstechnik in wachsendem Maße Waffen auch zur Herbeiführung von Verbrennungen, Betäubungen, Vergiftungen hergestellt und verwendet hat und damit sogar Waffenwirkungen von viel entsetzlicherer Art schuf, als sie den mechanischen Kampfmitteln eignen, so rechtfertigt auch rein gedanklich das fortgeschrittene Forschungsbild der Naturwissenschaften nicht mehr, die Scheidung zwischen mechanischem und chemischen Vorgängen mit der gleichen Strenge zu betonen, wie das in früheren Zeiten geboten erschien. Dieser Entwicklung ist auch der allgemeine Sprachgebrauch in dem, was er unter „Waffe“ versteht, längst gefolgt.

Es könnte nur zu fragen sein, ob dieser Wandel in der technischen und in der allgemeinen Betrachtung keine Schlüsse für die strafrechtliche Bestimmung des Waffenbegriffs erlaube, weil der Inhalt strafrechtlicher Begriffe aus dem Strafgesetz selbst zu entnehmen ist. Die strafrechtliche Würdigung führt aber gerade zu dem Schluss, dass dem Sinn und dem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck, der hier in Frage stehenden Strafvorschriften nur die weitere Fassung des Waffenbegriffs, wie er heute allgemeiner Auffassung entspricht, gerecht werden kann. Der Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung nach § 223a StGB hebt als besonders strafwürdig die Fälle heraus, bei denen der Täter eine Waffe verwendet. Der gesetzgeberische Grund für die strenge Strafdrohung ist die größere Gefährlichkeit einer solchen Handlungsweise. Gerade aus diesem Gesichtspunkt lässt sich nichts dafür herleiten, dass ein Rechtsbrecher, der einem Mitmenschen Verletzungen beibringen will, in seiner Strafwürdigkeit grundsätzlich danach beurteilt werden soll, ob er diese Verletzungen durch einen Messerschnitt oder durch eine ätzende Säure herbeiführen will, und zwar in dem Sinne, dass der Angriff mit dem chemischen Mittel milder zu bestrafen sei als der mit dem mechanischen Werkzeug.

Diese vom Allgemeinen her gewonnene Erkenntnis wird durch die Anwendung auf die zur Entscheidung stehende Tat der Angeklagten nur bestätigt. Verglichen mit einem Angriff mit einem Knüppel oder einem Messer war das Aufschaukeln mit dem Säurebehälter weder von der Schuldseite her auch nur im Geringsten verzeihlicher, noch für das angegriffene, von Erblindung bedrohte Mädchen auch nur im Geringsten weniger gefährlich.

Aus all diesen Erwägungen schließt sich der Senat, der auch in der Rechtslehre in zunehmenden Maße vertretenen Auffassung an, dass es für den strafrechtlichen Begriff der Waffe im Sinne des hier angewendeten § 223a StGB nicht entscheidend ist, ob das zur Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit eines Menschen bestimmte oder verwendete Mittel seine Wirkung auf mechanischem oder chemischem Wege ausübt.

Die Entscheidung des Landgerichts war damit zu bestätigen und die Revision zu verwerfen.

### **Erläuterung**

zu § 223a StGB alte Fassung. Die Norm entspricht im Wesentlichen dem heutigen § 224 StGB. Die alte Fassung gemäß § 223a StGB lautete: „Ist die Körperverletzung mittels einer Waffe, insbesondere eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs, oder mittels eines hinterlistigen Überfalls oder von mehreren gemeinschaftlich oder mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter zwei Monaten ein.“

### **Aufgaben**

- 1) Um welche Rechtsfrage geht es in dem vorliegenden Fall? Wie ist die Rechtsfrage vom BGH beantwortet worden?
- 2) Mit welchen Argumenten (Auslegungsmethoden) stützt das Gericht seine Lösung maßgeblich? Welche Argumente (Auslegungsmethoden) werden dabei zurückgewiesen bzw. überspielt?
- 3) Erscheint Ihnen die Lösung des Bundesgerichtshofs überzeugend? Nehmen Sie kurz zum Ergebnis der Auslegung Stellung.

**Zusatzfrage (Gewichtung der Zusatzfrage: 1/3)**

Der Rechtsphilosoph Gustav Radbruch sagte einmal: „Der Ausleger kann das Gesetz besser verstanden haben, das Gesetz kann klüger sein als seine Verfasser – es muss sogar klüger sein als seine Verfasser (Rechtsphilosophie, 1932, § 15). Der Zivilrechtslehrer Bernd Rütters hat diesen Ausspruch zum Anlass der folgenden Kritik genommen: „Das ist eine fromme Selbsttäuschung oder eine bewusste Irreführung. Der Gesetzestext kann nur den Regelungswillen der Normsetzer enthalten und vermitteln, sonst nichts. Die Behauptung eines eigenen, verselbständigten ‚objektivierten Willens des Gesetzes‘ ist eine der richterlichen Machterweiterung nützliche Fiktion, ein juristisches Märchen. Die Richter wollen vom Willen der Gesetzgebung abweichen. Sie halten sich für klüger als den Gesetzgeber, wollen das aber nicht offenlegen. Der angeblich ‚objektivierte Wille des Gesetzes‘ enthält genau das, was sie selbst regeln wollen“.

Machen Sie den zugrundeliegenden Konflikt deutlich und nehmen Sie Stellung zum Verhältnis von Rechtsprechung und Gesetzgebung aus Sicht des Richters.

**BEARBEITUNG****Aufgabe 1**

In dem vorliegenden Fall hatte der BGH über die Revision gegen ein Urteil des Landgerichts Hildesheim zu entscheiden. Die Verurteilung wegen gefährlicher Körperverletzung im Sinne des (iSd) § 223a StGB (alte Fassung), die das Landgericht vorgenommen hatte, musste vom BGH überprüft werden. Die Voraussetzungen der einfachen Körperverletzung waren unstreitig gegeben. Die Rechtsfrage im weiten Sinne war dabei, ob die Qualifikation des § 223a StGB bejaht werden konnte. Im engen Sinne musste vor allem erörtert und entschieden werden, ob die Angeklagte sich, indem sie dem Opfer verdünnte Salzsäure ins Gesicht schüttete, einer „Waffe“ iSd § 223a StGB bediente. Es musste also festgestellt werden, was der Begriff der „Waffe“ iSd § 223a StGB bedeutet. Da diesbezüglich keine Legaldefinition im StGB oder anderen Normen existiert, musste der Begriff vom BGH ausgelegt werden.

Der BGH hat diese Auslegung dahingehend – unter Einbeziehung der Rechtsprechung des Reichsgerichts – vorgenommen, dass zu entscheiden sei. Demzufolge hat der BGH die Qualifikation des § 223 StGB (§ 223a StGB) bejaht und das Urteil des Landgerichts – das die Angeklagte wegen gefährlicher Körperverletzung gemäß § 223a StGB verurteilte – bestätigt und die Revision der Beklagten verworfen.

**Aufgabe 2**

Der BGH bedient sich in der Beurteilung der Frage, wie der Begriff „Waffe“ iSd § 223a StGB auszulegen sei, des sogenannten Auslegungskanons. Dieser besteht aus den

folgenden vier Auslegungsmethoden: 1. Grammatik/Wortlaut, 2. Historisch, 3. Telos (Sinn und Zweck) und 4. Systematik. Er geht maßgeblich auf die Auslegungsregeln von Friedrich Carl von Savigny zurück, der lediglich die Auslegung nach Telos noch nicht kannte.

Im vorliegenden Fall hat sich der BGH sowohl der Auslegung nach Telos als auch der Grammatik bedient.

Der BGH führt zunächst an, dass die Erwägungen des Reichstags über die Fassung des § 223a StGB nicht strafrechtlicher Natur waren, sondern ihren Ursprung in der außerstrafrechtlichen Auffassung vom Wesen der Waffe hatte. Mit der Wortlautauslegung nach heutigen Maßstäben erklärt der BGH die damaligen Überlegungen für gegenstandslos. Da die Kriegstechnik mit der Entwicklung neuartiger Waffen, die mindestens gleichwertige, wenn nicht entsetzlichere Verletzungen auf z. B. chemischem Wege herbeiführen können, die Bedeutung des Begriffs Waffe auch im allgemeinen Sprachgebrauch von der lediglich mechanischen Wirkungsweise entkoppelt hätte, käme eine Wortlautauslegung nach heutigem Maßstab zu dem Ergebnis, dass verdünnte Salzsäure eine Waffe iSd § 223a StGB sei.

Ein noch stärkeres Argument sieht der BGH in der Auslegung nach Sinn und Zweck (Telos). Er stellt zunächst fest, dass der § 223a StGB solche Fälle heraushebt, die wegen der Nutzung einer Waffe besonders strafwürdig sind. Der Grund dafür sei in der größeren Gefährlichkeit einer Waffe zu sehen. Da ein Angriff mit verdünnter Salzsäure mindestens gleich gefährlich zu mechanischen Waffen sei, rechtfertige der Sinn und Zweck des § 223a StGB die Einordnung der Salzsäure als Waffe iSd § 223a StGB.

Im Gegensatz dazu verwirft der BGH die beiden Auslegungsmethoden nach Historie und Systematik. Zunächst sei daraus, dass der Reichstag die Einordnung der Waffe als mechanisch nicht aus strafrechtlichen Erwägungen getroffen hat, zu schließen, dass ein systematisches Argument nicht in Betracht kommt. Weiterhin hat der BGH ausführlich auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts Bezug genommen. Dieses hatte im Jahr 1882 – also 68 Jahre vor der BGH Entscheidung 1950 – den Begriff der Waffe iSd § 223a StGB dahingehend eingeschränkt, dass lediglich Gegenstände, die durch mechanische Einwirkung auf den Körper eines anderen eine Verletzung herbeiführen sollen, als Waffe iSd § 223a StGB zu beurteilen sind. Der Senat lehnt die Maßgeblichkeit der historischen Auslegung im vorliegenden Fall ab, da die Auffassungen über den Begriff der Waffe sich im Laufe der Zeit gewandelt hätten. Er geht davon aus, dass die Relevanz des Willens und der Erwägungsgründe des historischen Gesetzgebers proportional zur Aktualität abnehme. Da das Reichsgericht diese Auffassung vor 68 Jahren vertreten durfte und musste – andere als mechanische Waffen waren zu dem Zeitpunkt nicht gleich relevant – sowie die zukünftigen Entwicklungen nicht voraussehen konnte, nimmt der BGH an, dass die Auffassung des Reichsgerichts dahinstehen könne.

### Aufgabe 3

Die Lösung des BGH erscheint im vorliegenden Fall als billig und gerecht. Zunächst lässt sich festhalten, dass hier auch der Konflikt zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit einschlägig ist. Die Beklagte wird geltend machen, dass sie davon ausging und darauf vertrauen durfte, dass die Erwägungen des Reichstags und die stetige Rechtsprechung des Reichsgerichts maßgeblich seien. Insofern und auch im Hinblick auf das Analogieverbot und Bestimmtheitsgebot aus § 1 StGB ist die vorzunehmende Auslegung vom BGH eine Gratwanderung zwischen erlaubter Auslegung und verbotener Analogie zuungunsten der Beklagten.

Im vorliegenden Fall hat der BGH diesen Konflikt jedoch hinreichend berücksichtigt. Er hat richtigerweise angenommen, dass die historische Auslegung mit steigendem Alter des zugrundeliegenden Gesetzes oder Urteils an Relevanz und Maßgeblichkeit verliert. Vor allem überzeugt jedoch die Auslegung nach Sinn und Zweck (Telos). Denn dadurch, dass der § 223a StGB vor allem Handlungswesen mit einer größeren Gefährlichkeit bestrafen will, lässt sich die Trennung von (mechanischen) Waffen und chemischen

Gegenständen überzeugend in Frage stellen. Verglichen mit einem Messerangriff ist das Auflauern und Angreifen mit Säure keinesfalls weniger gefährlich oder weniger schuldhaft, sodass die Auslegung des Waffenbegriffs gemäß § 223a StGB dahingehend, dass sowohl mechanische als auch chemische Gegenstände umfasst sind, als geboten und angemessen erscheint.

### Zusatzfrage

In der vorliegenden Ausarbeitung lassen sich verschiedene Konfliktdimensionen erkennen. Übergeordnet handelt es sich um den Konflikt zwischen zwei Auslegungsphilosophien. Die „subjektive“ Auslegung soll sich vornehmlich am Willen des historischen Gesetzgebers orientieren. Die „objektive“ Auslegung soll hingegen vorrangig den Sinn und Zweck der betreffenden Gesetzesnorm berücksichtigen.

Hieran entzündet sich nachrangig gleichzeitig auch der Konflikt zwischen Rechtssicherheit (subjektive Auslegung) und Einzelfallgerechtigkeit (objektive Auslegung). Es geht im Kern darum, wie viel Spielraum die Judikative haben soll und darf, um im Einzelfall für billige und gerechte Ergebnisse zu sorgen. Metaphorisch könnte man also fragen, ob der Richter eher als „Pianist“ oder als „Diener“ des Gesetzes zu beurteilen ist.

Hieran entzündet sich also der Konflikt zwischen Legislative und Judikative (insbes. Richter). Aus Sicht des Richters spricht ein starkes systematisches Argument dafür, dass er sich eben nicht lediglich an den Wortlaut des Gesetzes und den Willen des historischen Gesetzgebers zu halten hat. Der Wortlaut des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 20 III GG spricht von einer Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht. Das lässt darauf schließen, dass neben dem bloßen Wortlaut des Gesetzes auch der Sinn und Zweck dieses und allgemeine Wertvorstellungen miteinbezogen werden dürfen. Weiterhin kann ein Gesetz auch auf illegitimen Gesetzgebern (vgl. NS-Staat) beruhen, sodass eine strikte Bindung ans Gesetz im Einzelfall unbillig wäre. Auch kann es keinen einzigen Willen des Gesetzgebers geben, denn dieser ist keine einzelne Person, sondern besteht aus diesen.

Als Argument dagegen könnte geltend gemacht werden, dass es keinen objektivierbaren Sinn und Zweck des Gesetzes geben könne und die Richter automatisch ihren eigenen Standpunkt in die Auslegung mit einfließen lassen würden. Hiermit wäre der Richterwillkür Tür und Tor

geöffnet. Auch der Wortlaut des Art. 97 I GG legt nahe, der Richter wäre dem Gesetz „unterworfen“. Aus diesem und der Formulierung nur dem Gesetz unterworfen könnte man jedoch vielmehr schließen, dass der Umkehrschluss betont werden sollte, dass der Richter niemand anderem unterworfen sei. Dies passt systematisch auch zur dort (Art. 97 GG) betonten „Unabhängigkeit“ des Richters.

Der Konflikt ist in der Gesamtschau also dahingehend zu lösen, dass die Richter eher „Pianist“ als „bloße Diener“ des Gesetzes sind. Sie sollen ausdrücklich auch vom Willen des historischen Gesetzgebers abweichen können, um im Einzelfall Gerechtigkeit schaffen zu können. Begrenzt wird dies jedoch von den Befugnissen der Legislative, die dahingehend Anwendung finden sollten, dass die Relevanz proportional zur Aktualität abnehmen sollte.

zu erforschen. Die diesbezügliche Diskussion und Argumentation wurde als vertretbar befunden.

#### ANMERKUNGEN

Die Bearbeitung wurde in ihrer Gesamtheit als erheblich über den durchschnittlichen Anforderungen liegende Leistung befunden. Die Ausführungen zur ersten Aufgabe seien ordentlich. So sei gesehen worden, dass es zentral um die Frage ging, ob entsprechend dem BGH die von der Angeklagten bei einer Straftat genutzte Salzsäure unter den Gesetzesbegriff „Waffe“ im Sinne von § 223a StGB a.F. subsumiert werden kann. Hinsichtlich der zweiten Aufgabe befand die Korrektur, dass sowohl die Wortlautauslegung als auch die teleologische Auslegung des BGH zutreffend erkannt wurden. In der Folge werde zutreffend ausgeführt, dass der BGH keinen Grund sieht, zwischen gefährlichen Angriffen mit mechanischen oder chemischen Mitteln zu unterscheiden sowie dass das Verständnis vom Begriff „Waffe“ zu Zeiten des Urteils des Reichsgerichts (1882) anders war als es heute der Fall ist, der heutige Waffenbegriff sei deutlich weiter. Auch die Bearbeitung der dritten Aufgabe wurde gelobt. Die Ausführungen zur Frage, ob der BGH mit der Entscheidung gegen den Grundsatz verstoßen hat, dass Analogien zu Lasten des Täters im Strafrecht verboten sind, wurden erwartet und als vertretbar beurteilt. Letztlich wurden auch die Ausführungen zur Zusatzfrage als gelungen befunden. Zutreffend sei herausgearbeitet, dass es bei dem Konflikt um die Frage des Ziels der Gesetzesauslegung geht und die Auslegung zum einen darauf zielen kann, den Willen des Gesetzgebers zu ermitteln. Zum anderen kann sie jedoch auch darauf gerichtet sein, den objektiven Regelungsgehalt des Gesetzes

## Studienklausur im Zivilrecht

stud. iur. Patricia Meinking & stud. iur. Eric Scheu<sup>1</sup>

Die Studienklausur ist eine neue Art von Studienpraxisbeitrag. Der Hanover Law Review liegt viel daran, authentische Klausur- und Hausarbeitsleistungen zu veröffentlichen. Dennoch mangelt es manchmal an veröffentlichungsfähigen Sachverhalten oder Leistungen aus gewissen Rechtsbereichen, um die Kategorie "Studienpraxis" divers und interessant aufzustellen. Dem begegnet die Studienklausur: Sie ist von Studierenden entworfen, gelöst und veröffentlicht.

### Hinweis der Klausurersteller

Die Klausur dürfte im mittleren Schwierigkeitsgrad liegen und sich als Fortgeschrittenenklausur für ca. 2-3 Stunden eignen. Das Ansprechen der Analogien in Aufgabe 1 ist nicht für ein Bestehen der Klausur vonnöten. Es kann jedoch Indikator für eine überdurchschnittliche Bewertung sein. Die Klausur ist angelehnt an OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20 – NJW-RR 2021, 272.

### Sachverhalt

Der wenig begabte Jurastudent Robin (R) besucht als Ausgleich zu seiner Examensvorbereitung leidenschaftlich gerne Friedhöfe. So kommt er an die frische Luft und seine Leidenschaft für Kultur und Geschichte kommen ebenfalls nicht zu kurz. Am 31.07.2019, einem sehr windigen und leicht regnerischem Tage, begibt er sich wieder auf einen Friedhof, dieses Mal auf jenen in der niedersächsischen Stadt A (A). Nach einiger Zeit der Ahnentafellektüre braucht er eine Pause und setzt sich auf eine etwas abgelegene Bank, welche sich jedoch noch auf dem Gelände des Friedhofs befindet. Er schaut sich um und sieht nach einiger Zeit im Gebüsch einen Gegenstand, der für ihn wie Müll aussieht. Der umweltbewusste R hat es sich zur Aufgabe gemacht, solche Müllverschmutzungen zu bekämpfen und begibt sich zu dem Gebüsch, um den vermeintlichen Müll zu entfernen und artgerecht zu entsorgen.

Es handelt sich bei dem „Müll“ um eine Kunststoffbox, welche, ihrem Zustand nach zu urteilen, nicht älter als zwei Monate ist, die noch etwas im Boden vergraben war. R gräbt die Box aus, öffnet sie und traut seinen Augen nicht: Die Box war prall mit Goldmünzen verschiedener Jahrzehnte gefüllt. Die Kombination aus dem durchnässten Boden und dem starken Wind hat überhaupt erst dazu geführt, dass die Box zum Vorschein gekommen ist. Ein späteres Gutachten ergab, dass der Wert dieser Münzen insgesamt ca. EUR 150.000,00 beträgt. Pflichtbewusst, wie der R ist, übergibt er die Box an das Fundbüro der A.

Die Zeit vergeht. Mitte April 2020 fragt sich der R, was aus seiner Entdeckung eigentlich geworden sei. R, der im Studium nicht wirklich aufgepasst hatte, bittet nunmehr Sie um Prüfung, ob er Ansprüche in Bezug auf die Münzen hat.

### I. Wie ist die Rechtslage?

R entscheidet sich dazu, die Angelegenheit gerichtlich klären zu lassen. Als Student ist R jedoch finanziell nicht in der Lage, die Gerichts- und Anwaltskosten zu zahlen.

### II. Könnte der R sich, um Rechtsanwaltskosten zu sparen, vor Gericht selbst vertreten?

### III. Falls sich R nicht selbst vertreten kann: Welche Möglichkeit bleibt ihm hier unter welchen Voraussetzungen, damit er die Kosten des Rechtsanwalts nicht zahlen muss? Lügen diese Voraussetzungen vor?

### IV. Was ändert sich, wenn R bereits mit einer gut betuchten Dozentin verheiratet wäre, die die Kosten des Verfahrens problemlos stemmen könnte?

### Bearbeiterhinweis

Es sind alle in Betracht kommenden Ansprüche zu prüfen. Die Stadt A war gemäß §§ 26 Nr. 2, 27 Abs. 1 S. 1 NPOG dazu berechtigt, die Goldmünzen in Verwahrung zu nehmen. Sie ist darüber hinaus als zuständige Fundbehörde gemäß § 967 BGB zur Entgegennahme und Verwahrung von Fundsachen verpflichtet.

<sup>1</sup> Eric Scheu studiert Rechtswissenschaften im 11. Semester an der Leibniz Universität Hannover und ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Horak.Rechtsanwälte Partnerschaft mbB; Patricia Meinking studiert ebenfalls Rechtswissenschaften im 11. Semester an der Leibniz Universität Hannover und ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin bei Taylor Wessing in Hamburg.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

Zu prüfen ist, ob R gegen die Stadt A Ansprüche in Bezug auf die Goldmünzen hat.

### 1. Öffentlich-rechtlicher Herausgabeanspruch

In Betracht kommt zunächst ein öffentlich-rechtlicher Herausgabeanspruch des R gegen die A. Dieser stünde R dann zu, wenn sich ein Herausgabeanspruch aus einem öffentlich-rechtlichen Verwahrungsverhältnis ergibt und der R anspruchsberechtigt ist.

#### a. Öffentlich-rechtliches Verwahrungsverhältnis

Voraussetzung ist daher das Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Verwahrungsverhältnisses. Dieses entsteht dann, wenn ein Verwaltungsträger kraft öffentlichen Rechts bewegliche Sachen in Besitz nimmt, die im Eigentum einer Privatperson stehen.<sup>2</sup> Es hat zur Folge, dass die §§ 688ff. BGB entsprechend anwendbar sind, sofern ihre Anwendung mit dem öffentlich-rechtlichen Charakter der Verwahrung vereinbar ist.<sup>3</sup>

Die A war gemäß §§ 26 Nr. 2, 27 Abs. 1 S. 1 NPOG kraft öffentlichen Rechts berechtigt, die Goldmünzen in Besitz zu nehmen. Ein öffentlich-rechtliches Verwahrungsverhältnis ist somit entstanden, auf das grundsätzlich die §§ 688ff. BGB Anwendung finden.

#### b. Herausgabeanspruch

In Betracht käme die Anwendung des Herausgabeanspruchs aus § 695 S. 1 BGB. Dessen Anwendbarkeit wird im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Verwahrungsverhältnisses jedoch regelmäßig deshalb abgelehnt, weil sich aus ihm ein jederzeitiges Rückforderungsrecht ergibt, welches dem Zweck des öffentlich-rechtlichen Verwahrungsverhältnisses widerspricht.<sup>4</sup> Die Geltendmachung des § 695 S. 1 BGB steht dem R daher nicht zu.

Ein öffentlich-rechtlicher Herausgabeanspruch gegen die zuständige Behörde ergibt sich jedoch auch dann, wenn

der Finder gemäß § 973 Abs. 1 S. 1 BGB Eigentum an der Fundsache erworben hat.<sup>5</sup>

#### c. R als Anspruchsberechtigter

R wäre daher dann anspruchsberechtigt, wenn er gem. § 973 Abs. 1 S. 1 BGB Eigentümer geworden ist.<sup>6</sup> Danach erwirbt der Finder mit dem Ablauf von sechs Monaten nach der Anzeige des Fundes bei der zuständigen Behörde Eigentum an der Sache, es sei denn, dass vorher ein Empfangsberechtigter dem Finder bekannt geworden ist oder sein Recht bei der zuständigen Behörde angemeldet hat.

#### aa. Fristablauf

Im April 2020 sind seit der Anzeige bei der A am 31.07.2019 bereits sechs Monate vergangen, sodass diese Voraussetzung erfüllt ist.

#### bb. Verlorene Sache i.S.d. § 965 Abs. 1 BGB

Darüber hinaus muss es sich bei den Goldmünzen jedoch auch um verlorene Sachen i.S.d. § 965 Abs. 1 BGB handeln. Verlorene Sachen liegen dann vor, wenn sie besitzlos, aber nicht herrenlos sind.<sup>7</sup> Sie sind insbesondere von versteckten Sachen abzugrenzen, die zunächst im Besitz desjenigen verbleiben, der sie versteckt hat.<sup>8</sup> Gemäß § 856 Abs. 1 BGB endet der Besitz erst durch den Untergang der tatsächlichen Sachherrschaft, wobei nach § 856 Abs. 2 BGB der Besitz nicht durch eine ihrer Natur nach nur vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt beendet wird.<sup>9</sup> Es stellt sich daher die Frage, ob die Goldmünzen besitzlos waren. R fand sie in einer höchstens zwei Monate alten Kunststoffbox im Gebüsch. Nur die Kombination aus durchnästem Boden und starkem Wind hat dazu geführt, dass die Box zum Vorschein kam.

Für die Einordnung als verlorene Sachen könnte sprechen, dass sich die Kunststoffbox auf einem Friedhof in einem Gebüsch befand. Dass jemand sie absichtlich dort hinterlässt oder gar eingräbt, um sie später wieder abzuholen

<sup>2</sup> Vgl. OLG Oldenburg NJW-RR 2021, 272 (274); Henssler in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 688 Rn. 60.

<sup>3</sup> OLG Saarbrücken BeckRS 2012, 17702; Henssler in: MüKoBGB (Fn. 2), § 688 Rn. 64; Sprau in: Palandt Kurz-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 80. Aufl. 2021, § 688 Rn. 12.

<sup>4</sup> OLG Saarbrücken BeckRS 2012, 17702; siehe auch Henssler in: MüKoBGB (Fn. 2), § 688 Rn. 65.

<sup>5</sup> OLG Oldenburg NJW-RR 2021, 272 (274); Oechsler in: MüKoBGB (Fn. 2), § 973 Rn. 6.

<sup>6</sup> Vgl. zum öffentlich-rechtlichen Herausgabeanspruch im Falle des Eigentumserwerbs nach § 973 Abs. 1 S. 1 BGB OLG Oldenburg NJW-RR 2021, 272 (274); siehe auch Oechsler in: MüKoBGB (Fn. 2), § 973 Rn. 6. Die Autoren prüfen an dieser Stelle die Voraussetzungen des § 973 Abs. 1 S. 1 BGB inzident im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Herausgabeanspruchs; alternativ wäre es auch möglich, dem OLG Oldenburg zu folgen und die Prüfung dinglicher Ansprüche vorzuziehen, siehe dazu auch <https://jura-online.de/blog/2021/03/03/olg-oldenburg-dinklager-goldschatz/> (Abruf vom 29.09.2021).

<sup>7</sup> Oechsler in: MüKoBGB (Fn. 2), § 965 Rn. 3; Westermann/Gursky/Eickmann, SachenR, 8. Aufl. 2011, § 59 Rn. 2; Ebbing in: Erman Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 965 Rn. 1; Kindl in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl. 2019, § 965 Rn. 4.

<sup>8</sup> OLG Oldenburg NJW-RR 2021, 272 (273); Ebbing in: Erman (Fn. 7), § 965 Rn. 6; wohl auch VGH Bremen, Urt. v. 13.12.1955, BA 66/55; Kindl in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Fn. 7), § 965 Rn. 4.

<sup>9</sup> OLG Oldenburg NJW-RR 2021, 272 (273).

oder auszugraben, erscheint vor dem Hintergrund fernliegend, dass man in diesem Fall wohl eher ein privates Grundstück oder den eigenen Garten wählen würde, um die Kunststoffbox zu verstecken. Denn an öffentlichen Orten besteht immer ein gewisses Restrisiko, dass die versteckte Sache durch fremde Dritte gefunden wird. Hinzu tritt, dass sich der ehemalige Besitzer bis heute nicht bei der A gemeldet hat. Dies spricht vielmehr dafür, dass er die Kunststoffbox und die darin befindlichen Goldmünzen verloren und keinen Besitz mehr an ihnen hat.

Nichtsdestotrotz ist die Kunststoffbox nicht mehr als zwei Monate alt, sodass die Ausübung der tatsächlichen Sachherrschaft bisher lediglich vorübergehend unterbrochen war.<sup>10</sup> Die Box befand sich darüber hinaus in einem Gebüsch auf einem Friedhof und damit verborgen an einem Ort, der nicht ohne Weiteres durch Dritte einsehbar ist. Auch wenn die Box nur locker mit Erde bedeckt war, spricht wenig dafür, dass sie in nächster Zeit durch Dritte gefunden werden würde. Dass sich der Besitzer bis heute nicht gemeldet hat, lässt keinen zuverlässigen Schluss auf eine bereits im Zeitpunkt des Auffindens erfolgte Besitzaufgabe des letzten Besitzers zu.<sup>11</sup> Möglich ist ebenso, dass der ehemalige Besitzer erst im Zeitpunkt des Auffindens durch R von einer weiteren Ausübung des Besitzes abgesehen hat, etwa, weil er den Besitz selbst nur unrechtmäßig erlangt hat. Für die Besitzverhältnisse ist insbesondere irrelevant, ob der Eigentümer weiß, wo sich seine Sache aktuell befindet, solange dem letzten rechtmäßigen oder unrechtmäßigen Besitzer der Ablageort bekannt ist.<sup>12</sup> Schließlich liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der ehemalige Besitzer den Ablageort vergessen haben könnte. Aufgrund des Alters der Kunststoffbox ist vielmehr davon auszugehen, dass ihm der Ablageort noch bekannt und er daher nicht daran gehindert war, seine tatsächliche Sachherrschaft auszuüben.

Nach alledem ist davon auszugehen, dass es sich bei den Goldmünzen nicht um verlorene, sondern vielmehr um versteckte Sachen handelte. Aufgrund fehlender gegenteiliger Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass der letzte Besitzer bis auf Weiteres die tatsächliche Sachherrschaft ausgeübt hat.<sup>13</sup>

#### **d. Zwischenergebnis**

Folglich hat R nicht gemäß § 973 Abs. 1 S. 1 BGB Eigentum an den Goldmünzen erworben, sodass R nicht anspruchsberechtigt ist und keinen öffentlich-rechtlichen Herausgabeanspruch gegen die A hat.

#### **2. Herausgabeanspruch aus § 695 S. 1 BGB**

In Betracht kommt ein Herausgabeanspruch des R gegen die A gemäß § 695 S. 1 BGB aus einem privatrechtlichen Verwahrungsverhältnis. Voraussetzung dafür wäre der Abschluss eines wirksamen Verwahrungsvertrags zwischen R und der A. Allerdings kann das Verständigen des Fundbüros der A nicht als stillschweigendes Angebot des R zum Abschluss eines solchen Vertrags gedeutet werden. Vielmehr wollte R dadurch allein seinen gesetzlichen Pflichten als Finder nachkommen,<sup>14</sup> als einen Vertrag mit der Stadt schließen. Dementsprechend scheidet ein Herausgabeanspruch gemäß § 695 S. 1 BGB aus.

#### **3. Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB**

R könnte gegen die A einen Anspruch auf Herausgabe der Goldmünzen aus § 985 BGB haben.

##### **a. Eigentümer**

Voraussetzung dafür wäre insbesondere, dass R auf anderem Wege als gemäß § 973 Abs. 1 S. 1 BGB Eigentümer geworden ist.

##### **aa. § 929 S. 1 BGB**

Ein rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb scheidet bereits wegen der fehlenden Einigung mit dem ursprünglichen Eigentümer aus.

##### **bb. § 958 BGB**

In Betracht kommt jedoch ein gesetzlicher Eigentumserwerb gemäß § 958 Abs. 1 BGB. Danach erwirbt man Eigentum an einer herrenlosen Sache, wenn man sie in Eigenbesitz nimmt. Voraussetzung ist daher die Herrenlosigkeit<sup>15</sup> der Goldmünzen. Herrenlos sind Sachen, an denen Eigentum noch nie bestanden hat, aufgegeben oder sonst erloschen ist.<sup>16</sup> Die Goldmünzen wurden durch R zwar aufgefunden. Zu bedenken sind jedoch der Wert der

<sup>10</sup> *Ebbing*, in: Erman (Fn. 7), § 965 Rn. 4, der feststellt, dass es nicht auf die Dauer an sich ankomme, jedoch eine nur vorübergehende Entfernung einer Sache nicht ausreichend sei.

<sup>11</sup> So auch OLG Oldenburg NJW-RR 2021, 272 (273).

<sup>12</sup> So OLG Oldenburg NJW-RR 2021, 272 (273).

<sup>13</sup> So mit ausführlicher Begründung auch OLG Oldenburg NJW-RR 2021, 272 (273).

<sup>14</sup> So auch OLG Oldenburg NJW-RR 2021, 272 (275).

<sup>15</sup> *Kindl* in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Fn. 7), § 958 Rn. 3.

<sup>16</sup> OLG Oldenburg NJW-RR 2021, 272 (274); *Herrler* in: Palandt (Fn. 3), § 958 Rn. 1; *Ebbing* in: Erman (Fn. 7), § 958 Rn. 2.

Münzen in Höhe von EUR 150.000,00 sowie der Umstand, dass die Münzen in einer Kunststoffbox in einem Gebüsch versteckt waren. Diese Gesichtspunkte sprechen gerade gegen eine Aufgabe oder ein sonstiges Erlöschen des Eigentums durch den früheren Eigentümer. Dieser wollte sein Eigentum vielmehr auch künftig behalten und nicht dessen Aneignung durch Dritte ermöglichen.<sup>17</sup>

#### cc. § 984 BGB

Möglich wäre auch der Erwerb von hälftigem Miteigentum durch R gemäß § 984 BGB, sodass er gemäß § 1011 BGB berechtigt wäre, den Herausgabeanspruch aus § 985 BGB in Gemäßheit des § 432 Abs. 1 S. 1 BGB geltend zu machen. Nach § 984 BGB erwirbt der Entdecker dann hälftiges Eigentum, wenn eine Sache, die so lange verborgen war, dass der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist (sog. Schatz), entdeckt und in Folge der Entdeckung in Besitz genommen wird. Voraussetzung ist daher insbesondere, dass der Eigentümer der Sache deswegen nicht mehr ermittelt werden kann, weil die Sache so lange verborgen gewesen ist.<sup>18</sup> Das Alter der von R gefundenen Kunststoffbox spricht vorliegend dafür, dass die Sache nicht lange verborgen war. Eine Dauer von zwei Monaten dürfte noch nicht die von § 984 BGB geforderte Zeitspanne füllen<sup>19</sup>. Die Nichtermittelbarkeit des Eigentümers beruht daher auf anderen, letztlich nicht bekannten Umständen.<sup>20</sup> In diesem Fall liegt jedoch gerade kein Schatzfund vor.<sup>21</sup> Folglich hat R nicht gemäß § 984 BGB hälftiges Miteigentum an den Goldmünzen erworben.

#### dd. § 973 Abs. 1 S. 1 BGB analog

In Betracht zu ziehen ist ein Eigentumserwerb durch R gemäß § 973 Abs. 1 S. 1 BGB analog. Eine Analogie kommt dann in Betracht, wenn eine planwidrige Regelungslücke sowie eine vergleichbare Interessenlage gegeben sind.<sup>22</sup> Sie setzt daher in einem ersten Schritt voraus, dass die Übertragung der gesetzlichen Regelung auf den unregulierten Fall nicht durch eine gesetzgeberische Entscheidung ausgeschlossen

ist.<sup>23</sup> Der Umstand, dass § 973 Abs. 1 S. 1 BGB lediglich regelt, wie im Falle des Auffindens verlorener Sachen zu verfahren ist, mag im ersten Moment für das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke sprechen. Allerdings bezogen sich die Motive des Gesetzgebers für die Einführung der Fundvorschriften ausdrücklich nur auf verlorene und nicht auf versteckte Sachen.<sup>24</sup> Dem lag der Gedanke zugrunde, eine zeitliche Begrenzung für die Aufbewahrung einer verlorenen Sache für den Empfangsberechtigten und nach Ablauf dieser Zeitspanne eine Neuregelung der Rechtslage in Bezug auf ebendiese Sache zu schaffen.<sup>25</sup> Den Fall des Auffindens versteckter Sachen wollte der Gesetzgeber gerade nicht regeln. Eine planwidrige Regelungslücke ist daher nicht gegeben.

Darüber hinaus sind auch die Interessenlagen bei verlorenen und versteckten Sachen nicht vergleichbar. Sind Sachen verloren, sinkt mit der Zeit die Wahrscheinlichkeit, dass der frühere Eigentümer Ansprüche an ihnen geltend machen wird.<sup>26</sup> Eine Neuregelung der Eigentumsverhältnisse nach dem Ablauf einer Frist von sechs Monaten ist daher gerechtfertigt.<sup>27</sup> Bei versteckten Sachen hingegen ist gerade Sinn des Versteckens, dass der Eigentümer sie irgendwann wieder auffinden wollen. Die Eigentumsverhältnisse in diesem Fall neu zu regeln, widerspricht den Interessen des Eigentümers und dem allgemeinen Rechtsverständnis. Die Voraussetzungen für eine Analogie liegen daher nicht vor.

Schließlich spricht gegen eine Analogie auch der *numerus clausus* des Sachenrechts.<sup>28</sup> Nach alledem ist § 973 Abs. 1 S. 1 BGB nicht analog anwendbar. R hat also auch nicht auf diesem Wege Eigentum erworben.

#### ee. § 984 BGB analog

Schließlich wäre noch ein hälftiger Eigentumserwerb durch R gemäß § 984 BGB analog denkbar. Erforderlich wären auch hier die Voraussetzungen einer Analogie, also eine planwidrige Regelungslücke sowie eine vergleichbare Interessenlage. Es stellt sich daher insbesondere die

<sup>17</sup> So mit gleicher Argumentation OLG Oldenburg NJW-RR 2021, 272 (274).

<sup>18</sup> Kindl in: BeckOK BGB, 59. Edition 2021, § 984 Rn. 2; Herrler in: Palandt (Fn. 3), § 984 Rn. 1.

<sup>19</sup> In zeitlicher Hinsicht das Vorliegen eines „Schatzes“ ablehnend bspw. das LG Düsseldorf bei Geldkassetten, die der Vorbesitzer eines Grundstücks in einem Kachelofen versteckt hat, LG Düsseldorf, Urt. v. 27.07.2012 – 15 O 103/11.

<sup>20</sup> OLG Oldenburg NJW-RR 2021, 272 (274).

<sup>21</sup> Siehe Kindl in: BeckOK BGB (Fn. 18), § 984 Rn. 2.

<sup>22</sup> Zu den Voraussetzungen einer Analogie BGH NJW 2021, 1942 (1945) m.w.N.; vgl. auch Kuhn, Argumentation bei Analogie und teleologischer Reduktion in der zivilrechtlichen Klausurpraxis, JuS 2016, 104 (insb. 104f.).

<sup>23</sup> Vgl. BGH NJW 2020, 1303 (1304) m.w.N.

<sup>24</sup> OLG Oldenburg NJW-RR 2021, 272 (274); die Kenntnis der Motive des Gesetzgebers wird nicht vorausgesetzt. Gut bewertet wird an dieser Stelle bereits eine stringente Argumentation.

<sup>25</sup> Vgl. OLG Oldenburg NJW-RR 2021, 272 (274).

<sup>26</sup> So OLG Oldenburg NJW-RR 2021, 272 (274).

<sup>27</sup> So auch OLG Oldenburg NJW-RR 2021, 272 (274).

<sup>28</sup> OLG Oldenburg NJW-RR 2021, 272 (274); zum Typenzwang im Sachenrecht Gaier in: MüKoBGB (Fn. 2), Einl. SachenR Rn. 11ff.

Frage, ob die Norm auch dann Anwendung finden sollte, wenn eine Sache noch nicht sehr lange verborgen war. § 984 BGB soll jedoch nach der Absicht des Gesetzgebers dann greifen, wenn die Art und die Dauer der Verbergung der Sache dafür sprechen, dass das Auffinden des Eigentümers erfolglos verlaufen wird.<sup>29</sup> Ein allgemeines Recht, Schätze an sich zu nehmen und das Eigentum an ihnen zu erwerben, ist vor dem Hintergrund interessenwidrig, dass mit einem Zugriff des ursprünglichen Eigentümers während einer bestimmten Zeitspanne noch zu rechnen ist.<sup>30</sup> Vorliegend war wegen des Orts des Auffindens und des Alters der Kunststoffbox damit zu rechnen, dass der letzte Besitzer die Sache wieder an sich nehmen würde. Ein sofortiger Eigentumserwerb ist daher nicht gerechtfertigt. Auch ein hälftiger Eigentumserwerb gemäß § 984 BGB analog scheidet daher aus.

#### b. Zwischenergebnis

R hat kein Eigentum an den Goldmünzen erworben. Ein Herausgabeanspruch nach § 985 BGB besteht daher nicht.

#### 4. Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag

R könnte gegen die A Ansprüche aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) haben.

##### a. Anwendbarkeit

Zu problematisieren ist dabei zunächst, ob die zivilrechtliche GoA im Verhältnis von A und R überhaupt Anwendung findet. Denn bei der A handelt es sich nicht um eine Privatperson, sondern um einen Verwaltungsträger.

Nach der zivilgerichtlichen Rechtsprechung finden die §§ 677ff. BGB grundsätzlich auch im Verhältnis zwischen Verwaltungsträgern und Privatpersonen Anwendung.<sup>31</sup> Dies gilt, solange das öffentliche Recht die Geschäftsführung nicht abschließend regelt.<sup>32</sup> Die Anwendung der §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB analog kommt dabei in Betracht, wenn die Erstattung von Aufwendungen für die Wahrnehmung von Aufgaben in Frage steht, die an sich zum Tätigkeitsbereich der öffentlichen Verwaltung gehören.<sup>33</sup> Insofern kann zumindest von der analogen Anwendbarkeit der §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB ausgegangen werden.

##### Hinweis:

Handelte es sich tatsächlich um eine verlorene Sache, die R gefunden hätte, so käme ein Aufwendungsersatzanspruch gegen den Empfangsberechtigten gemäß § 970 BGB in Betracht. Dieser scheidet hier aus, da es sich um eine versteckte Sache handelt. Aus diesem Grund kommt die Anwendbarkeit der §§ 677ff. BGB in Betracht.

##### b. Anspruch aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB analog

Zu prüfen ist daher, ob die Voraussetzungen eines Aufwendungsersatzanspruchs zugunsten des R vorliegen. Dies erfordert, dass ein fremdes Geschäft geführt worden ist, das dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des öffentlich-rechtlichen Aufgabenträgers entspricht.<sup>34</sup> Die A war zur Entgegennahme und Verwahrung der Goldmünzen verpflichtet. Auch wenn der R durch die Übergabe seinen eigenen gesetzlichen Pflichten als Finder nachkam, handelte es sich für ihn daher zumindest um ein auch-fremdes Geschäft.<sup>35</sup> Auch in diesem Fall finden die §§ 677ff. BGB Anwendung.<sup>36</sup> Die Übergabe der Goldmünzen entsprach darüber hinaus dem Interesse und zumindest dem mutmaßlichen Willen der A. Folglich liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen für den Aufwendungsersatzanspruch vor. Allerdings sind keine Anhaltspunkte dafür gegeben, dass der R im Rahmen der Durchführung des Geschäfts Aufwendungen tätigte, die ihm zu ersetzen wären.

##### c. Zwischenergebnis

R kann mithin keinen Aufwendungsersatzanspruch gemäß §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB analog geltend machen.

#### 5. Herausgabeanspruch gemäß § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB

R könnte gegen die A einen Anspruch auf Herausgabe aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB haben, weil der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eingetreten ist.

<sup>29</sup> So OLG Oldenburg NJW-RR 2021, 272 (274); die Kenntnis der Motive des Gesetzgebers wird nicht vorausgesetzt. Gut bewertet wird an dieser Stelle bereits eine stringente Argumentation.

<sup>30</sup> So OLG Oldenburg NJW-RR 2021, 272 (274).

<sup>31</sup> Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse: Deliktsrecht, Schadensrecht, Bereicherungsrecht, GoA, 10. Aufl. 2020, § 8 Rn. 9 mit Verweis auf u.a. BVerfGE 18, 429, 436; BGHZ 156, 394.

<sup>32</sup> Vgl. Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse (Fn. 31), § 8 Rn. 9.

<sup>33</sup> VG Ansbach BeckRS 2011, 31015; vgl. auch OVG Lüneburg KommJur 2012, 338 (339).

<sup>34</sup> VG Ansbach BeckRS 2011, 31015.

<sup>35</sup> Anders an dieser Stelle OLG Oldenburg NJW-RR 2021, 272 (275).

<sup>36</sup> Vgl. Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse (Fn. 31), § 8 Rn. 9; Sprau in: Palandt (Fn. 3), § 677 Rn. 6.

**a. Etwas erlangt**

Dafür müsste die A zunächst etwas erlangt haben. Darunter fällt jede Verbesserung der Vermögenssituation.<sup>37</sup> Durch die Übergabe der Box an die A hat diese die tatsächliche Sachherrschaft<sup>38</sup>, also den Besitz<sup>39</sup> an den Goldmünzen erlangt. Auch Besitz kann Bereicherungsgegenstand sein.<sup>40</sup> Folglich hat die A etwas erlangt.

**b. Durch Leistung**

Den Besitz müsste die A darüber hinaus durch Leistung des R erlangt haben. Leistung meint die bewusste zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.<sup>41</sup> Der Leistungszweck kann dabei grundsätzlich jeder von der Rechtsordnung erlaubte Zweck sein.<sup>42</sup> R hat das Vermögen der A bewusst durch die Übergabe der Goldmünzen gemehrt. R bezweckte damit, seinen gesetzlichen Pflichten als Finder nachzukommen. Mithin mehrte er das Vermögen der A bewusst und zweckgerichtet. Folglich liegt eine Leistung des R vor.

**c. Nichteintritt des mit der Leistung bezweckten Erfolgs**

Schließlich ist das Vorliegen eines besonderen Erfolgs notwendig, der nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts mit der Leistung bezweckt war und durch die Leistung nicht eingetreten ist.<sup>43</sup> § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB setzt vor allem eine wirksame und als solche fortbestehende rechtsgeschäftliche Vereinbarung zwischen den Parteien voraus.<sup>44</sup>

**aa. Erfolg**

Es muss ein besonderer Erfolg gegeben sein, der mit der Leistung erreicht werden soll und nicht in der Erfüllung einer Verbindlichkeit liegen darf.<sup>45</sup> Zu prüfen ist daher, ob R durch die Übergabe der Goldmünzen einen besonderen Erfolg erreichen wollte. Denkbar ist, dass R die Rückgabe an den ursprünglich Berechtigten bezweckte. Insofern wäre zumindest ein besonderer Erfolg gegeben.

**bb. Zweckvereinbarung**

§ 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB verlangt jedoch auch, dass der

nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eingetreten sein darf, sodass darüber hinaus das Vorliegen einer Zweckvereinbarung erforderlich ist. Die Parteien müssen sich über den Zweck zumindest stillschweigend geeinigt haben.<sup>46</sup> Der Sachverhalt enthält jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass R mit der Übergabe an die A nur die Rückgabe an den ursprünglich Berechtigten bezweckte. Er machte die endgültige Übergabe nicht ausdrücklich davon abhängig. Auch lässt sich aus seinem Verhalten auf keine dahingehende stillschweigende Aussage schließen. Überdies hat die A mit der Entgegennahme der Goldmünzen keine Zustimmung zum Ausdruck gebracht.<sup>47</sup> Folglich fehlt es an der erforderlichen rechtsgeschäftlichen Zweckvereinbarung.

**d. Zwischenergebnis**

Auch aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB hat R keinen Herausgabeanspruch gegen die A.

**6. Anspruch auf Finderlohn gemäß § 971 Abs. 1 BGB (analog)**

Einem Anspruch auf Finderlohn gemäß § 971 Abs. 1 BGB gegen die A steht entgegen, dass es sich bei R nicht um einen Finder im Rechtssinne und bei der A nicht um den Empfangsberechtigten handelt.<sup>48</sup> In Betracht käme daher lediglich die analoge Anwendung des § 971 Abs. 1 BGB. Wie bereits dargelegt beziehen sich die Fundvorschriften jedoch nach der Absicht des Gesetzgebers lediglich auf verlorene, nicht aber auf versteckte Sachen. Dem Berechtigten, dessen Besitz noch fort dauert, wird durch die Zuführung der Sache durch einen Dritten darüber hinaus nicht geholfen, sodass auch keine vergleichbare Interessenlage besteht.<sup>49</sup> Die analoge Anwendung scheidet daher aus. R hat folglich keinen Anspruch auf Finderlohn gemäß § 971 Abs. 1 BGB (analog).

**7. Anspruch auf Finderlohn gemäß § 978 Abs. 3 BGB (analog)**

Schließlich kommt ein Anspruch auf Finderlohn des R

<sup>37</sup> Stadler in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Aufl. 2021, § 812 Rn. 8; vgl. auch Wendehorst in: BeckOK BGB (Fn. 18), § 812 Rn. 55; Sprau in: Palandt (Fn. 3), § 812 Rn. 4.

<sup>38</sup> Zum Begriff siehe Schäfer in: MüKoBGB (Fn. 2), § 854 Rn. 21f.

<sup>39</sup> Zum Begriff siehe Fritzsche in: BeckOK BGB (Fn. 18), § 854 Rn. 3f.

<sup>40</sup> Stadler in: Jauernig (Fn. 37), § 812 Rn. 8; Buck-Heeb in: Erman (Fn. 7), § 812 Rn. 5.

<sup>41</sup> BGHZ 40, 277; 58, 188; Stadler in: Jauernig (Fn. 37), § 812 Rn. 3; Buck-Heeb in: Erman (Fn. 7), § 812 Rn. 5.

<sup>42</sup> Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse (Fn. 31), § 10 Rn. 17.

<sup>43</sup> Vgl. zu den Voraussetzungen Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse (Fn. 31), § 10 Rn. 57.

<sup>44</sup> Vgl. Wendehorst in: BeckOK BGB (Fn. 18), § 812 Rn. 85.

<sup>45</sup> Vgl. dazu Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse (Fn. 31), § 10 Rn. 57.

<sup>46</sup> Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse (Fn. 31), § 10 Rn. 63.

<sup>47</sup> So auch OLG Oldenburg NJW-RR 2021, 272 (275).

<sup>48</sup> So auch OLG Oldenburg NJW-RR 2021, 272 (275).

<sup>49</sup> Vgl. OLG Oldenburg NJW-RR 2021, 272 (275).

gegen die A aus § 978 Abs. 3 BGB in Betracht. Dieser besteht, wenn die Sache in den Geschäftsräumen oder den Beförderungsmitteln einer öffentlichen Behörde oder einem dem öffentlichen Verkehr dienenden Verkehrsanstalt aufgefunden wird. Bei dem Friedhof<sup>50</sup> in A handelt es sich jedoch nicht um Geschäftsräume der A, sodass die tatbestandlichen Voraussetzungen nicht gegeben sind.

Auch hier könnte sich ein Anspruch daher lediglich aus einer analogen Anwendung des § 978 Abs. 3 BGB ergeben. Die hinter der Einführung des § 978 Abs. 3 BGB stehende Absicht des Gesetzgebers spricht jedoch gegen das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke. Er wollte mit der Einführung denjenigen, der in den Geschäftsräumen einer Behörde Sachen auffand und bis dato immer leer ausging, besserstellen.<sup>51</sup> Die Einführung eines allgemeinen Anspruchs auf Finderlohn bezweckte er jedoch nicht.<sup>52</sup> Folglich hat der R auch keinen Anspruch auf Finderlohn gegen die A aus § 978 Abs. 3 BGB (analog).

## 8. Ergebnis

R hat gegen die A keinerlei Ansprüche in Bezug auf die Goldmünzen.

## II. Könnte der R sich vor Gericht selbst vertreten?

R könnte sich vor Gericht dann selbst vertreten, wenn er sich nicht gemäß § 78 Abs. 1 S. 1 ZPO von einem Rechtsanwalt vertreten lassen müsste.<sup>53</sup> Letzteres ist vor den Landgerichten und Oberlandesgerichten erforderlich. Zu prüfen ist daher, ob ein Landgericht oder ein Oberlandesgericht zuständig wäre.

Die sachliche Zuständigkeit bestimmt sich gemäß § 1 ZPO nach den Vorschriften des GVG. Gemäß § 71 Abs. 1 GVG sind die Landgerichte für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zuständig, die nicht den Amtsgerichten zugewiesen sind. Den Amtsgerichten sind nach § 23 Nr. 1 GVG insbesondere Streitigkeiten über Ansprüche zugewiesen, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswert die Summe von EUR 5.000,00 nicht übersteigt. Der Wert des Streitgegenstands bestimmt sich dabei nach den §§ 2ff. ZPO. Vorliegend kommt es auf den Besitz der Goldmünzen an,

sodass sich der Wert nach § 6 ZPO nach dem Wert der Sache richtet. Dieser beträgt EUR 150.000,00 und liegt weit über der Grenze des § 23 Nr. 1 GVG. Folglich sind die Landgerichte zuständig.

R muss sich daher gemäß § 78 Abs. 1 S. 1 ZPO von einem Rechtsanwalt vertreten lassen.

## III. Falls sich R nicht selbst vertreten kann: Welche Möglichkeit bleibt ihm hier unter welchen Voraussetzungen? Lügen diese Voraussetzungen vor?

Möglich bleibt ihm hier, Prozesskostenhilfe gemäß § 114 Abs. 1 S. 1 ZPO zu beantragen. Ein erfolgreicher Antrag nach § 114 Abs. 1 S. 1 ZPO setzt voraus, dass die Partei nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht, nur zum Teil oder in Raten aufbringen kann (1), die Rechtsverfolgung oder -verteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet (2) und nicht mutwillig erscheint (3).<sup>54</sup>

### 1. Bedürftigkeit

R müsste bedürftig sein. Dies ist er dann, wenn er nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht, nur zum Teil oder in Raten aufbringen kann. R ist Student und finanziell nicht in der Lage, die Gerichts- und Anwaltskosten zu tragen. Folglich ist er bedürftig.

### 2. Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung bzw. -verteidigung

Die Rechtsverfolgung oder -verteidigung müsste hinreichende Aussicht auf Erfolg bieten. Erfolgsaussicht liegt vor, wenn der von dem Antragsteller eingenommene Standpunkt zumindest vertretbar erscheint und eine Beweisführung möglich ist.<sup>55</sup> Prozesskostenhilfe ist insbesondere dann zu bewilligen, wenn es sich um Fragen handelt, denen eine schwierige Problematik zugrunde liegt.<sup>56</sup> Wie oben ausgeführt stellt sich hier an mehreren Stellen die Frage, ob Normen des BGB auf den vorliegenden Fall analog anzuwenden sind. Dabei handelt es sich um eine schwierige Rechtsfrage, die nicht ohne weiteres beantwortet werden

<sup>50</sup> Zum Begriff der öfftl. Behörde oder Verkehrsanstalt ausführlich *Ebbing* in: *Ermann* (Fn. 7), § 978 Rn. 3.

<sup>51</sup> Siehe dazu OLG Oldenburg NJW-RR 2021, 272 (275); die Kenntnis der Motive des Gesetzgebers wird nicht vorausgesetzt. Gut bewertet wird an dieser Stelle bereits eine stringente Argumentation.

<sup>52</sup> So OLG Oldenburg NJW-RR 2021, 272 (275).

<sup>53</sup> Dazu *Smid/Hartmann* in: *Wieczorek/Schütze*, Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2015, § 78 Rn. 1; *Jacoby* in: *Stein/Jonas*, Kommentar zur ZPO, 23. Aufl. 2016, § 78 Rn. 3.

<sup>54</sup> *Bork* in: *Stein/Jonas* (Fn. 53), § 114 Rn. 2ff.; *Smid/Hartmann* in: *Wieczorek/Schütze* (Fn. 53), § 114 Rn. 3ff.

<sup>55</sup> BGH NJW 1994, 1160 (1161) m.w.N.; *Fischer* in: *Musielak/Voit*, ZPO, 18. Aufl. 2021, § 114 Rn. 19; vgl. auch *Reichling* in: *BeckOK ZPO*, 41. Edition 2021, § 114 Rn. 28.

<sup>56</sup> Vgl. BVerfG BeckRS 2010, 47642 sowie *Fischer* in: *Musielak/Voit* (Fn. 55), § 114 Rn. 20.

kann.<sup>57</sup> Der von R eingenommene Standpunkt erscheint daher zumindest vertretbar und eine Beweisführung ist möglich. Folglich hat die Rechtsverfolgung bzw. -verteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg.

### 3. Keine Mutwilligkeit

Schließlich dürfte die Rechtsverfolgung bzw. -verteidigung nicht mutwillig erscheinen. Gemäß § 114 Abs. 2 ZPO ist Mutwilligkeit dann gegeben, wenn eine Partei, die keine Prozesskostenhilfe beansprucht, bei verständiger Würdigung aller Umstände von der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung absehen würde, obwohl eine hinreichende Aussicht auf Erfolg besteht.<sup>58</sup> Dies ist vor allem dann der Fall, wenn die Rechtsdurchsetzung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten gänzlich zwecklos erscheint oder wenn sich das Ziel des Prozesses auf eine einfachere, kostengünstigere Weise verwirklichen lässt.<sup>59</sup> Ein solcher Fall ist vorliegend jedoch nicht gegeben. Folglich liegt Mutwilligkeit nicht vor.

### 4. Ergebnis

Dem R würde auf Antrag gemäß § 114 Abs. 1 S. 1 ZPO Prozesskostenhilfe bewilligt.

#### Hinweis:

Eine andere Auffassung ist hier mit Verweis auf Aufgabe 1 auch durchaus gut vertretbar.

### IV. Was ändert sich, wenn R bereits mit der gut betuchten Dozentin D verheiratet wäre, die die Kosten des Verfahrens problemlos stemmen könnte?

Gemäß § 1360a Abs. 4 S. 1 BGB könnte D in diesem Fall dazu verpflichtet sein, dem R die Kosten des Rechtsstreits vorzuschießen, wenn dieser eine persönliche Angelegenheit betrifft und soweit dies der Billigkeit entspricht.

Bei der Verfolgung von Ansprüchen des R, die in Bezug auf die Goldmünzen bestehen könnten, müsste es sich also um eine persönliche Angelegenheit i.S.d. § 1360a Abs. 4 S. 1 BGB handeln. Bei der Auslegung des Begriffs wird eine weite Auslegung bevorzugt, die alle vermögensrechtlichen Ansprüche umfasst, die ihre Wurzeln in der Lebensgemeinschaft haben.<sup>60</sup> Die Verfahren, die nur dem allgemeinen wirtschaftlichen Interesse eines Ehegatten dienen, zählen

jedoch nicht zu den persönlichen Angelegenheiten.<sup>61</sup> Es ist nicht ersichtlich, in welcher Weise die Ansprüche in Bezug auf die durch R gefundenen Goldmünzen in der Lebensgemeinschaft zwischen R und D wurzeln. Vielmehr dient das Verfahren lediglich dem allgemeinen wirtschaftlichen Interesse des R. Mithin ist das Vorliegen einer persönlichen Angelegenheit zu verneinen.

Insofern ändert sich auch dann nichts, wenn R mit D verheiratet wäre, die die Kosten des Verfahrens problemlos stemmen könnte.

<sup>57</sup> Es bedarf insofern nur einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Erfolgs, eine hinreichende Wahrscheinlichkeit ist hingegen nicht erforderlich, Smit/Hartmann in: Wicczorek/Schütze (Fn. 53), § 114 Rn. 11.

<sup>58</sup> Smid/Hartmann in: Wicczorek/Schütze (Fn. 53), § 114 Rn. 22; Bork in: Stein/Jonas (Fn. 53), § 114 Rn. 40.

<sup>59</sup> Reichling in: BeckOK ZPO (Fn. 55), § 114 Rn. 41.

<sup>60</sup> BGHZ 31, 384; Beutler in: BeckOK BGB (Fn. 18), § 1360a Rn. 15; Kroll-Ludwigs in: Erman (Fn. 7), § 1360a Rn. 22ff.

<sup>61</sup> BGH NJW 2010, 372 (373).

## Hausarbeit im Grundkurs Strafrecht

stud. iur. Aron Rössig

Die Hausarbeit ist in der Veranstaltung Grundkurs Strafrecht I im Wintersemester 2019/2020 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt Prof. Dr. Sascha Ziemann, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat. Die Zitierweise entspricht den Vorgaben der Hausarbeit.

### Sachverhalt

Der überregional bekannte Tierschutzaktivist (A) bekommt von einem Frachtfahrer den konkreten Hinweis, dass der Landwirt (L) in seinem Hühnerstall massiv gegen die Tierschutznutzungsverordnung verstoße. Insbesondere halte der L deutlich zu viele Legehennen für die vorhandene Grundfläche mit der Folge, dass sich die Tiere gegenseitig erhebliche Verletzungen zufügen würden. Nach dem Erhalt dieses Hinweises stellt A bei der zuständigen Tierschutzbehörde vergeblich eine Anzeige gegen den L. Von einem Behördenmitarbeiter erfährt A, dass man in solchen Fällen ohne stichhaltige Beweise nichts machen könne und ihm daher die Hände gebunden seien. Stark verärgert über das Untätigbleiben der Behörde sieht sich A daher zum Handeln gezwungen.

Geleitet von seinem starken Mitgefühl für die in der Massentierhaltung lebenden Hennen des L begibt sich A nachts in desinfizierter Kleidung zum Hühnerhof des L. A ist mit einer Videokamera und einer schweren Stabtaschenlampe ausgestattet. Er möchte im Stall die vermuteten Missstände filmisch dokumentieren, um mit den angefertigten Filmaufnahmen die Behörden endlich zu einem Vorgehen gegenüber L zu veranlassen und auf diese Weise die Einhaltung der gesetzlichen Mindeststandards durchzusetzen. A betritt das Grundstück des L durch das offenstehende Hoftor und sucht einen Weg, um in die Stallungen zu gelangen. Nach einigem Suchen erkennt A, dass ein Küchenfenster offensteht. Er klettert durch das Küchenfenster in die Wohnräume des L. Zügig durchschreitet A den Wohnungsflur und stellt erleichtert fest, dass die Tür zum angrenzenden Hühnerstall unverschlossen ist. Nach dem Betreten der riesigen Stallungen beginnt er sofort mit dem Filmen. Die vorgefundenen Zustände lösen bei ihm ein tiefes Entsetzen aus. Tatsächlich verstößt L erheblich gegen die geltenden Tierschutzvorschriften. Aufgrund der Größe des Betriebes und der begrenzten Akkulaufzeit seiner Kamera muss der A jedoch nach drei Stunden das Filmen beenden, woraufhin er zügig den Stall und das Gelände des L verlässt.

Da der A nur einen Teil des landwirtschaftlichen Betriebes von L durchsuchen und nicht alle beobachteten Missstände aufzeichnen konnte, kehrt er in der folgenden Nacht zum Hühnerhof zurück. Abermals betritt er den Hof des L durch das offenstehende Hoftor, um seine Filmaufnahmen fortzusetzen. Schon aus einiger Entfernung erkennt A freudig, dass die Stalltür vollständig geöffnet ist. Gerade als der A den Stall betreten will, tritt jedoch der L aus dem dunklen Stall hervor und bleibt auf der Türschwelle stehen. L hatte sich, alarmiert durch die vielen Fußabdrücke des A aus der vorherigen Nacht, in seinem Stall auf die Lauer gelegt. L versperrt dem A den Zugang zum Stall und gibt diesem zu verstehen, dass er sich entfernen solle. A schießt die Bilder aus der letzten Nacht in den Kopf. Er empfindet wieder großes Mitleid für die Tiere und möchte daher auch die übrigen Verstöße unbedingt noch filmen. Daraufhin schlägt A den L blitzschnell und ohne Vorwarnung mit der schweren Stabtaschenlampe einmal wuchtig gegen die Stirn, woraufhin L mit einer leichten Platzwunde benommen zu Boden geht. A begibt sich sodann in die Stallungen und beginnt mit dem Filmen der noch nicht dokumentierten Zustände im Hühnerstall. Er geht davon aus, dass der L hierfür ausreichend lange außer Gefecht gesetzt sein wird.

Während A die Missstände im Stall filmt, kommt der L langsam wieder zu sich und richtet sich auf. Er ruft die Polizei und schaltet das Licht im Stall ein. Als A feststellt, dass bis auf die Stalltür alle anderen Ausgänge von L verschlossen worden sind, bekommt er Panik und versucht daher an L vorbeizurennen, um zu entkommen. Dem L gelingt es jedoch, den A mit einem beherzten Sprung zu Boden zu reißen. Beim Sturz auf den Stallboden erleidet A kleinere Schürfwunden am rechten Knie. Da A von dem waghalsigen Sprung des L völlig überrascht ist, gelingt es L den Stall zu verlassen, die Stalltür von außen mit einem Balken zu verriegeln und den A somit im Hühnerstall einzusperren, um ihn der Polizei zu übergeben. Die wenig später eintreffende Polizei kann den A festnehmen.

## Wie haben sich die Beteiligten nach dem Strafgesetzbuch strafbar gemacht?

**Bearbeitungshinweis:** Es ist davon auszugehen, dass L in erheblicher Weise gegen die geltenden Tierschutzvorschriften verstößt. Erforderliche Strafanträge sind gestellt worden.

### GUTACHTERLICHE LÖSUNG

#### Tatkomplex 1: Die erste Nacht

##### A. Strafbarkeit des A gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB<sup>1</sup>

A könnte sich des Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 strafbar gemacht haben, indem er das Grundstück des L durch ein offenstehendes Hoftor betrat, durch ein offenstehendes Küchenfenster in die Wohnräume und durch die unverschlossene Tür in die Stallungen des L gelangt ist.

##### I. Tatbestandsmäßigkeit

Dafür müsste der objektive und der subjektive Tatbestand erfüllt sein.

##### 1. Objektiver Tatbestand

Zunächst müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein.

##### a) Tatobjekt

Es müsste ein taugliches Tatobjekt vorliegen. Taugliche Tatobjekte i.S.d. § 123 Abs. 1 können Wohnungen, Geschäftsräume oder befriedetes Besitztum sein.

##### aa) Wohnung

Bei den Wohnräumen des L könnte es sich um eine Wohnung handeln. Eine Wohnung ist eine baulich oder sonst abgeschlossene Räumlichkeit, die dem Zweck dient, einem oder mehreren Menschen Unterkunft zu gewähren.<sup>2</sup> Die Wohnräume sind eine baulich abgeschlossene Räumlichkeit, die überdacht sind und L eine Unterkunft sichern. Somit handelt es sich um eine Wohnung.

##### bb) Geschäftsräume

Auch könnte es sich bei den Stallungen des L um Geschäftsräume handeln. Geschäftsräume sind Räume, die für eine gewisse Zeit oder auf Dauer hauptsächlich zum Betreiben gewerblicher, wissenschaftlicher, künstlerischer

oder ähnlicher Geschäfte verwendet werden.<sup>3</sup> Diese müssen nicht verschlossen sein, solange sie baulich abgeschlossen sind.<sup>4</sup> Der Hühnerstall gehört zum gewerblichen Betrieb des L als Landwirt. Die Tür zum Stall ist nicht verschlossen, aber baulich abgeschlossen. Es handelt sich um Geschäftsräume.

##### cc) Befriedetes Besitztum

Bei dem Grundstück des L könnte es sich um befriedetes Besitztum handeln. Dieses liegt vor, wenn ein Grundstück von dem Berechtigten in äußerlich erkennbarer Weise, mithilfe zusammenhängender Schutzwehren, wie Mauern, Hecken, Drähte oder Zäune gegen das beliebige Betreten durch andere gesichert ist.<sup>5</sup> Es ist keine lückenlose Abschließung oder eine tatsächliche wesentliche Erschwerung des Zugangs erforderlich, solange der Charakter einer physischen Schutzwehr nicht verloren geht.<sup>6</sup> Der A betritt das Grundstück durch das Hoftor. Dieses Hoftor steht zwar offen, also ist die Einhegung nicht lückenlos und erschwert dem A nicht das Betreten des Grundstückes. Das Grundmuster einer äußerlich erkennbaren Schutzwehr bleibt jedoch bestehen. Es ist insofern äußerlich erkennbar gegen das willkürliche Betreten durch andere Personen gesichert. Somit liegt befriedetes Besitztum vor.

##### b) Tathandlung

Auch müsste eine Tathandlung vorliegen.

##### aa) Eindringen (1. Alt.) in das befriedete Besitztum

A könnte zunächst in das befriedete Besitztum des L eingedrungen sein. Eindringen liegt vor, wenn der Täter gegen den Willen des Berechtigten in das Tatobjekt gelangt, wobei er eine gegenständliche Grenze überwunden haben muss.<sup>7</sup> Der entgegenstehende Wille des Berechtigten muss nicht ausdrücklich oder konkludent geäußert werden, dieser kann sich auch aus den für die konkrete Situation üblichen

<sup>1</sup> Alle §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

<sup>2</sup> MüKo StGB/Schäfer, § 123 Rn. 11; SK-StGB/Stein, § 123 Rn. 13.

<sup>3</sup> OLG Köln NJW 1982, 2740; Sch/Sch/Sternberg-Lieben/Schittenhelm, § 123 Rn. 5.

<sup>4</sup> LK/Lilie, § 123 Rn. 14.

<sup>5</sup> OLG Frankfurt a.M. NJW 2006, 1746 (1747); MüKo StGB/Schäfer, § 123 Rn. 14.

<sup>6</sup> Ebd.

<sup>7</sup> MüKo StGB/Schäfer, § 123 Rn. 25.

Verkehrsformen und der Sozialüblichkeit ergeben.<sup>8</sup> A gelangt auf das Grundstück des L und überschreitet durch das offene Hoftor die Grenze des Schutzbereichs. Nach der Sozialüblichkeit ist kein Wille des L zu erkennen, der darauf abzielt, dem A Zutritt zu den Schutzbereichen zu gewähren. Es ist hingegen nach den üblichen sozialen Verkehrsformeln nicht wünschenswert, dass fremde Personen in die Schutzbereiche eindringen. A handelt gegen den Willen des L. Eine Tathandlung liegt daher vor.

#### bb) Tatbestandliche Handlungseinheit gem. § 52 Abs. 1

Bei der soeben festgestellten Tathandlung, dem darauffolgenden Klettern in die Wohnräume und dem Durchschreiten der Stallungen könnte eine tatbestandliche Handlungseinheit gegeben sein. Bei Dauerdelikten werden natürliche Handlungen zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit verbunden.<sup>9</sup> Damit hat der Täter die Tat nicht lediglich vollendet, sondern verwirklicht den Tatbestand entweder durch pflichtwidriges Aufrechterhalten eines von ihm geschaffenen rechtswidrigen Zustandes oder durch ununterbrochenes Fortsetzen der Tathandlung weiter.<sup>10</sup> Dies hat zur Folge, dass der Täter bei nachfolgenden Willensakten zur Aufrechterhaltung des Zustandes keinen neuen Tatbestand verwirklicht.<sup>11</sup> A ist zunächst in das befriedete Besitztum des L eingedrungen und verwirklicht den objektiven Tatbestand des § 123 Abs. 1. Er hält diesen pflichtwidrigen Zustand aufrecht, indem er in die Wohnräume und die Stallungen gelangt. Hierbei liegt als Dauerdelikt des Hausfriedensbruchs<sup>12</sup> nur eine tatbestandliche Handlung vor. Folglich wird von A nicht erneut der objektive Tatbestand des § 123 Abs. 1 erfüllt, indem er sich in die weiteren Schutzbereiche begibt.

#### c) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist mithin erfüllt.

#### 2. Subjektiver Tatbestand

Darüber hinaus muss auch der subjektive Tatbestand erfüllt sein. A müsste nach § 15 vorsätzlich in die

Schutzobjekte eingedrungen sein. Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner Tatumstände.<sup>13</sup> A war bewusst, dass er durch seine Handlung ein fremdes Grundstück betritt, also in Bezug auf § 123 Abs. 1 tatbestandlich handelt. Hiermit hat er sich zumindest abgefunden. A handelt somit auch vorsätzlich. Der subjektive Tatbestand ist erfüllt. Folglich handelte A auch tatbestandsmäßig.

#### II. Rechtswidrigkeit

A müsste rechtswidrig gehandelt haben.

#### 1. Notwehr gem. § 32 Abs. 1

In Betracht kommt zunächst die Notwehr gem. § 32 Abs. 1.

#### a) Notwehrlage

Es müsste gem. § 32 Abs. 2 ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff vorliegen. Hierfür müsste zunächst ein Angriff vorliegen. Unter einem Angriff i.S.d. § 32 Abs. 1 wird die Bedrohung rechtlich geschützter Interessen durch einen Menschen verstanden.<sup>14</sup> Fraglich ist, ob ein solches Interesse betroffen ist.

#### aa) Angriff auf das Allgemeinrechtsgut des Tierschutzes

Es könnte ein Angriff auf das Allgemeinrechtsgut des Tierschutzes vorliegen, indem L gegen die Tierschutzvorschriften verstößt. Dieser umfasst ein Interesse an einer gesetzeskonformen Tierhaltung. Es ist jedoch gemeinhin anerkannt, dass das Notwehrrecht keine Allgemeininteressen umfasst.<sup>15</sup> Es würde ansonsten das Notwehrrecht in eine „polizeiliche Generalklausel für Jedermann“ umfunktionieren.<sup>16</sup> Hingegen umfasst das Notwehrrecht Individualrechtsgüter,<sup>17</sup> wobei der Tierschutz kein Individualrechtsgut ist.<sup>18</sup> Es ist auch nicht möglich, Nothilfe nach § 32 zugunsten des Staates zu leisten. Dieser behält sich nach Art. 20a GG die Durchsetzung des Tierschutzes vor.<sup>19</sup> Somit ist dieses Allgemeinrechtsgut nicht notwehrfähig.

<sup>8</sup> Fischer, § 123 Rn. 18.

<sup>9</sup> BGH NJW 1996, 3424; Lackner/Kühl/Kühl, Vorbemerkungen zu § 52 Rn. 11.

<sup>10</sup> BGH NJW 1996, 3424; Lackner/Kühl/Kühl, Vorbemerkungen zu § 52 Rn. 11.

<sup>11</sup> BeckOK StGB/Heintschel-Heinegg, § 52 Rn. 30, Stand: 01.02.2020.

<sup>12</sup> MüKo StGB/Schäfer, § 123 Rn. 7.

<sup>13</sup> BGH NJW 1964, 1330 (1331); BeckOK StGB/Kudlich, § 15 Rn. 3, Stand: 01.02.2020.

<sup>14</sup> LK/Rönnau/Hohn, § 32 Rn. 77.

<sup>15</sup> BGH NJW 1954, 438; OLG Stuttgart NJW 1966, 745 (747f.); MüKo StGB/Erb, § 32 Rn. 100; SK-StGB/Hoyer, § 32 Rn. 15; NK-StGB/Kindhäuser, § 32 Rn. 37; Lackner/Kühl/Kühl, § 32 Rn. 3; BeckOK StGB/Momsen/Savic, § 32 Rn. 20, Stand: 01.11.2019; Sch/Sch/Perron/Eisele, § 32 Rn. 8; Rengier AT, § 18 Rn. 10; S/S/W/Rosenau, § 32 Rn. 8.

<sup>16</sup> MüKo StGB/Erb, § 32 Rn. 100.

<sup>17</sup> Sch/Sch/Perron/Eisele, § 32 Rn. 5.

<sup>18</sup> Mitsch, JURA 2017, 1388 (1393).

<sup>19</sup> BGH NJW 1954, 438; LG Heilbronn BeckRS 2017, 132799, Rn. 116.

**bb) Angriff auf ein Individualinteresse**

Interessen der öffentlichen Ordnung können nur durch § 32 verteidigt werden, wenn hierdurch auch ein geschütztes Individualinteresse angegriffen wird.<sup>20</sup> Fraglich ist, ob ein taugliches Individualinteresse gegeben ist.

**(1) Angriff auf das menschliche Mitgefühl**

L könnte durch die Tierschutzverstöße das Mitgefühl des A angegriffen haben. Dies setzt wiederum voraus, dass das Mitgefühl des Menschen ein notwehrfähiges Rechtsgut ist. Die Behandlung dieser Frage ist umstritten.

Nach e.A. wird das durch das Tierleiden entstehende Mitgefühl des Menschen für Tiere mitgeschützt.<sup>21</sup> Demnach kann es durch § 1 TierSchG statthaft sein, einen Angriff i.S.d. § 32 Abs. 2 auf das Mitgefühl des Menschen für die Tiere mittels Notwehr zu verteidigen.<sup>22</sup> Vorliegend handelt A geleitet von seinem starken Mitgefühl für die in der Massentierhaltung lebenden Hennen des L, sodass ein taugliches Individualrechtsgut gegeben wäre.

Nach der a.A. wird das menschliche Mitgefühl nicht als taugliches Individualrechtsgut angesehen.<sup>23</sup> Nach dieser Ansicht wäre das Mitgefühl des A, welches ihn zum Handeln veranlasst, irrelevant für eine Rechtfertigung und so läge kein taugliches Individualinteresse vor.

Die beiden Ansichten führen zu verschiedenen Ergebnissen, weshalb Stellung zu nehmen ist. Für die e.A. spricht, dass auch anderweitig im StGB Gefühle geschützt werden, wie z.B. in § 168 das Pietätsgefühl.<sup>24</sup> Gegen die e.A. spricht zunächst, dass, wenn man das Mitgefühl des Menschen für die Tiere als Begründung für die Statuierung tierschutzrechtlicher Vorschriften ansieht, der Tierschutz zu einer bloßen Verhinderung menschlichen Mitleids entwertet wird und insofern nur einen Reflex, nicht aber ein eigenständiges Schutzgut darstellt.<sup>25</sup> Dies würde der verfassungsrechtlichen Hervorhebung des Tierschutzanliegens in Art. 20a GG zuwiderlaufen.<sup>26</sup> Gegen die e.A.

spricht außerdem der Wortlaut des § 1 TierSchG, der ausdrücklich den „Schutz des Lebens und des Wohlbefindens des Tieres“ als Gesetzeszweck nennt.<sup>27</sup> Dagegen spricht auch, dass die Einbeziehung von Emotionen dem Zweck des Notwehrrechts zuwiderläuft.<sup>28</sup> Dies hätte u.a. die Konsequenz, dass bei Mitleidsempfinden eine „aufgedrängte Nothilfe“ möglich wäre und somit gegen den Willen des Rechtsgutsinhabers erfolgen könnte.<sup>29</sup> Nicht minder wichtig ist die Tatsache, dass Emotionen aus rechtlicher Sicht schwer zu greifen sind und so ein individueller Maßstab bei einer Beurteilung eines Angriffs herangezogen wird, was wiederum gegen den objektiven Bewertungscharakter des Angriffs verstößt.<sup>30</sup> Es würde so zu einer mit der Notwehrdogmatik unvereinbaren Subjektivierung von Rechtsgütern kommen.<sup>31</sup> Auch aus teleologischer Sicht des § 32, welcher eine Ultima-ratio-Funktion besitzt, wird nicht bezweckt, den Schutz eines bloßen Handlungsmotivs zu festigen.<sup>32</sup> Die besseren Argumente sprechen daher für die a.A., weshalb ihr zu folgen ist. Das Mitleid des A ist somit kein notwehrfähiges Individualinteresse.

**(2) Nothilfe für die Tiere**

Jedoch könnte A in Nothilfe für die Tiere gerechtfertigt gehandelt haben. Hierfür bedarf es einer sog. Nothilfeflage. Dies setzt nach § 32 Abs. 2 voraus, dass ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff von „einem anderen“ abgewehrt wird. Damit A in Nothilfe für die Tiere gerechtfertigt gehandelt hat, müssten Tiere unter die in § 32 Abs. 2 erwähnte Begrifflichkeit „einem anderen“ fallen und insoweit Träger von subjektiven Rechten sein. Dies ist umstritten.

**(aa) e.A.: Pathozentrische Perspektive**

Nach der pathozentrischen Perspektive werden auch den Tieren subjektive Rechte zugesprochen, sodass sie unter dem Begriff „anderen“ i.S.d. § 32 Abs. 2 zu verstehen sind und für sie demnach auch Nothilfe geleistet werden kann.<sup>33</sup> Dem Tier würde also selbst Nothilfe geleistet, denn der

<sup>20</sup> BGH NJW 1975, 1161 (1162); Sch/Sch/Perron/Eisele, § 32 Rn. 8.

<sup>21</sup> Vgl. LG Magdeburg, ZUR 2018, 172 (173); Keller/Zetsche, StV 2018, 335 (337), Anm. zu LG Magdeburg, Urteil vom 11.10.2017 – 28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17); S/S/Perron/Eisele, § 32 Rn. 8.

<sup>22</sup> Vgl. LG Magdeburg, ZUR 2018, 172 (173).

<sup>23</sup> So z.B. Dehne-Niemann/Greisner, GA 2019, 205 (208); Hecker, JuS 2018, 83 (84); Reinbacher, ZIS 2019, 509 (512f.); Ritz, JuS 2018, 333 (334f.); Roxin AT I, § 15 Rn. 34.

<sup>24</sup> Ritz, JuS 2018, 333 (334).

<sup>25</sup> Dehne-Niemann/Greisner, GA 2019, 205 (208).

<sup>26</sup> Ebd.

<sup>27</sup> Dehne-Niemann/Greisner, GA 2019, 205 (208); S/S/Perron/Eisele, § 32 Rn. 8.

<sup>28</sup> Reinbacher, ZIS 2018, 509 (513).

<sup>29</sup> Ebd.

<sup>30</sup> Ritz, JuS 2018, 333 (334).

<sup>31</sup> Ebd.

<sup>32</sup> Herzog, JZ 2016, 190 (195).

<sup>33</sup> So z.B. LG Magdeburg, ZUR 2018, 172 (173); Greco, JZ 2019, 390 (398); Herzog, JZ 2016, 190 (191); Keller/Zetsche, StV 2018, 335 (339), Anm. zu LG Magdeburg, Urteil vom 11.10.2017 – 28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17); Reinbacher, ZIS 2019, 509 (516); Roxin AT I, § 15 Rn. 34.

„andere“ i.S.d. § 32 Abs. 2 müsse kein Mensch sein.<sup>34</sup> A handelt hier für die Legehennen des L, die nach dieser Ansicht als Tiere unter den Begriff „anderen“ i.S.d. § 32 Abs. 2 fallen. Sofern die weiteren Voraussetzungen der Nothilfe vorliegen, wäre das Handeln des A gerechtfertigt.

### **(bb) a.A.: Anthropozentrische Perspektive**

Nach der a.A., die stark anthropozentrisch geprägt ist, können Tiere nicht Inhaber von subjektiven Rechten bzw. Rechtsgütern sein, weshalb sie nicht unter den Begriff „anderer“ im Sinne des § 32 Abs. 2 fallen.<sup>35</sup> Das Notwehrrecht wird interpersonal interpretiert, sodass ein Mensch nur für sich oder einen anderen Menschen eingreifen kann.<sup>36</sup> Nach dieser Ansicht fallen also die Legehennen des L nicht unter § 32 Abs. 2 und eine Nothilfe für sie ist nicht statthaft.

### **(cc) Stellungnahme**

Auch diese beiden Ansichten kommen zu anderen Ergebnissen, weshalb eine Stellungnahme erforderlich ist. Für die eine Ansicht spricht, dass nicht nur Menschen unter den Begriff „andere“ i.S.d. § 32 Abs. 2 fallen, wie z.B. der Schutz für juristische Personen oder des Embryos zeigt.<sup>37</sup> Auch der Umstand, dass Tiere ebenso wie die Menschen Schmerzen spüren,<sup>38</sup> die Fähigkeit zur Selbstbestimmung besitzen,<sup>39</sup> vitale Interessen haben und leiden können, spricht hierfür.<sup>40</sup> Ebenso erscheint eine Ausweitung des strafrechtlichen Schutzes mit Blick auf Art. 20a GG verfassungsrechtlich legitimierbar.<sup>41</sup> Diese Staatszielbestimmung verpflichtet die staatlichen Organe dazu, „Leben und Wohlbefinden“ der Tiere zu schützen, und verleiht dem ethischen Tierschutz Verfassungsrang.<sup>42</sup> Der § 1 TierSchG qualifiziert die Tiere sogar als „Mitgeschöpfe“ des Menschen.<sup>43</sup>

Jedoch lässt sich das Argument der e.A., dass auch das ungeborene Leben geschützt wird, dadurch entkräften, dass es sich hierbei zumindest um eine Vorstufe des menschlichen Lebens handelt und in zahlreichen anderen Gesetzesstellen, wie u.a. § 242, der „andere“ immer ein Mensch ist.<sup>44</sup> Ebenfalls ist der Tierschutz zwar wie bereits erwähnt ein Rechtsgut von Verfassungsrang, jedoch ergibt sich hieraus kein unmittelbar juristischer Schutzanspruch zugunsten einzelner Tiere,<sup>45</sup> keine tierlichen Eigenrechte,<sup>46</sup> und keine subjektiv-rechtlich einklagbaren Rechtsansprüche des Einzelnen.<sup>47</sup> Vielmehr sollte der darin etablierte Tierschutz einen objektiv-rechtlichen Auftrag zum Schutz der Tiere im Sinne der einfachgesetzlich Tierschutzvorschriften erzielen.<sup>48</sup> Auch die bereits erwähnte Qualifikation der Tiere als Mitgeschöpfe impliziert keine rechtliche Gleichstellung mit den Menschen.<sup>49</sup> Ebenso besitzt der § 32 Abs. 2 die Anwendungsvoraussetzung, dass es sich bei der Person, die Nothilfe leistet, um eine Rechtspersönlichkeit handeln muss, die dem angegriffenen Träger des Rechtsgutes gleichgestellt ist.<sup>50</sup> Hinzu tritt der Aspekt, dass die allgemeine Rechtsgutslehre einen traditionell anthropozentrischen Ausgangspunkt besitzt.<sup>51</sup> Deshalb geht das obige Verständnis der e.A. in Bezug auf die Auslegung des Art. 20a GG zugunsten tierischer Eigenrechte fehl. Die grammatikalische Auslegung des § 32 Abs. 2 spricht ebenfalls gegen eine Nothilfe für Tiere.<sup>52</sup> Das Notwehrrecht enthält auch keine Güterabwägung und so wären drastische Notwehrhandlungen möglich,<sup>53</sup> wodurch sich die Anwendung des § 34 mit entsprechender Interessenabwägung, die jegliche Übertreibung zugunsten der Tiere ausschließt, ohnehin als angemessener darstellt.<sup>54</sup> Die besseren Argumente sprechen für die a.A., weshalb ihr gefolgt wird.

<sup>34</sup> Roxin AT I, § 15 Rn. 34.

<sup>35</sup> So z.B. Dehne-Niemann/Greisner, GA 2019, 205 (209); Hecker, JuS 2018, 83 (84); Ritz, JuS 2018, 333 (336); LK/Rönnau/Hohn, § 32 Rn. 82; Scheuerl/Glock, NSTZ 2018, 448 (449), Anm. zu OLG Naumburg, Urt. v. 22.2.2018 – 2 Rv 157/17 und LG Magdeburg, Urt. v. 11.10.2017 – 28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17).

<sup>36</sup> Herzog, JZ 2016, 190 (191).

<sup>37</sup> Roxin AT I, § 15 Rn. 34.

<sup>38</sup> LK/Rönnau/Hohn, § 32 Rn. 82.

<sup>39</sup> Greco, JZ 2019, 390 (393).

<sup>40</sup> v. Loeper/Reyer, ZRP 1984, 205 (209).

<sup>41</sup> Roxin AT I, § 2 Rn. 55f.

<sup>42</sup> BT-Drucks. 14/8860, S. 3.

<sup>43</sup> BT-Drucks. 11/5463, S. 5.

<sup>44</sup> Fahl, JA 2019, 161 (163).

<sup>45</sup> Maunz/Dürig/Scholz, Art. 20a GG Rn. 70, Stand: 89. Ergänzungslieferung Oktober 2019.

<sup>46</sup> Bock, ZSTW 2019, 555 (562).

<sup>47</sup> Maunz/Dürig/Scholz, Art. 20a GG Rn. 33, Stand: 89. Ergänzungslieferung Oktober 2019.

<sup>48</sup> Dehne-Niemann/Greisner, GA 2019, 205 (209).

<sup>49</sup> Sachs GG/Murswiek, Art. 20a Rn. 31b.

<sup>50</sup> BGHSt 5, 245 (247).

<sup>51</sup> Hotz, NSTZ 2018, 2064, (2066), Anm. zu OLG Naumburg, Urteil vom 22.2.2018 – 2 Rv 157/17.

<sup>52</sup> Ritz, JuS 2018, 333 (335f.).

<sup>53</sup> Dehne-Niemann/Greisner, GA 2019, 205 (209).

<sup>54</sup> MüKo StGB/Erb, § 32 Rn. 100; Hecker, JuS 2018, 83 (84).

**b) Zwischenergebnis**

Folglich ist das Handeln des A nicht durch Notwehr bzw. Nothilfe gem. § 32 Abs. 1 gerechtfertigt.

**2. Rechtfertigender Notstand gem. § 34**

Er könnte aber durch rechtfertigenden Notstand gem. § 34 gerechtfertigt sein.

**a) Notstandslage**

Zunächst müsste eine Notstandslage vorliegen.

**aa) Notstandsfähiges Rechtsgut**

Es müsste ein notstandsfähiges Rechtsgut vorliegen. Notstandsfähige Rechtsgüter sind sowohl Individualrechtsgüter als nach allgemeiner Anschauung auch Rechtsgüter der Allgemeinheit.<sup>55</sup> Das Allgemeininteresse des Tierschutzes wird gemeinhin als notstandsfähiges Rechtsgut im Sinne eines „anderen Rechtsguts“ gem. § 34 S. 1 verstanden und ist notstandsfähig.<sup>56</sup> Vorliegend wird von L gegen die Tierschutznutzungsverordnung verstoßen, so dass sich die Tiere gegenseitig erhebliche Verletzungen zufügen, wodurch das Tierschutzinteresse deutlich wird. Somit liegt ein notstandsfähiges Rechtsgut vor.

**bb) Gefahr**

Dieses notstandsfähige Rechtsgut müsste auch in Gefahr sein. Eine Gefahr liegt vor, wenn der Eintritt eines Schadens naheliegt und eine auf festgestellte tatsächliche Umstände gegründete Wahrscheinlichkeit eines schädigenden Ereignisses besteht.<sup>57</sup> A hat den konkreten Hinweis bekommen, dass L in seinem Hühnerstall massiv gegen die Tierschutznutzungsverordnung verstoße und sich die Legehennen infolge der Massentierhaltung gegenseitig erhebliche Verletzungen zufügen würden. Aus diesem Grund liegt es nahe, dass die Tiere in Gefahr schweben. Eine Gefahr liegt somit vor.

**cc) Gegenwärtigkeit**

Ferner müsste die Gefahr auch gegenwärtig sein. Eine Gefahr ist gegenwärtig, wenn bei natürlicher Weiterentwicklung der Dinge der Eintritt eines Schadens sicher

oder höchstwahrscheinlich ist, falls nicht alsbald Abwehrmaßnahmen ergriffen werden.<sup>58</sup> In den Stallungen des L wird erheblich gegen die Tierschutzvorschriften verstoßen und die Tiere fügen sich bereits erhebliche Verletzungen zu. Es könnte eine Dauergefahr bestehen. Eine Dauergefahr liegt vor, wenn mit dem Schadenseintritt nicht unbedingt sofort zu rechnen ist, der Eintritt des Schadens wohlmöglich noch längere Zeit andauert, der Schaden aber jederzeit eintreten kann.<sup>59</sup> Die Missachtung der Tierschutzvorschriften liegt nicht nur zum Zeitpunkt des Tätigwerdens des A vor, sondern auch schon vorher und für eine unabsehbare weitere Zeit. Es könnte jederzeit eine weitere Verletzung der Tiere hinzukommen, weshalb hier eine Dauergefahr anzunehmen ist. Somit ist die Gefahr auch gegenwärtig.

**dd) Zwischenergebnis**

Folglich liegt eine Notstandslage vor.

**b) Notstandshandlung**

Ferner müsste auch eine Notstandshandlung vorliegen.

**aa) Erforderlichkeit**

Die Notstandshandlung müsste erforderlich sein. Die Notstandshandlung ist erforderlich, wenn sie geeignet ist, die Gefahr abzuwenden und das mildeste zur Verfügung stehende Mittel darstellt.<sup>60</sup> Zunächst müsste die Handlung des A geeignet gewesen sein, die Gefahr abzuwehren. Die Geeignetheit der Handlung liegt bereits vor, wenn es nicht gänzlich unwahrscheinlich ist, dass ein Rettungserfolg infolge der Tathandlung eintritt.<sup>61</sup> Das Betreten des Grundstücks, der Wohnung und der Stallungen des L ermöglicht es dem A Filmaufnahmen anzufertigen, um die Missstände im landwirtschaftlichen Betrieb des L zu dokumentieren und liefert so stichhaltige Beweise, um die Behörden zum Handeln zu bewegen. Auch werden in Strafprozessen auf solche Weise erlangte Beweismaterialien anerkannt und unterliegen keinem Beweisverwertungsverbot.<sup>62</sup> Es ist nicht erforderlich, dass A die Gefahr sofort beendet, denn es liegt eine Dauergefahr vor. Bei einer Dauergefahr ist es ausreichend, dass die Notstandshandlung zu einer zeitlich

<sup>55</sup> BGH NStZ 1988, 558 (559); HK-GS/Duttge, § 34 Rn. 5; Lackner/Kühl/Kühl, § 34 Rn. 4; NK-StGB/Neumann, § 34 Rn. 22; Sch/Sch/Perron, § 34 Rn. 10; Roxin AT I, § 16 Rn. 13; LK/Zieschang, § 34 Rn. 49.

<sup>56</sup> Vgl. OLG Naumburg NJW 2018, 2064 (2065); LG Magdeburg, ZUR 2018, 172 (173).

<sup>57</sup> BGH NJW 1975, 1934 (1935); BGH NJW 1963, 1069; Lackner/Kühl/Kühl, § 34 Rn. 2.

<sup>58</sup> BGH NJW 1989, 176; BGH NStZ 1988, 554; Lackner/Kühl/Kühl, § 34 Rn. 2.

<sup>59</sup> BGH NJW 1979, 2053 (2054); BGH NJW 1954, 1126; LK/Zieschang, § 34 Rn. 70.

<sup>60</sup> Joecks/Jäger, § 34 Rn. 21.

<sup>61</sup> OLG Naumburg NStZ 2013, 718 (720); OLG Karlsruhe NJW 2004, 3645 (3646); SK-StGB/Hoyer, § 34 Rn. 27-28.

<sup>62</sup> Vgl. OLG Nürnberg, NJW-RR 2002, 1471 (1473); LG Magdeburg, ZUR 2018, 172 (174).

versetzten Gefahrenabwehr führt.<sup>63</sup> Diese wird dadurch erreicht, dass A die stichhaltigen Beweise später an die Behörden weiterleiten will. Die Handlung ist somit geeignet, die Gefahr abzuwenden.

Fraglich ist, ob die Handlung des A das mildeste Mittel darstellt. Das mildeste Mittel liegt vor, wenn das auf der Eingriffsseite zu erbringende Opfer nach den Maßstäben des Rechts unter mehreren Auswegen das kleinste Übel ist.<sup>64</sup> Rechtfertigender Notstand entfällt, wenn obrigkeitliche Hilfe rechtzeitig eingeholt werden kann.<sup>65</sup> A hat vorher versucht, obrigkeitliche Hilfe zu erreichen und hat eine Strafanzeige gegen den L gestellt. Jedoch ist die Behörde ohne stichhaltige Beweise nicht eingeschritten, sodass er dieses Erfordernis ausschöpfte. Angesichts der Aussichtslosigkeit staatlicher Hilfe sowie des Umstands, dass A konkrete Hinweise auf erhebliche Gesetzesverstöße des L hatte, jedoch die Behörden untätig blieben und unter Beachtung der Tatsache, dass A mögliche Gefahren für die Tiere durch das Bekleiden mit desinfizierter Kleidung vorgebeugt hat, ist dieses Vorgehen das mildeste Mittel im benannten Sinne. Die Handlung ist somit erforderlich.

#### **bb) Verhältnismäßigkeit des Mittels zur Gefahrenabwehr**

Nach § 34 S. 1 müsste das geschützte Interesse gegenüber dem beeinträchtigten Interesse wesentlich überwiegen. Auf der einen Seite steht das geschützte Allgemeininteresse des Tierschutzes und auf der anderen Seite steht das individuelle Hausrecht des L. Zwar nehmen Rechtsgüter der Allgemeinheit im Fall der Gewährleistung einer bloßen Ordnungsfunktion einen niedrigen Rang ein, jedoch ist der Tierschutz ein Staatsziel und stellt eine Verpflichtung für diesen aus Art. 20a GG dar.<sup>66</sup> Das Hausrecht wird durch § 123,<sup>67</sup> aber auch durch Art. 13 GG geschützt, der insofern eine subjektive Schutzdimension etabliert.<sup>68</sup> Dadurch dass A auch die Wohnräume des L betritt, erfährt das Hausrecht weiteren Schutz in Ausprägung der Privatsphäre durch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.<sup>69</sup> Im Gegensatz zum

Allgemeinen Persönlichkeitsrecht und zum Art. 13 GG besitzt der Art. 20a GG als eine Staatszielbestimmung keine subjektiv-rechtliche Schutzdimension, der Art. 20a GG ist also nur objektiv-rechtlich zu verstehen und entfaltet für den Einzelnen keine anspruchsbegründende Wirkung.<sup>70</sup> Dessen ungeachtet muss der Tierschutz im Sinne der praktischen Konkordanz als Präzisierung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit einbezogen werden.<sup>71</sup> In der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht ein besonders hoher Stellenwert zuzubilligen.<sup>72</sup> Ferner sind gegenüber L zwei Verfassungsgüter betroffen. Demnach ist bei den Rechtsgütern des L abstrakt von einem höheren Rangverhältnis auszugehen. Ebenso müssen noch sämtliche im Einzelfall relevanten Gesichtspunkte Beachtung finden. Es lässt sich der Strafraum heranziehen, wobei der Hausfriedensbruch lediglich mit höchstens einem Jahr und ein Verstoß gegen § 17 TierSchG mit maximal drei Jahren geahndet wird.<sup>73</sup> Ebenso muss auch noch das pflichtwidrige Vorverhalten des L mit einbezogen werden. Hier ist insbesondere zu beachten, dass L für die Missachtung des Tierschutzes verantwortlich war und derjenige, der eine Gefahr für ein geschütztes Rechtsgut verursacht, selber eher Beeinträchtigungen eigener Rechte hinnehmen muss, als ein Dritter, der an der Entstehung der Gefahr unbeteiligt war.<sup>74</sup> Ebenfalls ist zu beachten, dass es sich um eine erhebliche Anzahl der betroffenen Tiere handelt und die Beeinträchtigung des Hausrechts des L nur 3 Stunden andauerte. Die Gefahr für die Tiere lag als Dauer Gefahr hingegen deutlich länger vor. Es darf aber in der Abwägung auch nicht unbeachtet bleiben, dass eine Rechtfertigung möglicherweise bei Räumen entfällt, die der privaten Nutzung unterliegen sind, und insofern private Wohnbereiche einen höheren Schutz genießen als gewerbliche Stallungen.<sup>75</sup> Privatwohnungen bekommen von der Rechtsordnung wegen der dortigen höchstpersönlichen Lebensgestaltung einen besonderen Schutz.<sup>76</sup> Dieser Schutz fällt stärker und weitreichender aus als bei Geschäftsräumen,<sup>77</sup> weshalb die Wohnung ein

<sup>63</sup> Vgl. OLG Naumburg, NStZ 2018, 472 (474).

<sup>64</sup> BGHSt 2, 242 (245); S/S/Perron, § 34 Rn. 20.

<sup>65</sup> Vgl. BGHSt 39, 133 (137); Fischer, § 34 Rn. 9a.

<sup>66</sup> BVerfGE 110, 141 (166); BeckOK GG/Huster/Rux, Art. 20a Rn. 25.

<sup>67</sup> Fischer, § 123 Rn. 2.

<sup>68</sup> Maunz/Dürig/Scholz, Art. 13 Rn. 1, 89. Ergänzungslieferung Oktober 2019.

<sup>69</sup> Sachs GG/Murswiek/Rixen, Art. 2 Rn. 69.

<sup>70</sup> Maunz/Dürig/Scholz, Art. 20a Rn. 33, 89. Ergänzungslieferung Oktober 2019.

<sup>71</sup> BVerfG NJW 2002, 663 (664); Maunz/Dürig/Scholz, Art. 13 Rn. 80, 89. Ergänzungslieferung Oktober 2019.

<sup>72</sup> NK-StGB/Neumann, § 34 Rn. 71.

<sup>73</sup> Vgl. Felde/Ort, Entscheidungsbesprechung zu OLG Naumburg, Urt. v. 22.2.2018 – 2 Rv 157/17, ZJS 2018, 468 (476).

<sup>74</sup> Vgl. OLG Naumburg, NStZ 2018, 472 (474).

<sup>75</sup> Vgl. LG Magdeburg, ZUR 2018, 172 (174); Felde/Ort, ZJS 2018, 468 (474), Entscheidungsbesprechung zu OLG Naumburg, Urt. v. 22.2.2018 – 2 Rv 157/17.

<sup>76</sup> BVerfGE 109, 279 (314).

<sup>77</sup> BVerfG NJW 1998, 1627 (1631).

größeres Schutzniveau innehat. Vorliegend hat A nicht nur die Geschäftsräume des L betreten, sondern vorher auch die privaten Wohnräume des L, weshalb dieser Eingriff in das Hausrecht des L intensiver ist als beim bloßen Betreten der Geschäftsräume. Zusammenfassend unter Beachtung der Abwägungsergebnisse ist festzustellen, dass der Tierschutz zwar ein wichtiges Schutzgut ist und L auch besonderen Duldungspflichten durch das pflichtwidrige Vorverhalten unterlegen ist. Jedoch hat A die privaten Wohnräume des L betreten und diese unterliegen besonderem Schutz. Auch das abstrakte Rangverhältnis der tangierten Rechtsgüter fällt zugunsten des L aus. Daher überwiegt das geschützte Gut nicht wesentlich gegenüber dem beeinträchtigten Gut. Die Handlung ist nicht verhältnismäßig. Folglich ist die Handlung des A nicht gem. § 34 gerechtfertigt und dieser handelt auch rechtswidrig.

### III. Schuld

A müsste auch schuldhaft gehandelt haben. Schuldauflösungs- oder Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich. A handelt folglich schuldhaft.

### IV. Strafantrag gem. § 123 Abs. 2

Erforderliche Strafanträge sind gestellt.

### B. Ergebnis

A hat sich des Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 strafbar gemacht, indem er das Grundstück des L betrat und in die Wohnräume sowie die Stallungen des L gelangt ist.

#### Tatkomplex 2: Die zweite Nacht

##### A. Strafbarkeit des A gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 3, 5

A könnte sich der gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 3, 5 strafbar gemacht haben, indem er den L blitzschnell und ohne Vorwarnung mit einer schweren Taschenlampe wuchtig an die Stirn schlug.

### I. Tatbestandsmäßigkeit

#### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Grundtatbestand des § 223 Abs. 1

Der Grundtatbestand des § 223 Abs. 1 müsste erfüllt sein.

##### aa) Körperliche Misshandlung

A könnte den L körperlich misshandelt haben, indem er ihm mit einer Stabtaschenlampe wuchtig gegen die Stirn geschlagen hat. Eine körperliche Misshandlung ist ein übles, unangemessenes Behandeln, welches das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich beeinträchtigt.<sup>78</sup> Der Schlag des A stellt eine üble, unangemessene Behandlung dar und auch die körperliche Unversehrtheit sowie das körperliche Wohlbefinden sind infolge der Platzwunde und der Benommenheit des A nicht nur unerheblich beeinträchtigt. Somit hat A den L körperlich misshandelt.

##### bb) Gesundheitsschädigung

A könnte den L auch durch den Schlag gegen die Stirn an seiner Gesundheit geschädigt haben. Eine Gesundheitsschädigung ist jedes Hervorrufen oder Steigern eines vom normalen Zustand der körperlichen Funktionen nachteilig abweichenden, also pathologischen Zustandes, gleichgültig auf welche Art und Weise er verursacht wird und ob das Opfer dabei Schmerzen empfindet.<sup>79</sup> Durch den Schlag an die Stirn des L trägt dieser eine Platzwunde davon und geht benommen zu Boden. Dies stellt einen pathologischen Zustand dar. Eine Platzwunde bedarf der Heilung. Eine Gesundheitsschädigung liegt somit vor.

##### cc) Kausalität

Auch müsste die Tathandlung des A ursächlich für den Taterfolg sein. Nach der *Conditio-sine-qua-non*-Formel liegt Kausalität vor, wenn die Handlung des Täters nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel.<sup>80</sup> Hätte der A dem L nicht die Stabtaschenlampe einmal wuchtig gegen die Stirn geschlagen, hätte dieser keine Platzwunde davongetragen und wäre nicht benommen zu Boden gegangen. Die Handlung des A war somit kausal für den Taterfolg.

##### dd) Objektive Zurechnung

Weiterhin müsste A der Erfolg objektiv zurechenbar sein. Ein tatbestandsmäßiger Erfolg ist objektiv zurechenbar, wenn das ihn verursachende Verhalten eine rechtlich missbilligte Gefahr für den Erfolgseintritt geschaffen und sich diese Gefahr in dem konkreten Erfolg realisiert hat.<sup>81</sup> Ein Schlag gegen den Kopf birgt die rechtlich missbilligte Gefahr, dass ein Mensch Verletzungen davonträgt oder

<sup>78</sup> OLG Köln NJW 1997, 2191; OLG Düsseldorf NJW 1991, 2918 (2919); MüKo StGB/Joecks (Hardtung), § 223 Rn. 4.

<sup>79</sup> BGH NStZ 2015, 269; BGH, NJW 1989, 781 (783); Lackner/Kühl/Kühl, § 223 Rn. 5.

<sup>80</sup> BGH NJW 2000, 443 (448); Sch/Sch/Eisele, Vorbemerkungen zu den §§ 13ff. Rn. 73a.

<sup>81</sup> OLG Stuttgart DAR 2011, 415 (416); Lackner/Kühl/Kühl, Vorbemerkungen Rn. 14.

ohnmächtig wird. Diese Gefahr hat sich mithin in Form einer Platzwunde und der Benommenheit des A im konkreten Erfolg realisiert. Somit ist der Erfolg dem A auch objektiv zurechenbar.

Der Grundtatbestand des § 223 Abs. 1 ist erfüllt.

**b) Qualifikation gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2**

A könnte die Körperverletzung mittels eines anderen gefährlichen Werkzeugs gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 begangen haben, indem er L mit einer schweren Taschenlampe gegen die Stirn schlug. Ein solches ist jeder bewegliche Gegenstand, der, als Mittel zur Herbeiführung einer Körperverletzung eingesetzt, nach seiner Beschaffenheit und nach Art seiner Benutzung geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen.<sup>82</sup> Die Stabtaschenlampe des A ist ein beweglicher Gegenstand, den dieser als Mittel zur Herbeiführung einer Körperverletzung einsetzt und der aufgrund seiner schweren und harten Beschaffenheit geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Somit hat A die Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs begangen.

**c) Qualifikation gem. § 224 Abs. 1 Nr. 3**

Auch könnte A die Körperverletzung an L gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 3 mittels eines hinterlistigen Überfalls begangen haben. Ein Überfall ist ein plötzlicher unerwarteter Angriff auf einen Ahnungslosen.<sup>83</sup> Hinterlistig ist er, wenn der Täter planmäßig, in einer auf Verdeckung seiner wahren Absichten berechneten Weise vorgeht, um gerade hierdurch dem Angegriffenen die Abwehr des nicht erwarteten Angriffs zu erschweren.<sup>84</sup> Vorliegend schlägt A den L blitzschnell und ohne Vorwarnung. Der L rechnet nicht mit solch einem Vorgehen und dieses kommt völlig unerwartet für ihn. Somit handelt es sich um einen Überfall. Fraglich ist hingegen, ob dieser auch hinterlistig ist. Das Ausnutzen eines bloßen Überraschungsmoments allein ist nicht ausreichend.<sup>85</sup> A nutzt ein Überraschungsmoment aus, indem er L blitzschnell und ohne Vorwarnung mit der Stabtaschenlampe schlägt. Er hat seine Absichten nicht planmäßig verdeckt, damit L die Abwehr erschwert wird. Vielmehr hat A spontan und ohne eine Planung agiert. Somit ist der Überfall nicht hinterlistig. A hat die

Körperverletzung nicht mittels eines hinterlistigen Überfalls begangen.

**d) Qualifikation gem. § 224 Abs. 1 Nr. 5**

Ebenfalls könnte A die Körperverletzung an L gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 5 mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen haben. Die Anforderungen an diese sind umstritten.

Nach e.A. reicht eine abstrakte Möglichkeit des Eintritts einer Lebensgefahr infolge der Handlung aus und es bedarf nicht zwingend einer konkreten Lebensgefahr durch die eingetretene Verletzung.<sup>86</sup> Erforderliche Voraussetzung für die abstrakte Gefahr sei hingegen, dass nach den konkreten Umständen des Einzelfalles die als Körperverletzung zu beurteilende Handlung geeignet war, eine Lebensgefährdung herbeizuführen.<sup>87</sup> Eine solche abstrakte Lebensgefahr wird regelmäßig bejaht bei Einwirkungen auf empfindliche Kopfreionen wegen des erheblichen Gefahrenpotentials.<sup>88</sup> Nach dieser Ansicht lässt sich der Schlag des A mit der schweren Stabtaschenlampe gegen den Kopf des L als eine geeignete Tathandlung, die eine Lebensgefahr verursachen kann, beurteilen. Der Kopf stellt einen besonders anfälligen Teil des Körpers dar, weshalb es bei Schlägen mit schweren Gegenständen gegen diesen zu einer akuten Gefahr des Lebens kommen kann. Es können u.U. Gehirnblutungen entstehen und so die Vitalfunktion des Kopfes in Gefahr sein. Eine abstrakte Lebensgefahr besteht.

Nach einer a.A. wird der § 224 Abs. 1 Nr. 5 als konkretes Gefährdungsdelikt betrachtet, wodurch gefordert wird, dass die lebensgefährdende Behandlung zu einem tatsächlichen Lebensgefährdungserfolg für das Opfer geführt haben muss.<sup>89</sup> Folgte man dieser Ansicht, so lässt sich dadurch, dass A nur eine Platzwunde davonträgt und kurz benommen ist, mangels konkreter Lebensgefahr des L durch den Schlag eine Qualifizierung durch § 224 Abs. 1 Nr. 5 verneinen.

Die beiden Ansichten führen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Es ist eine Stellungnahme durchzuführen. Für die e.A. spricht zum einen der Wortlaut, der impliziert, dass nicht der durch die Einwirkung resultierende pathologische Zustand lebensgefährlich sein muss, sondern die

<sup>82</sup> BGH BeckRS 2014, 16094, Rn. 12; BeckOK StGB/Eschelbach, § 224 Rn. 28, Stand: 01.02.2020.

<sup>83</sup> Sch/Sch/Sternberg-Lieben, § 224 Rn. 10.

<sup>84</sup> RGSt 65, 65 (66); NK-StGB/Paeffgen/Böse, § 224 Rn. 22.

<sup>85</sup> BGH NStZ-RR 2013, 173 (174).

<sup>86</sup> So z.B. BGH NStZ 2004, 618; BGH NStZ-RR 1997, 67; BT-Drs. 13/8587 S. 83; Lackner/Kühl/Kühl, § 223 Rn. 8; MüKo StGB/Hardtung, § 224 Rn. 42; SK-StGB/Wolters, § 224 Rn. 36; S/S/W/Momsen-Pflanz/Momsen, § 224 Rn. 28; Rengier BT II, § 14 Rn. 50.

<sup>87</sup> BGH NStZ 2004, 618; BGH NStZ-RR 1997, 67.

<sup>88</sup> BGH NJW 2013, 1379 (1382); BGH BeckRS 2007, 10873 Rn. 5; NStZ-RR 2012, 340.

<sup>89</sup> Arzt et al. BT, § 6 Rn. 58; NK-StGB/Paeffgen/Böse, § 223 Rn. 27.

ihn verursachende Handlung.<sup>90</sup> Ferner würde nach der a.A. der § 224 Abs. 1 Nr. 5 zu weit weg vom Unrechtsgehalt der § 224 Abs. 1 Nr. 1-4 und zu nah an die §§ 212, 222 rücken.<sup>91</sup> Jedoch würde die Forderung einer abstrakten Gefahr einen exorbitanten Strafmaßsprung bedeuten, sodass der Strafrahmen zu hoch erscheint.<sup>92</sup> Es könnte deshalb geboten sein, dieses Qualifikationsmerkmal restriktiv auszu-legen.<sup>93</sup> Die besseren Argumente, insbesondere der Wortlaut, sprechen mithin für die e.A., weshalb ihr gefolgt wird. Somit hat A den L mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung an der Gesundheit geschädigt.

#### e) Zwischenergebnis

Folglich wurde der objektive Tatbestand erfüllt.

### 2. Subjektiver Tatbestand

#### a) Vorsatz bezüglich § 223 Abs. 1

A müsste den L vorsätzlich körperlich verletzt haben.<sup>94</sup> Es könnte ein dolus directus 1. Grades einschlägig sein. Bei Absicht (dolus directus 1. Grades) strebt der Täter die Tatbestandsverwirklichung an, sein Wille ist auf diesen Erfolg gerichtet und es kommt ihm auf diesen an, wobei es ausreichend ist, wenn der Täter diesen Eintritt für möglich hält.<sup>95</sup> A kommt es gerade darauf an, den L körperlich zu verletzen, um ihn so daran zu hindern, ihn bei seinen Aufnahmen zu stören. Er hielt dies zumindest auch für möglich. Es liegt ein dolus directus 1. Grades vor. A hat in Bezug auf § 223 Abs. 1 vorsätzlich agiert.

#### b) Vorsatz bezüglich § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2

Ferner müsste A die Körperverletzung mittels eines anderen gefährlichen Werkzeugs gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 vorsätzlich begangen haben.<sup>96</sup> A wollte den A mit seiner Stabtaschenlampe verletzen, damit er weitere Missstände in den Stallungen dokumentieren kann. Er kannte dabei auch die Gefährlichkeit der Taschenlampe und wollte diese auch nutzen, um eine Verletzung beim L hervorzurufen. A handelt vorsätzlich bezüglich § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2.

#### c) Vorsatz bezüglich § 224 Abs. 1 Nr. 5

Schließlich müsste A den L auch vorsätzlich mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung gem. § 224 Abs. 1 Nr. 5 körperlich verletzt haben.<sup>97</sup> Indem A den L daran hindern will, ihn vom Dokumentieren der Missstände in den Stallungen des L abzuhalten, hält er es zumindest für möglich, dass seine Tathandlung dazu geeignet ist, das Leben des L zu gefährden. Er nimmt dies um seines Zieles willen in Kauf. A handelt somit vorsätzlich bezüglich § 224 Abs. 1 Nr. 5.

#### d) Zwischenergebnis

Somit handelte A vorsätzlich bezüglich §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5. Der subjektive Tatbestand ist erfüllt und mithin auch die Tatbestandsmäßigkeit.

### II. Rechtswidrigkeit

Darüber hinaus müsste A auch rechtswidrig gehandelt haben.

#### 1. Notwehr gem. § 32 Abs. 1

A könnte durch Notwehr gem. § 32 Abs. 1 gerechtfertigt gehandelt haben. Es bedarf gem. § 32 Abs. 2 eines gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriffs. Es müsste zunächst ein Angriff vorliegen.<sup>98</sup> Vorliegend geht von L keine Gefahr für ein rechtlich geschütztes Interesse des A aus. Vielmehr gibt er dem A nur zu verstehen, dass er sich entfernen solle und versperrt lediglich den Zugang zum Stall. Auch ist keine Notwehr bzw. Nothilfe für die Tiere des A oder den Staat statthaft, ebenso wenig wie für das Mitleid des A und für das Allgemeininteresse des Tierschutzes.<sup>99</sup>

#### 2. Rechtfertigender Notstand gem. § 34

Es könnte jedoch ein rechtfertigender Notstand vorliegen.

#### a) Notstandslage

Es müsste eine Notstandslage vorliegen. Es müsste ein notstandsfähiges Rechtsgut vorliegen.<sup>100</sup> Ein solches ist gegeben. Auch müsste eine Gefahr gegeben sein.<sup>101</sup> A weiß nun konkret von der Gefahr für die Tiere durch die

<sup>90</sup> Prittwitz/Scholderer, NStZ 1990, 385 (387), Anm. zu BGH, Urteil vom 12.10.1989 – 4 StR 318/89.

<sup>91</sup> Rengier BT II, § 14 Rn. 50.

<sup>92</sup> NK-StGB/Paeffgen/Böse, § 223 Rn. 28.

<sup>93</sup> Beck, ZIS 2016, 692 (697).

<sup>94</sup> Definition siehe Tatkomplex 1, A. I. 2.

<sup>95</sup> Fischer, § 15 Rn. 8.

<sup>96</sup> Definition siehe Tatkomplex 1, A. I. 2.

<sup>97</sup> Definition siehe Tatkomplex 1, A. I. 2.

<sup>98</sup> Definition siehe Tatkomplex 1, A. II. 1. a.

<sup>99</sup> Siehe hierzu die Ausführungen in Tatkomplex 1, A. II. 1.

<sup>100</sup> Definition und Subsumtion siehe Tatkomplex 1, A. II. 2. a. aa.

<sup>101</sup> Definition siehe Tatkomplex 1, A. II. 2. a. bb.

Aufnahmen der ersten Nacht und es liegt nicht mehr nur nahe, dass sie in Gefahr sind. Eine Gefahr liegt vor. Auch müsste die Gefahr gegenwärtig sein.<sup>102</sup> Diese ist als Dauer-gefahr auch gegenwärtig. Es liegt eine Notstandslage vor.

#### **b) Notstandshandlung**

Auch müsste eine Notstandshandlung vorliegen. Die Notstandshandlung müsste erforderlich sein.<sup>103</sup> Fraglich ist, ob die Handlung des A das mildeste Mittel ist.<sup>104</sup> In Anbetracht der Tatsache, dass der A auch die Beweismittel aus der ersten Nacht als taugliches Mittel zur Gefahrenabwehr hätte verwenden können, um die Behörden zum Einschreiten zu bewegen und dies nicht die körperliche Integrität des L beeinträchtigt, ist das von A gewählte Mittel nicht das mildeste. Somit liegt keine Notstandshandlung i.S.d. § 34 vor.

#### **c) Zwischenergebnis**

Folglich handelt A auch rechtswidrig.

### **III. Schuld**

Auch müsste A schuldhaft gehandelt haben. Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründe liegen nicht vor. A handelt folglich schuldhaft.

### **IV. Ergebnis**

Somit hat sich A der gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5 strafbar gemacht, indem er dem L mit einer schweren Stabtaschenlampe gegen die Stirn geschlagen hat.

#### **B. Strafbarkeit des A gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1**

A könnte sich des Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 strafbar gemacht haben, indem er abermals den Hof des L durch das offenstehende Hoftor betreten hat und sich in die Stallungen des L begeben hat.

#### **I. Tatbestandsmäßigkeit**

Es müssten der objektive und der subjektive Tatbestand erfüllt sein.

#### **1. Objektiver Tatbestand**

##### **a) Tatobjekt**

Es könnte befriedetes Besitztum vorliegen. Es liegt befriedetes Besitztum vor.<sup>105</sup> Die Stallungen des L könnten Geschäftsräume sein. Die Stallungen sind Geschäftsräume.<sup>106</sup> Somit liegen zwei taugliche Tatobjekte vor.

##### **b) Tathandlung**

###### **aa) Eindringen (1. Alt.)**

A könnte in das befriedete Besitztum des L eingedrungen sein.<sup>107</sup> A gelangt auf das Grundstück des L und übertritt mit dem Durchschreiten des offenen Hoftors die Grenze des Schutzbereichs, wobei ein entgegenstehender Wille des Hausrechtsinhabers vorliegt. Somit ist A eingedrungen.

###### **bb) Tatbestandliche Handlungseinheit gem. § 52 Abs. 1**

Es könnte eine tatbestandliche Handlungseinheit vorliegen.<sup>108</sup> Eine tatbestandliche Handlungseinheit liegt vor. Somit verwirklicht A den objektiven Tatbestand des § 123 Abs. 1 nur einmal.

###### **cc) Zwischenergebnis**

Folglich ist A in das befriedete Besitztum des L eingedrungen. Der objektive Tatbestand ist mithin erfüllt.

#### **2. Subjektiver Tatbestand**

A müsste vorsätzlich gehandelt haben.<sup>109</sup> A hat Kenntnis davon, dass er durch Betreten des Grundstückes tatbestandsmäßig handelt und findet sich hiermit zumindest ab. A handelt also auch vorsätzlich.

### **II. Rechtswidrigkeit**

A müsste rechtswidrig gehandelt haben.

#### **1. Notwehr nach § 32 Abs. 1**

A könnte durch Notwehr gem. § 32 Abs. 1 gerechtfertigt gehandelt haben. Hierbei müsste zuerst eine Notwehrlage einschlägig sein. Es bedarf zunächst eines Angriffs.<sup>110</sup> Vorliegend geht von L kein Angriff auf den A aus. Ein Angriff auf das Mitgefühl des A ist ebenso wie eine Nothilfe für

<sup>102</sup> Definition und Subsumtion siehe Tatkomplex 1, A. II. 2. a. cc.

<sup>103</sup> Definition siehe Tatkomplex 1, A. II. 2. b. aa.

<sup>104</sup> Definition siehe Tatkomplex 1, A. II. 2. b. aa.

<sup>105</sup> Definition und Subsumtion siehe Tatkomplex 1, A. I. 1. a. cc.

<sup>106</sup> Definition und Subsumtion siehe Tatkomplex 1, A. I. 1. a. bb.

<sup>107</sup> Definition siehe Tatkomplex 1, A. I. 1. b. aa.

<sup>108</sup> Definition siehe Tatkomplex 1, A. I. 1. b. bb.

<sup>109</sup> Definition siehe Tatkomplex 1, A. I. 2.

<sup>110</sup> Definition siehe Tatkomplex 1, A. II. 1. a. aa.

den Staat, das Allgemeininteresse des Tierschutzes und ein Individualinteresse der Tiere nicht notwehrfähig.<sup>111</sup> Folglich liegt keine Notwehr nach § 32 Abs. 1 bzw. Nothilfe vor.

## 2. Rechtfertigender Notstand gem. § 34

Allerdings könnte ein rechtfertigender Notstand gem. § 34 gegeben sein.

### a) Notstandslage

Es bedarf einer Notstandslage.<sup>112</sup> Eine Notstandslage liegt vor.

### b) Notstandshandlung

Ferner müsste auch eine Notstandshandlung gem. § 34 vorliegen. Die Notstandshandlung müsste erforderlich sein.<sup>113</sup> Fraglich ist, ob die Handlung des A das mildeste Mittel zur Gefahrenabwehr darstellt.<sup>114</sup> Im Gegensatz zur ersten Nacht hat A bereits stichhaltige Beweise, die dieser bei den zuständigen Behörden einreichen kann und die zu einer Gefahrenabwehr für die Tiere führen. Es ist ein milderer Mittel, sich mit diesen handfesten Beweisen an die Behörden zu wenden. Die Handlung des A stellt nicht das mildeste Mittel dar. Daher ist die Handlung nicht erforderlich gewesen.

### c) Zwischenergebnis

Somit liegt mangels Notstandshandlung keine Rechtfertigung gem. § 34 vor. A handelt folglich auch rechtswidrig.

## III. Schuld

A müsste schuldhaft gehandelt haben. Es sind keine Entschuldigungs- oder Schuldausschließungsgründe gegeben. A handelt mithin auch schuldhaft.

## IV. Strafantrag gem. § 123 Abs. 2

Der gem. § 123 Abs. 2 erforderliche Strafantrag wurde gestellt.

## V. Ergebnis

Folglich hat sich A des Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 strafbar gemacht, indem er das Grundstück des L betreten hat.

## C. Strafbarkeit des L gem. § 223 Abs. 1

L könnte sich der Körperverletzung an A strafbar gemacht haben, indem er den A mit einem Sprung zu Boden gerissen hat.

### I. Tatbestandsmäßigkeit

#### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Körperliche Misshandlung

L könnte A körperlich misshandelt haben, indem er ihn zu Boden gerissen hat.<sup>115</sup> Das Zu-Boden-Reißen stellt eine üble, unangemessene Behandlung dar, die infolge der dadurch entstandenen Schürfwunden am Knie die körperliche Unversehrtheit und das körperliche Wohlbefinden des A nicht nur unerheblich beeinträchtigt. Somit hat L den A körperlich misshandelt.

##### b) Gesundheitsschädigung

L könnte den A durch das Zu-Boden-Reißen auch an seiner Gesundheit geschädigt haben.<sup>116</sup> Die Schürfwunden des A stellen einen solchen pathologischen Zustand dar, den der L infolge seines Sprungs hervorgerufen hat. Folglich liegt auch eine Gesundheitsschädigung vor.

##### c) Kausalität

Auch müsste die Tathandlung des L ursächlich für den Taterfolg gewesen sein.<sup>117</sup> Hätte der L den A nicht zu Boden gerissen, wären die Schürfwunden des A nicht entstanden. Die Tathandlung des L ist somit kausal für den tatbestandlichen Erfolg gewesen.

##### d) Objektive Zurechnung

Der Taterfolg müsste dem L auch objektiv zurechenbar gewesen sein.<sup>118</sup> L hat eine rechtlich missbilligte Gefahr für Schürfwunden oder Prellungen durch den Sprung geschaffen. Diese Gefahr hat sich auch in den Schürfwunden des A realisiert. Der tatbestandliche Erfolg ist dem L auch objektiv zurechenbar. Somit ist der objektive Tatbestand erfüllt.

### 2. Subjektiver Tatbestand

L müsste vorsätzlich gehandelt haben.<sup>119</sup> L wollte die Flucht des A unterbinden und springt ihn deshalb an. Dabei war

<sup>111</sup> Siehe Ausführungen in Tatkomplex 1, A. II. 1.

<sup>112</sup> Definitionen und Subsumtionen siehe Tatkomplex 2, A. II. 2. a.

<sup>113</sup> Definition siehe Tatkomplex 1, A. II. 2. b. aa.

<sup>114</sup> Definition siehe Tatkomplex 1, A. II. 2. b. aa.

<sup>115</sup> Definition siehe Tatkomplex 2, A. I. 1. a. aa.

<sup>116</sup> Definition siehe Tatkomplex 2, A. I. 1. a. bb.

<sup>117</sup> Definition siehe Tatkomplex 2, A. I. 1. a. cc.

<sup>118</sup> Definition siehe Tatkomplex 2, A. I. 1. a. dd.

<sup>119</sup> Definition siehe Tatkomplex 1, A. I. 2.

ihm bewusst, dass er dadurch A verletzen könnte, hat dies jedoch zumindest billigend in Kauf genommen. L handelt somit auch vorsätzlich. Der subjektive Tatbestand erfüllt.

### 3. Zwischenergebnis

L handelt tatbestandsmäßig.

## II. Rechtswidrigkeit

L müsste auch rechtswidrig gehandelt haben.

### 1. Notwehr gem. § 32 Abs. 1

Allerdings könnte L in Notwehr gerechtfertigt gehandelt haben.

#### a) Notwehrlage

Es müsste zunächst ein Angriff vorliegen.<sup>120</sup> Ein solcher könnte auf die körperliche Unversehrtheit des L vorliegen. A schlägt dem L gegen die Stirn. Es liegt ein Angriff auf die körperliche Unversehrtheit vor. Der Angriff müsste auch gegenwärtig sein. Der Angriff ist gegenwärtig, wenn er unmittelbar bevorsteht, begonnen hat oder andauert.<sup>121</sup> Der Angriff des A auf die körperliche Unversehrtheit des L ist schon abgeschlossen und diesbezüglich liegt kein Angriff mehr vor.

Es könnte aber ein Angriff auf das Hausrecht des L vorliegen. A begeht Hausfriedensbruch am befriedeten Besitztum des L. Somit liegt ein Angriff auf das Hausrecht vor. Dieser Angriff müsste auch gegenwärtig sein. Vorliegend greift A das Hausrecht des L an und der Hausfriedensbruch wird als Dauerdelikt erst nach Verlassen des Grundstücks beendet. Somit ist der Angriff auf das Hausrecht des L auch gegenwärtig. Ebenfalls muss der Angriff rechtswidrig sein. Der Hausfriedensbruch bzw. die Beeinträchtigung des Hausrechts des L ist auch rechtswidrig.<sup>122</sup> Somit liegt eine Notwehrlage vor.

#### b) Notwehrhandlung

Auch müsste eine Notwehrhandlung vorliegen. Zunächst müsste die Notwehrhandlung erforderlich sein. Erforderlich ist die Verteidigung, die für eine sofortige Beendigung bzw. Abschwächung des Angriffs geeignet ist und zugleich das mildeste zur Verfügung stehende Mittel darstellt.<sup>123</sup>

Fraglich ist, ob die Notwehrhandlung das mildeste Mittel ist. Als mildestes Mittel ist die Handlung auszuwählen, die den Angreifer am wenigsten verletzt und schädigt.<sup>124</sup> Vorliegend ist A dabei, die Stallungen zu verlassen und zu fliehen, weshalb das bloße Weglaufenlassen die Handlung darstellt, die den A weniger schädigt als das zu Boden werfen. Auch würde hierdurch die Beeinträchtigung des Hausrechts durch den A aufhören. Folglich hat L nicht das mildeste Mittel gewählt und eine Notwehrhandlung liegt nicht vor.

#### c) Zwischenergebnis

Somit handelt A nicht durch Notwehr gem. § 32 Abs. 1 gerechtfertigt.

### 2. Vorläufiges Festnahmerecht gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO

Jedoch könnte der L durch § 127 Abs. 1 S. 1 StPO gerechtfertigt gehandelt haben.

#### a) Festnahmelage

Hierfür müsste zunächst eine Festnahmelage vorliegen. A müsste gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO auf frischer Tat betroffen oder verfolgt worden sein. Somit muss zunächst eine Tat i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO vorliegen. Tat i.S.d. Vorschrift ist mindestens jede rechtswidrige Straftat nach § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB.<sup>125</sup> Es liegen zwei rechtswidrige Straftaten vor.<sup>126</sup> Weiter müsste A auch betroffen oder verfolgt worden sein. Auf frischer Tat betroffen ist, wer unmittelbar bei Begehung einer rechtswidrigen Tat oder unmittelbar danach am Tatort oder in dessen unmittelbarer Nähe angetroffen und gestellt wird.<sup>127</sup> Vorliegend hat L den A unmittelbar am Tatort nach dem Hausfriedensbruch angetroffen, jedoch gelingt es ihm nicht, den A auch unmittelbar nach diesem und nach der gefährlichen Körperverletzung zu stellen, dadurch dass er infolge des Schlages gegen seine Stirn benebelt zu Boden geht. Ein enger zeitlich-räumlicher Zusammenhang zu der Tat wäre jedoch ausreichend.<sup>128</sup> A wird kurz nach dem Hausfriedensbruch und der gefährlichen Körperverletzung am Tatort gestellt, als L wieder zu sich kommt und ihn zu Boden wirft. Ein enger zeitlich-räumlicher Zusammenhang liegt daher vor. Somit ist A auf frischer Tat betroffen. Eine Festnahmelage ist gegeben.

<sup>120</sup> Definition siehe Tatkomplex 1, A. II. 1. a.

<sup>121</sup> NK-StGB/Kindhäuser, § 32 Rn. 51.

<sup>122</sup> Siehe Tatkomplex 2, B. II. 2. c.

<sup>123</sup> BeckOK StGB/Momsen/Savic, § 32 Rn. 27, Stand: 01.11.2019.

<sup>124</sup> NK-StGB/Kindhäuser, § 32 Rn. 91.

<sup>125</sup> KMR/Wankel § 127 Rn. 2.

<sup>126</sup> Siehe Tatkomplex 2, A. IV. und Tatkomplex 2, B. V.

<sup>127</sup> SSW-StPO/Herrmann, § 127 Rn. 20.

<sup>128</sup> MüKo StPO/Böhm/Werner, § 127 Rn. 12.

**b) Festnahmegrund**

Es müsste ein hinreichender Festnahmegrund vorliegen. Ein solcher könnte in einem Fluchtverdacht bestehen. Dieser liegt vor, wenn der Festnehmende nach dem erkennbaren Verhalten des Täters vernünftigerweise davon ausgehen muss, dieser werde sich dem Strafverfahren durch Flucht entziehen, wenn er nicht alsbald festgenommen wird.<sup>129</sup> L muss vernünftigerweise davon ausgehen, dass sich A, welcher, um zu entkommen, an ihm vorbeirent, einer Strafverfolgung entziehen wird, wenn dieser nicht alsbald festgenommen wird. Somit liegt ein tauglicher Festnahmegrund vor.

**c) Festnahmehandlung**

Darüberhinausgehend müsste eine Festnahmehandlung vorliegen. Bei der Anwendung physischer Gewalt muss diese erforderlich und verhältnismäßig durchgeführt werden.<sup>130</sup> Zunächst müsste die Festnahmehandlung erforderlich sein. Erforderlich ist sie, wenn die Festnahmehandlung geeignet und bei mehreren zur Verfügung stehenden Maßnahmen das mildeste Mittel ist, mit dem der Festnahmepurpose erreicht werden kann.<sup>131</sup> Das Zu-Boden-Schmeißen des A durch den Sprung des L war geeignet, ihn im Stall festzuhalten. Auch war dies das mildeste zur Verfügung stehende Mittel, um die Festnahme zu erreichen. Somit ist die Festnahme erforderlich.

Schließlich müsste das angewandte Mittel zum Festnahmepurpose in einem angemessenen Verhältnis stehen, wobei es unzulässig ist, die Flucht eines Täters durch Handlungen zu verhindern, die zu einer ernsthaften Beschädigung seiner Gesundheit oder zu einer unmittelbaren Gefährdung seines Lebens führen.<sup>132</sup> Vorliegend wird dem A infolge der Festnahmehandlung, nämlich das Zu-Boden-Werfen, keine ernsthafte Beschädigung seiner Gesundheit zugefügt oder sein Leben gefährdet. Vielmehr trägt A lediglich ein paar Schürfwunden am Knie davon, was nicht zu einem Missverhältnis zwischen Mittel und Zweck führt. Somit ist das angewandte Mittel auch verhältnismäßig.

**d) Subjektives Rechtfertigungselement**

Auch muss das subjektive Rechtfertigungselement vorliegen. Hierfür muss L Kenntnis von der objektiven

Festnahmelage haben und mit einem Festnahmewillen, also mit *dolus directus* 1. Grades<sup>133</sup>, handeln, um den Festgenommenen der Strafverfolgung zuzuführen.<sup>134</sup> L ist bewusst, dass A eine Straftat begangen hat sowie flüchten wollte und handelt gerade, weil es ihm darauf ankommt, den A der Polizei zu übergeben, um eine Strafverfolgung zu erzielen. Er hält dies zumindest für möglich. Somit handelt A mit Absicht.

Folglich liegt das subjektive Rechtfertigungselement vor.

**e) Zwischenergebnis**

Die Handlung des L ist gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO gerechtfertigt.

**III. Ergebnis**

Folglich hat sich L nicht gem. § 223 Abs. 1 strafbar gemacht, indem er den A mit einem Sprung zu Boden geworfen hat.

**D. Strafbarkeit des L gem. § 239 Abs. 1 Alt. 1**

L könnte sich gem. § 239 Abs. 1 Alt. 1 wegen Freiheitsberaubung strafbar gemacht haben, indem er die Stallung verschließt und A in diesen einsperrt.

**I. Tatbestandsmäßigkeit****1. Objektiver Tatbestand****a) Tatobjekt**

A müsste ein taugliches Tatobjekt sein. Ein taugliches Tatobjekt kann jeder Mensch sein, der überhaupt zu einer natürlichen Willensbildung im Hinblick auf eine Ortsveränderung in der Lage ist.<sup>135</sup> A ist zur natürlichen Willensbildung im Hinblick auf eine Veränderung des Aufenthaltsortes fähig. A ist somit ein taugliches Tatobjekt.

**b) Tathandlung**

Auch müsste eine Tathandlung vorliegen. L könnte den A gem. § 239 Abs. 1 Alt. 1 eingesperrt haben. Dies setzt voraus, dass das Opfer am Verlassen eines umschlossenen, auch beweglichen Raumes durch äußere, nicht notwendig unüberwindbare Vorrichtungen gehindert wird.<sup>136</sup> Der Hühnerstall des L ist ein umschlossener Raum, welcher von außen durch den L verriegelt wurde und daher den A daran hindert, diesen zu verlassen. Eine taugliche

<sup>129</sup> BayObLG NStZ-RR 2002, 336; BeckOK StPO/Krauß, § 127 Rn. 6, Stand: 01.01.2020.

<sup>130</sup> OLG Karlsruhe NJW 1974, 806 (807); BeckOK StPO/Krauß, § 127 Rn. 11.

<sup>131</sup> Rengier AT, § 22 Rn. 14.

<sup>132</sup> BGHSt 45, 378 (381); SSW-StPO/Herrmann, § 127 Rn. 35.

<sup>133</sup> Definition siehe Tatkomplex 2, A. I. 2. a.

<sup>134</sup> Rengier AT, § 22 Rn. 23.

<sup>135</sup> BGHSt 32, 183 (187f.); MüKo StGB/Wieck-Noodt, § 239 Rn. 12.

<sup>136</sup> NK-StGB/Bernd-Rüdeger Sonnen, § 239 Rn. 16.

Tathandlung ist somit gegeben. Folglich ist der objektive Tatbestand erfüllt.

## 2. Subjektiver Tatbestand

Auch müsste der subjektive Tatbestand erfüllt sein. L müsste vorsätzlich gehandelt haben.<sup>137</sup> Es könnte ein dolus directus 1. Grades vorliegen.<sup>138</sup> L kommt es gerade darauf an, den A einzusperren und seiner Freiheit zu berauben, um ihn so an der Flucht aus den Stallungen zu hindern und ihn der Polizei zu übergeben. Er hält dies zumindest auch für möglich. Somit liegt der Vorsatz in Form eines dolus directus 1. Grades vor. Mithin ist auch der subjektive Tatbestand erfüllt. Folglich handelt A tatbestandsmäßig.

## II. Rechtswidrigkeit

A müsste auch rechtswidrig gehandelt haben.

### 1. Vorläufiges Festnahmerecht gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO

Allerdings könnte L durch § 127 Abs. 1 S. 1 StPO gerechtfertigt gehandelt haben.

#### a) Festnahmelage

Zunächst müsste eine Festnahmelage vorliegen.<sup>139</sup> A könnte auf frischer Tat betroffen sein. Es müsste eine Tat vorliegen.<sup>140</sup> Es liegen zwei Taten vor.<sup>141</sup> Auch müsste A auf frischer Tat betroffen sein.<sup>142</sup> A wurde bei Begehung des Hausfriedensbruchs, jedoch nicht unmittelbar nach der gefährlichen Körperverletzung gestellt. Hierbei ging der L nämlich benebelt zu Boden, jedoch hat er A, nachdem er wieder zu sich gekommen ist, gestellt und die gefährliche Körperverletzung steht auch in einem engen zeitlich-räumlichen Zusammenhang zur Freiheitsberaubung. Eine Festnahmelage liegt mithin vor.

#### b) Festnahmegrund

Es müsste ein tauglicher Festnahmegrund vorliegen. Dieser könnte in einem Fluchtverdacht bestehen.<sup>143</sup> Auch nach dem Zu-Boden-Reißen des A durch den L, um ihn an der Flucht zu hindern, liegt es nach den Umständen nahe, dass sich dieser weiterhin der Strafverfolgung durch Flucht ent-

ziehen würde, sofern keine weiteren Gegenmaßnahmen ergriffen werden. Ein Fluchtverdacht liegt somit vor.

#### c) Festnahmehandlung

Auch müsste eine taugliche Festnahmehandlung vorliegen. Die Festnahmehandlung des A müsste erforderlich gewesen sein.<sup>144</sup> Das Einsperren des A in den Stallungen des L war geeignet, ihn in diesen festzuhalten und ihn so der Strafverfolgung zuzuführen. Auch war dies hierfür das mildeste zur Verfügung stehende Mittel. Somit ist die Festnahmehandlung erforderlich. Schließlich müsste das angewandte Mittel zum Festnahmезweck in einem angemessenen Verhältnis stehen.<sup>145</sup> Das Einsperren des A führt nicht zu einer ernsthaften Beschädigung seiner Gesundheit oder zu einer Gefährdung seines Lebens. Auch steht die Freiheitsberaubung in keinem Missverhältnis zu den Straftaten des A. Somit ist die Festnahmehandlung auch verhältnismäßig.

#### d) Subjektives Rechtfertigungselement

Schließlich müsste auch das subjektive Rechtfertigungselement vorliegen.<sup>146</sup> L kennt die Festnahmelage und beraubt den A gerade seiner Freiheit, weil er ihn der Polizei übergeben, also der Strafverfolgung zuführen will. Er hält es auch für möglich, dies durch seine Handlung zu erreichen. Er handelt also diesbezüglich mit dolus directus 1. Grades.<sup>147</sup> Somit liegt auch das subjektive Rechtfertigungselement vor.

## 2. Zwischenergebnis

Die Handlung des A ist also gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO gerechtfertigt.

## III. Ergebnis

Folglich hat sich L nicht der Freiheitsberaubung gem. § 239 Abs. 1 Alt. 1 strafbar gemacht, indem er den A in dem Hühnerstall eingesperrt hat.

<sup>137</sup> Definition siehe Tatkomplex 1, A. I. 2.

<sup>138</sup> Definition siehe Tatkomplex 2, A. I. 2. a.

<sup>139</sup> Definitionen siehe Tatkomplex 2, C. II. 2. a.

<sup>140</sup> Definition siehe Tatkomplex 2, C. II. 2. a.

<sup>141</sup> Siehe Tatkomplex 2, A. IV. und Tatkomplex 2, B. V.

<sup>142</sup> Definition siehe Tatkomplex 2, C. II. 2. a.

<sup>143</sup> Definition siehe Tatkomplex 2, C. II. 2. b.

<sup>144</sup> Definition siehe Tatkomplex 2, C. II. 2. c.

<sup>145</sup> Definition siehe Tatkomplex 2, C. II. 2. c.

<sup>146</sup> Definition siehe Tatkomplex 2, C. II. 2. d.

<sup>147</sup> Definition siehe Tatkomplex 2, A. I. 2. a.

## ANMERKUNGEN

Die Ausarbeitung im ersten Tatkomplex ist insgesamt sehr schön! Die Ausführungen zum Tatbestandsmerkmal des Eindringens im Rahmen des § 123 StGB wegen des Betretens des Hoftors hätten aufgrund der Unverschlossenheit des Hoftores differenzierter dargestellt werden können. Auch wird leider der § 201a Abs. 1 StGB nicht geprüft.

Aber die Ausführungen zur Rechtfertigung gelingen sehr schön. Verf. setzt sehr schöne Schwerpunkte und stellt die wesentlichen Aspekte anschaulich dar. Insbesondere die Prüfung des notwehrfähigen Rechtsgutes Tierschutz gelingt gut. Im Rahmen der Notstandsprüfung war insbesondere die Erforderlichkeit im Angesicht einer möglichen vorherigen Inanspruchnahme der staatlichen Behörden zu thematisieren. Hier hätten noch weitere mögliche mildere Mittel aufgezeigt werden können. Die Interessensabwägung vermag hingegen zu überzeugen.

Im zweiten Tatkomplex erfolgt die Prüfung der Nr. 5 des § 224 StGB sehr schön. Insgesamt weiß Verf. durch seine Schwerpunktsetzung und seine Ausführungen zu überzeugen. Die Prüfung der Notstandshandlung erfolgt etwas zu knapp. Insbesondere hätte diskutiert werden können, ob eine Mehrzahl an Beweismitteln nicht vorteilhafter wäre, sodass die Beweismittel aus der ersten Nacht unzureichend sein könnten. Im Rahmen des § 123 StGB geht die Prüfung der Tateinheit nach § 52 StGB fehl. Diese ist erst in den Konkurrenzen zu thematisieren und hier durch das zweimalige Eindringen unter einer zeitlichen Zäsur nicht gegeben. Leider wird wieder der § 201a Abs. 1 StGB nicht erkannt. Ansonsten erkennt Verf. die wesentlichen Aspekte des Falls.

Insgesamt hält Verf. sowohl den Gutachtenstil als auch die Formalien ein. Die Ausarbeitung weist eine sehr schöne Schwerpunktsetzung und ein gutes Problembewusstsein auf. Die Hausarbeit wurde daher insgesamt mit 15 Punkten bewertet.

## Klausur in der Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht, 14 Punkte

stud. iur. Rim Talal

Die Klausur wurde in Form einer Kurzarbeit in der Fortgeschrittenenübung im Strafrecht im Sommersemester 2020 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt. Herzlicher Dank gebührt PD Dr. Erol Pohlreich, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat. Da es sich um eine Kurzarbeit handelte, konnten Fußnoten gesetzt werden. Die Zitierweise entspricht den Vorgaben der Kurzarbeit.

### Sachverhalt

A und B führen zwischen Hannover und Berlin eine Fernbeziehung. Als A knapp bei Kasse ist, bucht sie am 31.1.2020 auf der Internetseite der F-GmbH, die Busreisen in ganz Deutschland anbietet, eine Hin- und Rückfahrt nach Berlin zu einem Preis von je EUR 74,00. Dabei gibt sie sich selbst als Fahrgast an. Unter dem Punkt „Bezahlung“ wählt sie das Lastschriftverfahren aus und trägt hierzu den Namen und die IBAN von C ein (diese Informationen hatte sie von ihm erhalten, als C ihr sein altes Handy verkauft hatte). Es kann im Nachhinein nicht aufgeklärt werden, ob die Buchung und die Einleitung des SEPA-Verfahrens von Fs Mitarbeiter M vorgenommen wird, oder ob die Buchung maschinell verarbeitet wird. Die A erhält daraufhin eine Buchungsbestätigung samt Fahrkarten zum Ausdrucken. Das Konto des C wird sodann in Höhe von EUR 148,00 belastet. Direkt nach Erhalt der Buchungsbestätigung druckt A die Fahrkarten aus.

Am 13.2.2020 ist es schließlich soweit: A zeigt beim Einsteigen in den Bus auf Aufforderung von Fahrer Y den Ausdruck ihres Tickets vor. Nachdem dieser das Ticket einer Sichtkontrolle unterzogen hat, lässt er A in den Bus einsteigen. Auch bei ihrer Rückfahrt am 15.2., bei der sie den entsprechenden Ticketausdruck vorlegt, gibt es, wie von A erwartet, keine Probleme.

Als C am 16.2. seinen Online-Kontoauszug überprüft, stutzt er angesichts der Lastschrift zugunsten der F. Er kann sich diese nicht erklären und nutzt schließlich den „Lastschrift zurückgeben“-Button, woraufhin die Lastschrift zurückgebucht wird und die EUR 148,00 seinem Konto wieder gutgeschrieben werden.

### Strafbarkeit von A nach §§ 242, 243, 263, 263a StGB?

**Bearbeitervermerk:** Es ist zu unterstellen, dass das SEPA-Verfahren, sobald es eingeleitet ist, automatisch abläuft.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

### Erster Tatkomplex: Die Ticketbuchung

#### A. Strafbarkeit der A gegenüber M und zu Lasten der F-GmbH

A könnte sich eines Betruges gemäß § 263 Abs. 1 StGB<sup>1</sup> gegenüber M und zu Lasten der F-GmbH schuldig gemacht haben, indem sie beim Buchen der Busfahrkarten die Kontodaten des C angab.

#### I. Tatbestand

Der Tatbestand müsste erfüllt sein.

##### 1. Objektiver Tatbestand

Dafür müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein.

#### a) Täuschung über Tatsachen

A müsste über Tatsachen getäuscht haben. Täuschung ist jede Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen mit dem Ziel der Irreführung über Tatsachen. Tatsachen sind alle konkreten Geschehnisse und Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart, die dem Beweis zugänglich sind. Täuschungen können nur gegenüber natürlichen Personen vorgenommen werden. Vorliegend kann nicht aufgeklärt werden, ob die Buchung und die Einleitung des SEPA-Verfahrens von M vorgenommen oder maschinell verarbeitet wurde. Hier greift der Grundsatz *in dupio pro reo*, sodass davon auszugehen ist, dass kein Mensch getäuscht wurde.

**b) Zwischenergebnis**

Eine Täuschung über Tatsachen liegt nicht vor.

**2. Zwischenergebnis**

Der Tatbestand ist nicht erfüllt.

**II. Ergebnis**

A hat sich keines Betruges gemäß § 263 Abs. 1 schuldig gemacht.

**B. Strafbarkeit der A gemäß § 263a**

A könnte sich eines Computerbetrugs gemäß § 263 Abs. 1 Var. 3 schuldig gemacht haben, indem sie die Kontodaten des C angab.

**I. Tatbestand****1. Objektiver Tatbestand****a) Unbefugte Verwendung von Daten**

Unabhängig davon, was unter dem Begriff „Unbefugte Verwendung von Daten“ zu verstehen ist, kann auch hier nicht geklärt werden, ob eine Maschine die Buchung verarbeitet hat. Mithin greift auch hier der Grundsatz in duplo pro reo, sodass davon auszugehen ist, dass die Buchung von keiner Maschine vorgenommen wurde.

**b) Zwischenergebnis**

Ein Computerbetrug liegt nicht vor.

**II. Ergebnis**

A hat sich keines Computerbetrugs schuldig gemacht.

**C. Echte Wahlfeststellung**

Allerdings könnte hier die Figur der echten Wahlfeststellung greifen. Die echte Wahlfeststellung ist eine prozessuale Entscheidungsregel für den Fall, dass innerhalb des angeklagten Geschehens nach Ausschöpfung aller Beweismöglichkeiten der Sachverhalt nicht so weit aufgeklärt werden kann, dass die Feststellung eines bestimmten Straftatbestands möglich ist, aber sicher feststeht, dass der Angeklagte einen von mehreren alternativ in Betracht kommenden Tatbeständen verwirklicht hat.

**I. Voraussetzungen**

Dafür müssten die Voraussetzungen der echten Wahlfeststellung vorliegen. Zunächst müsste der Sachverhalt unklar sein. Laut Sachverhalt kann im Nachhinein nicht mehr aufgeklärt werden, ob M oder eine Maschine die Buchung

vorgenommen hat. Ferner darf keine Sachverhaltskonstellation in Betracht kommen, unter welcher der Täter kein Strafgesetz verletzt. A hat bereits die Kontodaten des C ohne Berechtigung verwendet. Fraglich ist lediglich, wie die Buchung und die Einleitung des SEPA-Verfahrens erfolgten. Des Weiteren müssten mehrere alternativ in Betracht kommende Tatbestände verwirklicht worden sein. A könnte hier zum einen den Betrug gemäß § 263 Abs. 1 als auch den Computerbetrug gemäß § 263a Abs. 1 Var. 3 verwirklicht haben. Dies ist im Folgenden zu prüfen, indem zunächst unterstellt wird, dass M handelte und anschließend, dass die Buchung maschinell ablief.

**1. § 263 Abs. 1 gegenüber M und zu Lasten der F-GmbH**

A könnte sich eines Betruges gemäß § 263 Abs. 1 gegenüber M und zu Lasten der F-GmbH schuldig gemacht haben, indem sie bei der Bezahlung das Konto des C angab.

**a) Tatbestand****aa) Objektiver Tatbestand****(1) Täuschung über Tatsachen**

A müsste über Tatsachen getäuscht haben. Mit dem Angeden der Kontodaten des C erklärt A nach der Verkehrsanschauung konkludent, zur Buchung unter Angabe der Kontodaten des C berechtigt zu sein. Ob eine solche Berechtigung vorliegt, ist dem Beweis zugänglich und damit eine Tatsache. Mithin hat A über Tatsachen getäuscht.

**(2) Irrtum**

Dadurch müsste bei M ein Irrtum entstanden sein. Ein Irrtum ist jede Fehlvorstellung über die Tatsachen, die Gegenstand der Täuschung waren. Erregend ist das Hervorrufen des Irrtums. M glaubt, dass A zur Angabe der Kontodaten des C berechtigt war; jedenfalls hatte er sachgedankliches Mitbewusstsein. Ein Irrtum liegt vor.

**(3) Vermögensverfügung**

Aufgrund des Irrtums müsste M eine Vermögensverfügung vorgenommen haben. Eine Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt. M übersendet der A die Busfahrkarten zum Ausdrucken. Darin ist eine Vermögensverfügung in Form eines Handelns zu sehen. Diese Vermögensverfügung des M, als Mitarbeiter der F-GmbH, wird bereits nach der engsten Theorie, der Befugnistheorie, der F-GmbH zugerechnet.

**(4) Vermögensschaden**

Die Vermögensverfügung müsste zu einem

Vermögensschaden geführt haben. Ein Vermögensschaden liegt vor, wenn der Vergleich der Vermögenslage vor und nach der Verfügung ergibt, dass eine Vermögensminderung eingetreten ist. Die F-GmbH übersendete der A die Busfahrkarten. Fraglich ist, ob sie dafür eine Gegenleistung erhielt. In Betracht kommt eine Kompensation in Gestalt eines Zahlungsanspruchs gegen C. Das Konto des C wurde i.H.v. EUR 148,00 belastet. Allerdings muss beachtet werden, dass die F-GmbH keinen schuldrechtlichen Vertrag mit C geschlossen hat und A auch nicht berechtigt war, die Kontodaten des C anzugeben. Daher sind die EUR 148,00, die vom Konto des C abgebucht wurden, keine den Eintritt eines Vermögensschadens bei der F-GmbH hindernde Schadenskompensation. Ferner kommt ein Zahlungsanspruch gegen A in Betracht. Diese ist allerdings zahlungsunwillig, weshalb ein Eingehungsbetrug vorliegen könnte, bei dem das Vermögen der F-GmbH bereits im Zeitpunkt der Vermögensverfügung durch M schadensgleich gefährdet ist. Dafür müsste das Vermögen des Betroffenen bei wirtschaftlicher Betrachtung schon durch das Risiko, welchem es infolge der Vermögensverfügung ausgesetzt ist, eine bezifferbare Einbuße erlitten haben. Bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses war A selbst zahlungsunwillig. Das sog. Ausfallrisiko lässt sich vorliegend mit 100 % beziffern, d.h. i.H.v. EUR 148,00.

### **bb) Subjektiver Tatbestand**

Der subjektive Tatbestand müsste erfüllt sein.

#### **(1) Vorsatz**

A müsste vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz ist der unbedingte Wille zur Verwirklichung des Tatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Tatbestandsmerkmale zum Zeitpunkt der Tat. A wollte über Tatsachen täuschen, um so einen Irrtum bei der F-GmbH zu erregen, sodass sie ihr die Busfahrkarten übersenden und bei denen ein Vermögensschaden entsteht.

#### **(2) Absicht rechtswidriger Bereicherung**

A müsste mit Absicht rechtswidriger Bereicherung gehandelt haben. Bereicherungsabsicht ist gegeben, wenn es dem Täter um eine günstigere Gestaltung der Vermögenslage geht. Stoffgleichheit ist dann gegeben, wenn Schaden und Vorteil sich in der Weise entsprechen, dass sie durch ein und dieselbe Vermögensverfügung vermittelt werden, also nicht auf jeweils verschiedene Verfügungen zurückzuführen sind. A kam es drauf an, sich einen Vermögensvorteil

zu verschaffen. Der Vermögensschaden der F-GmbH ist auch der Vermögensvorteil der A; sie erhält die Busfahrkarten, ohne die Gegenleistung zu erbringen. Rechtswidrig ist diese Absicht, wenn kein fälliger und einredefreier Anspruch vorliegt. A hatte keinen Anspruch auf die Busfahrkarten, was sie auch wusste. Mithin handelte A mit Absicht rechtswidriger Bereicherung.

### **b) Rechtswidrigkeit und Schuld**

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

### **c) Ergebnis**

A hat sich eines Betruges gemäß § 263 Abs. 1 gegenüber M und zu Lasten der F-GmbH schuldig gemacht.

## **2. § 263a Computerbetrug**

A könnte sich eines Computerbetrugs gemäß § 263a Abs. 1 Var. 3 zu Lasten der F-GmbH schuldig gemacht haben.

### **a) Tatbestand**

#### **aa) Objektiver Tatbestand**

##### **(1) Unbefugte Verwendung von Daten**

A müsste unbefugt Daten verwendet haben. Daten sind alle codierten oder codierbaren Informationen. Bei der IBAN handelt es sich um solche Daten. Indem sie die unter dem Punkt „Bezahlung“ eingibt, hat sie diese auch verwendet. Fraglich ist, ob diese Verwendung unbefugt war. Nach einer subjektivierenden Ansicht ist jede Datenverwendung unbefugt, die dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des über die Daten Verfügungsberechtigten widerspricht.<sup>2</sup> C hatte die A nicht berechtigt die Kontodaten des C zu benutzen.

Die sog. computerspezifische Auslegung stellt darauf ab, ob ein entgegenstehender Wille des Berechtigten sich im Programmablauf niedergeschlagen hat, z.B. in Form von Prüf- oder Kontrollmechanismen. A musste keinerlei Geheimnummer oder Passwort eingeben. Beim sog. bargeldlosen Zahlungsverkehr genügt allein die Eingabe der IBAN, sodass der entgegenstehende Wille des Betreibers nicht Gegenstand des Programms geworden ist. Folglich handelte A nach dieser computerspezifischen Ansicht nicht unbefugt.

Die betrugspezifische Auslegung legt das Merkmal betrugsnah aus. Hiernach ist zu fragen, ob die Verwendung der Daten ein täuschungsähnliches Verhalten darstellt. Hätte A die Daten gegenüber einem hypothetisch hinzugeordneten Mitarbeiter der F-GmbH verwendet, so hätte sie

<sup>2</sup> Rengier, BT 1, § 14 Rn. 16.

konkludent erklärt, zur Nutzung dieser Daten berechtigt zu sein oder selbst Kontoinhaber zu sein. Tatsächlich ist A weder Inhaberin noch Berechtigte, sodass ein täuschungs-äquivalentes Verhalten vorliegt, was zur Folge hat, dass eine unbefugte Verwendung zu bejahen ist. § 263a dient vor allem der Schließung der Lücke, wo vermögensrelevante Verfügungen durch automatisierte Datenverarbeitungsvorgänge ausgeführt werden und § 263 nicht greift. Der Anwendungsbereich wird von der computerspezifischen Ansicht sehr verengt, sodass diese Ansicht abzulehnen ist. Mithin hat A unbefugt Daten verwendet.

## (2) Beeinflussung des Ergebnisses eines vermögensrelevanten Datenverarbeitungsvorgangs

Ferner müsste A das Ergebnis eines vermögensrelevanten Datenverarbeitungsvorgangs beeinflussen haben. Dieses Merkmal ersetzt den Irrtum und die Vermögensverfügung. Durch die Eingabe der IBAN und des Namens wird ein Arbeitsvorgang ausgelöst, welcher sowohl eine Bestellbestätigung als auch die Fahrkarten zum Ausdrucken versendet. A erhielt die Busfahrkarten, welche sie ausdrucken konnte. Mithin hat A Ergebnisse eines vermögensrelevanten Datenverarbeitungsvorgangs beeinflusst.

## (3) Vermögensschaden

Bei der F-GmbH müsste ein Vermögensschaden eingetreten sein. Auch hier lässt sich anführen, dass die Abbuchung von Cs Konto keine Kompensation darstellt, zumal dieser die EUR 148,00 zurückbuchen konnte. A ist zahlungsunwillig, sodass auch hier eine Vermögensgefährdung vorliegt, welche auch mit einem Ausfallrisiko von 100 % zu beziffern ist. Es liegt eine schadensgleiche Vermögensgefährdung vor.

## bb) Subjektiver Tatbestand

### (1) Vorsatz

A handelte vorsätzlich (s.o.).

### (2) Absicht rechtswidriger Zueignung

A handelte auch in Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Zueignung.

## b) Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

## c) Ergebnis

A hat sich eines Computerbetrugs gemäß § 263a Abs. 1 Var. 3 zu Lasten der F-GmbH schuldig gemacht.

## 3. Zwischenergebnis

Es liegen sowohl der Betrug nach § 263 Abs. 1, wenn man M als Verfügenden ansieht, als auch Computerbetrug nach § 263a Abs. 1 Var. 3 vor, wenn man annimmt, dass die Buchung maschinell verarbeitet wurde.

## II. Rechtsethische und rechtspsychologische Vergleichbarkeit

Schließlich müssen die Taten rechtsethisch und rechtspsychologisch vergleichbar sein. Unter einer rechtsethischen Vergleichbarkeit versteht man eine annähernd gleiche Schwere der Schuld und eine nach dem allgemeinen Rechtsempfinden rechtlich vergleichbare Bewertung.<sup>3</sup> § 263 Abs. 1 und § 263a haben den gleichen Strafraum, nämlich eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder eine Geldstrafe. Ferner schützen beide das Vermögen. Vor allem ist der Computerbetrug eine Art Auffangtatbestand für den Betrug. Folglich ist die rechtsethische Vergleichbarkeit zu bejahen. Die psychologische Gleichwertigkeit erfordert eine vergleichbare seelische Beziehung des Täters zu den mehreren in Frage stehenden Verhaltensweisen.<sup>4</sup> Es kann davon ausgegangen werden, dass es der A nicht darauf ankam, ob es von M oder maschinell bearbeitet wird. Folglich sind die Taten rechtsethisch und rechtspsychologisch vergleichbar. Eine Wahlfeststellung ist zwischen Betrug und Computerbetrug möglich.<sup>5</sup>

## III. Ergebnis

A hat sich daher entweder eines Betruges gemäß § 263 Abs. 1 gegenüber M und zu Lasten der F-GmbH oder gemäß § 263a Abs. 1 Var. 3 schuldig gemacht.

## D. Strafbarkeit der A gemäß § 263 Abs. 1 gegenüber F-GmbH, zu Lasten C

Indem A beim Buchen der Busfahrkarte die Kontodaten des C angab, könnte sie sich eines Betruges gemäß § 263 Abs. 1 gegenüber der F-GmbH und zu Lasten des C schuldig gemacht haben.

### I. Tatbestand

Der Tatbestand müsste erfüllt sein.

<sup>3</sup> MüKo-StPO/Miebach, § 261 Rn. 392f.

<sup>4</sup> MüKo-StPO/Miebach, § 261 Rn. 392f.

<sup>5</sup> MüKo-StGB/Hefendehl, § 263 Rn. 1009.

**1. Objektiver Tatbestand**

Dafür müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein.

**a) Täuschung über Tatsachen**

A müsste über Tatsachen getäuscht haben. Mit dem Angeben der Kontodaten des C erklärt A nach der Verkehrsanschauung konkludent, zur Buchung unter Angabe der Kontodaten des C berechtigt zu sein. Eine Täuschung über Tatsachen liegt vor.

**b) Irrtum**

Dadurch müsste bei M ein entsprechender Irrtum erregt worden sein. Die M glaubt, dass A berechtigt ist, die Busfahrkarten von dem Konto des C zu bestellen. Jedenfalls hatte M sachgedankliches Mitbewusstsein. Ein Irrtum liegt vor.

**c) Vermögensverfügung**

Aufgrund des Irrtums müsste die M eine Vermögensverfügung vorgenommen haben. Die Vermögensverfügung liegt hier in dem Einleiten des SEPA-Verfahrens, mithin im Belasten des Kontos des C i.H.v. EUR 148,00. Dabei ist umstritten, wann dem Vermögensgeschädigten die Vermögensverfügung einer anderen Person zugerechnet werden kann.

**aa) Befugnistheorie**

Nach der Befugnistheorie ist die Vermögensverfügung dann zurechenbar, wenn der Verfügende zur Vornahme der Vermögensverfügung rechtlich, d.h. zivilrechtlich, befugt war. Vorliegend war M bzw. die F-GmbH rechtlich nicht zur Vornahme einer Verfügung berechtigt. Hiernach wäre dem C die Vermögensverfügung nicht zuzurechnen.

**bb) Lagertheorie**

Die Lagertheorie rechnet eine fremde Verfügung dem Vermögensinhaber schon dann zu, wenn sich der Verfügende bei wertender Betrachtung der Gesamtbeziehung im Lager des Vermögensinhabers befindet. Die F-GmbH hat keinerlei Obhutsbeziehung zu dem Bankkonto des C, sodass auch nach der Lagertheorie eine Zurechnung zu verneinen ist.

**cc) Einige Vertreter der Lagertheorie**

Einige Vertreter der Lagertheorie fordern, dass sich die Befugnis zur Verfügung aus dem Gesetz ergeben müsse. Eine solche Befugnis aus dem Gesetz lässt sich ebenfalls nicht begründen.

**dd) Streitentscheid**

Die Ansichten führen zum gleichen Ergebnis, sodass ein Streitentscheid entbehrlich ist.

**2. Zwischenergebnis**

C muss sich die Vermögensverfügung der F-GmbH nicht zurechnen lassen.

**II. Ergebnis**

A hat sich keines Betruges gemäß § 263 Abs. 1 gegenüber der F-GmbH und zu Lasten C schuldig gemacht.

**E. Strafbarkeit der A gemäß §§ 263 Abs. 1, 2, 22**

A könnte sich eines versuchten Betruges gemäß § 263 Abs. 1, 2, 22 gegenüber M und zu Lasten des C schuldig gemacht haben, indem sie bei der Buchung der Bustickets die Kontodaten des C verwendete.

**O. Vorprüfung**

Die Tat dürfte nicht vollendet sein. Die Vermögensverfügung war dem C nicht zuzurechnen, sodass auch kein Vermögensschaden bei ihm eintrat. Die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich aus § 263 Abs. 2.

**I. Tatbestand****1. Tatentschluss**

A müsste mit Tatentschluss gehandelt haben. Dieser entspricht dem subjektiven Tatbestand des vorsätzlichen vollendeten Delikts. A wollte M über Tatsachen täuschen und sie wusste auch, dass sie das tat. Ferner wollte sie dadurch bei M einen Irrtum erregen. Allerdings hat A sich nicht vorgestellt, dass M für den C verfügen kann. Daher hatte sie diesbezüglich keinen Tatentschluss.

**2. Zwischenergebnis**

A hatte keinen Tatentschluss.

**II. Ergebnis**

A hat sich keines versuchten Betruges gemäß §§ 263 Abs. 1, 2, 22 gegenüber M und zu Lasten C schuldig gemacht.

**F. Strafbarkeit der A gemäß § 242 Abs. 1**

A könnte sich eines Diebstahls gemäß § 242 Abs. 1 schuldig gemacht haben, indem sie die Tickets ausdrückte.

**I. Tatbestand****1. Objektiver Tatbestand**

**a) Fremde bewegliche Sache**

Bei den Tickets müsste es sich um fremde bewegliche Sachen gehandelt haben. Sachen sind alle körperlichen Gegenstände i.S.d. § 90 BGB ohne Rücksicht auf ihren wirtschaftlichen Wert. Die Tickets stellen körperliche Gegenstände dar. Beweglich sind Sachen, die fortgeschafft werden können. Dies ist der Fall. Fremd ist eine Sache, wenn sie im (Allein-, Mit- oder Gesamthands-) Eigentum eines anderen steht, also weder herrenlos ist noch ausschließlich dem Täter selbst gehört. Ursprünglicher Eigentümer der Tickets war die F-GmbH. Durch das Übersenden der Tickets an A wurde ein Übereignungsangebot abgegeben, welches A auch annahm, indem sie die Tickets ausdrückte. Selbst wenn das Übereignungsangebot wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 BGB anfechtbar wäre, so bleibt es zunächst wirksam. Bei der Frage des Einverständnisses kommt es nämlich auf die faktische Betrachtung an, sodass Willensmängel der Wirksamkeit eines Einverständnisses im Rahmen des § 242 nicht entgegenstehen. Mit dem Erhalt und dem Ausdrucken der Tickets ist A Eigentümerin geworden.

**b) Zwischenergebnis**

Es handelt sich nicht um eine fremde bewegliche Sache.

**2. Zwischenergebnis**

Der Tatbestand ist nicht erfüllt.

**II. Ergebnis**

A hat sich keines Diebstahls gemäß § 242 Abs. 1 schuldig gemacht, indem sie die Busfahrkarten ausdrückte.

**Zweiter Tatkomplex: Die Busfahrt****A. Strafbarkeit der A gemäß § 263 Abs. 1 gegenüber Y, zu Lasten F-GmbH**

A könnte sich eines Betruges gegenüber Y und zu Lasten der F-GmbH schuldig gemacht haben.

**I. Tatbestand****1. Objektiver Tatbestand****a) Täuschung über Tatsachen**

A müsste über Tatsachen getäuscht haben. Hierbei ist zu beachten, dass Y nicht prüft, ob das Ticket tatsächlich bezahlt wurde, sondern lediglich die Echtheit des Tickets und ob die Person mitfährt, deren Name auf dem Ticket steht. Das Ticket der A ist echt und mit ihrem Namen versehen. Folglich liegt hier keine Täuschung vor.

**b) Zwischenergebnis**

A hat Y über keine Tatsachen getäuscht.

**2. Zwischenergebnis**

Der Tatbestand ist nicht erfüllt.

**II. Ergebnis**

A hat sich keines Betruges gemäß § 263 Abs. 1 gegenüber Y und zu Lasten der F-GmbH schuldig gemacht.

**B. Gesamtergebnis und Konkurrenzen**

A hat sich aufgrund der echten Wahlfeststellung gemäß § 263 Abs. 1 gegenüber M und zu Lasten der F-GmbH oder gemäß § 263a Abs. 1 Var. 3 zu Lasten der F-GmbH schuldig gemacht.

Eine Klausur mit vielen gelungenen Bereichen. Die zentralen Fragestellungen der Klausur werden erkannt und häu-

**ANMERKUNGEN**

fig korrekt gelöst. Die Wahlfeststellung (das zentrale Problem der Klausur) wird erkannt. Die Ausführungen hätten hier hinsichtlich der Frage, ob eine Wahlfeststellung überhaupt in Betracht kommen kann, länger sein können. Zumindest wird aber erkannt, was für die Wahlfeststellung von Bedeutung ist und welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit eine Wahlfeststellung möglich ist.

Die Klausur beginnt mit der Prüfung von § 263 StGB gegenüber M und zu Lasten der F. Das ist soweit nicht zu beanstanden. Auch das Ergebnis ist korrekt. Sodann wird eine Strafbarkeit nach § 263a StGB geprüft, die dann aber auch mit der zutreffenden Begründung abgelehnt wird.

Sodann wird auf die Möglichkeit einer Wahlfeststellung eingegangen. Die Voraussetzungen werden zutreffend dargestellt. Geprüft wird dann eine mögliche Strafbarkeit nach § 263 StGB gegenüber M und zu Lasten der F, wenn ein entsprechendes menschliches Handeln festgestellt werden kann. Die Prüfung gelingt vollumfassend. Weiterhin erörtert wird eine Strafbarkeit nach § 263a StGB. Die Frage der Befugnis wird zutreffend erörtert. Auch die restliche Prüfung ist nicht zu beanstanden. Die anschließenden Ausführungen zur Wahlfeststellung sind wieder korrekt.

Im Anschluss wird ein Betrug gegenüber der F und zu Lasten des C erörtert. Dabei wird verkannt, dass die F als

juristische Person nicht getäuscht werden kann. In der Prüfung selbst wird dann aber zutreffend auf den M abgestellt. Auch das Ergebnis ist dann korrekt – es wird erkannt, dass hier keine Vermögensverfügung angenommen werden kann. Wenig naheliegend erscheint die folgende Prüfung einer Versuchsstrafbarkeit. Auf einen Diebstahl wird eingegangen; ein solcher wird letztlich auch zutreffend abgelehnt. Abschließend wird noch eine Strafbarkeit wegen Betruges gegenüber Y zu Lasten der F geprüft. Die gefundene Lösung ist dabei gut zu vertreten.

Insgesamt ist die Klausur wegen der vielen richtigen Ausführungen und der wenigen (kleinen) Schwächen als deutlich überdurchschnittlich anzusehen. Die Bearbeitung wird daher insgesamt mit 14 Punkten (gut) bewertet.

## Klausurstrategien Teil II - Zivilrechtsklausur aus der Zwischenprüfung, 5 Punkte

stud. iur. Finja Maasjost & Ass. Jur. Bastian Orłowski, LL.M.

Eine 5-Punkte-Klausur in der *Hanover Law Review* – eine Seltenheit. Dieser Beitrag erweitert das Spektrum unserer Zeitschrift und knüpft an den Beitrag „Meinking/Orłowski, Klausurstrategien I - Zivilrechtsexamensklausur, 5 Punkte, HanLR 2021, 191“ an. Zusätzlich zur Veröffentlichung herausragender Klausurergebnisse haben wir uns dazu entschieden, Klausuren, die unterhalb der magischen 9-Punkte-Grenze liegen, mit entsprechenden Korrekturanmerkungen abzdrukken, um diejenigen Studierenden, die statistisch betrachtet den Großteil der Absolvierenden ausmachen, besser „abholen“ zu können. Wir wollen die Möglichkeit schaffen, sich (noch) intensiver mit der im Studium überragend wichtigen Klausurtechnik auseinanderzusetzen. Wir empfehlen, den ersten Beitrag dieser Reihe zuerst zu lesen. Sie werden anschließend beim Lesen dieses Beitrags feststellen, dass sich viele Anmerkungen wiederholen werden - und dass der Großteil der bei der Lösung der Klausur gemachten Fehler mit relativ geringem Aufwand vermieden werden kann.

Die Klausur ist in der Zwischenprüfung in der Veranstaltung BGB I im Wintersemester 2016/2017 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt Prof. Dr. Christian Heinze, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

### Sachverhalt Fall 1

Die Junganwälte G und M sahen sich zuletzt einer Vielzahl Mandaten gegenüber. Um den steigenden Anforderungen der Mandantschaft nachzukommen, wollen sie einen Sekretär einstellen. M, mit dem der Dienstvertrag geschlossen werden soll, führt die Bewerbungsgespräche. Von dem Bewerber B ist M sofort begeistert. B gab an, die deutsche Sprache in Wort und Schrift perfekt zu beherrschen; in Wirklichkeit aber hat B nie Lesen und Schreiben gelernt und ist daher für den Job ungeeignet. Zu dem Zeitpunkt, zu dem M und B den Dienstvertrag unterschreiben wollten, liegt M mit einer schweren Männergrippe im Bett. M kontaktiert G, damit dieser mit B ein angemessenes Gehalt vereinbare und im Rahmen seiner bestehenden Vollmacht den Vertrag abschliesse. M informiert B über diesen Umstand. Als B die Kanzlei am 2.12. betritt, erkennt G seinen alten Schulfreund sofort. Zwar wundert sich G darüber, dass der Vertrag mit jemandem, der Schwierigkeiten in Rechtschreibung und Grammatik hat, abgeschlossen werden soll. Aufgrund der Weisung unterschreibt G den Vertrag dennoch und legt ihn dem B vor. B unterschreibt und bringt seine Freude durch einen Luftsprung zur Geltung. Am 14.12., einen Tag vor Arbeitsantritt, treffen sich G, M und B zufällig auf dem Weihnachtsmarkt. Bei dieser Gelegenheit erfährt M von der Schwäche des B. Daraufhin erklären sowohl M als auch G, der Dienstvertrag solle „null und nichtig“ sein.

### Besteht ein Dienstvertrag zwischen M und B?

### Sachverhalt Fall 2

Der Geschäftsmann M ist ein findiger Zeitgenosse. Anstatt gebrauchte PKW zu überbewerteten Preisen zu verkaufen, macht er seinen Kunden gute Angebote zu vernünftigen Preisen. Zur Abwicklung der Geschäfte erteilt M dem Angestellten A, der ausgewiesener Mercedesexperte ist, eine Vollmacht, Gebrauchtwagen zu verkaufen und dabei auch über den Preis zu verhandeln. Der Interessent L, der sein Geld beim Pokern verdient, sieht nun eine neue Chance gekommen. Bei Verhandlungen mit A über einen Mercedes GLS SUV, der einen Marktpreis von 70.000 € hat und zu diesem Preis auch ausgeschildert ist, macht L dem A folgenden Vorschlag: Wenn A den SUV zu einem Preis von 60.000 € verkaufe, würde L dem A 30.000 € „Bonus“ geben. A, der das Geld für seine Hochzeit verwenden möchte, stimmt dem zu. Das Geschäft wird per Handschlag besiegelt. Wenige Tage später gibt A seine Verfehlung gegenüber M zu. M meint, dass solche Machenschaften keinen wirksamen Vertrag begründen können.

**Fertigen Sie für M ein juristisches Gutachten über die Frage an, ob L von M Übergabe und Übereignung des Mercedes GLS SUV verlangen kann.**

**Bearbeitervermerk**

Es sind ausschließlich Normen des BGB zu prüfen. Die Fragen zu beiden Fällen sind rechtsgutachterlich zu beantworten. Beschreiben Sie die Bearbeitungsbögen nur einseitig und versehen Sie jede Seite mit Ihrer Matrikelnummer, 7 cm Korrekturrand und einer fortlaufenden Seitenzahl. Der Bearbeitung ist ein Deckblatt voranzustellen, welches die Matrikelnummer und die Veranstaltung aufweist.

Bearbeitungszeit: 2 Zeitstunden

**GUTACHTERLICHE LÖSUNG**

stud. iur. Finja Maasjost mit Anmerkungen von Ass. Jur. Bastian Orłowski, LL. M.

**Fall 1****A. Anspruch des B**

B könnte einen Anspruch auf Gewährung der vereinbarten Vergütung Zug um Zug gegen Leistung der versprochenen Dienste aus einem Dienstvertrag gem. § 611 I BGB gegen M haben.

**Anmerkung:**

Leicht zu vermeidender Fehler: Wie Sie sicherlich schon hinlänglich gehört haben dürften, ist der erste Eindruck wichtig – ob beim Dating, bei Bewerbungsgesprächen für Berufe oder Mietwohnungen sowie beim Schreiben von Klausuren. Bei Letzterem vermitteln Sie den Korrekturkräften mit dem Obersatz als Teil des „überlebenswichtigen“ Gutachtenstils einen ersten Eindruck von Ihrer Klausur im Allgemeinen und von den sich sogleich anschließenden Prüfungen im Besonderen. Der Obersatz in der vorliegenden Klausur geht leider schon an der Fragestellung vorbei. Zu prüfen war, ob ein Dienstvertrag zwischen M und B besteht. Nach einem Anspruch des B „[...] auf Gewährung der vereinbarten Vergütung Zug um Zug gegen Leistung der versprochenen Dienste aus einem Dienstvertrag gem. § 611 I BGB gegen M [...]“ war nicht gefragt. Dieser Fehler hätte leicht vermieden werden können – aber wir waren alle mal im 1. Semester und kennen die Aufregung und Nervosität vor und während Klausuren nur zu gut. Also: Lieber noch ein paar Mal öfter die Fallfrage lesen, um sicherzugehen, dass man sich nicht direkt am Anfang „aus der Klausur rausschreibt“ (wobei das hier nicht wirklich der Fall ist). Better safe than sorry.

PS: Mittlerweile ist der Arbeitsvertrag in § 611a BGB geregelt.

**I. Anspruch entstanden**

Dazu müsste der Anspruch entstanden sein. Hierzu bedarf es eines wirksamen Dienstvertrages zwischen B und M.

**Anmerkung:**

Gut und richtig. Im Zivilrecht bitte nicht die quasi Heilige Dreifaltigkeit der Untergliederung in Anspruch entstanden/erloschen/durchsetzbar vergessen. Diese Einteilung verleiht Klausuren und Hausarbeiten eine wunderbare Struktur und Übersichtlichkeit und erleichtert Korrekturkräften die Arbeit.

**1. Dienstvertrag gem. § 611 BGB**

Zwischen M und B müsste ein Dienstvertrag gem. § 611 BGB geschlossen worden sein. Ein Dienstvertrag ist zunächst einmal eine Einigung. Eine Einigung besteht aus zwei übereinstimmenden Willenserklärungen, namentlich Angebot und Annahme iSd. §§ 145ff. BGB.

**Anmerkungen:** Achtung, Feinheiten:

1. Leicht zu vermeidender Fehler: § 611 BGB regelt „nur“ die vertragstypischen Pflichten beim Dienstvertrag, nicht den Dienstvertrag „an sich“ („Durch den Dienstvertrag“, „Gegenstand des Dienstvertrags“ – siehe Überschrift des § 611 BGB im Gesetz). Es müsste daher heißen: Dienstvertrag im Sinne des § 611 BGB. Bei Korrekturen von Zwischenprüfungsklausuren kann man hierüber hinwegsehen. Im Examensklausurenkurs oder gar im „scharfen“ Examen kann so eine Formulierung angekreidet werden.

2. Basiswissen erforderlich: Ein Dienstvertrag wie im vorliegenden Fall ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft in Gestalt eines gegenseitigen Vertrags, der durch eine Einigung zustande kommt. Insofern ist die Formulierung „Ein Dienstvertrag ist zunächst einmal eine Einigung“ etwas unsauber.

3. Leicht zu vermeidende „Ungenauigkeit“: Im BGB heißt das Angebot „Antrag“, vgl. § 145 BGB. Übernehmen Sie diesen Ausdruck einfach. Zeigen Sie, dass Sie immer erst mit und immer erst am Gesetz arbeiten. Schreiben Sie den Gesetzestext oder Teile hiervon ab. Übernehmen Sie die juristische (Fach)Sprache der Legislative. Legen Sie möglichst den exakten Gesetzeswortlaut (gegebenenfalls Sätze umstellen) in Ihren Gutachten zugrunde. Erst dann füttern Sie Ihre Prüfungen mit Ihrem Wissen über Rechtsprechung und Literatur an.

#### a. Angebot des M

M könnte ein wirksames Angebot abgegeben haben. Ein Angebot ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die dem anderen so angetragen wird, dass der Vertragsschluss nur noch von dessen bloßer Zustimmung abhängt.

Vorliegend hat M keine Erklärung diesbezüglich abgegeben. Indes könnte jedoch G eine solche abgegeben haben, indem er mit B einen Preis vereinbarte und den Vertrag schloss. Diese könnte gem. § 164 I 1, III für und gegen M wirksam sein, wenn dieser wirksam iSd. §§ 164ff. BGB von G vertreten worden ist.

#### Anmerkungen:

1. Basiswissen und Klausurtaktik erforderlich: Hier hätte man etwas differenzierter prüfen bzw. die Frage aufwerfen können, welche Person bei einer beruflichen Bewerbung eigentlich einen Antrag erklärt und was die essentialia negotii sind. Nach allgemeiner Lebenserfahrung wird eine zu besetzende Stelle als Sekretär in einer Anwaltskanzlei veröffentlicht, zum Beispiel in Zeitungen. In einem solchen Fall stellt sich die Frage, ob das Inserat bereits einen Antrag darstellt (nein, bloße invitatio ad offerendum). Auch das Einreichen von Bewerbungsunterlagen erfüllt noch nicht die Voraussetzungen eines Antrags (reine Interessenbekundung). Ein Antrag dürfte hier vielmehr darin zu sehen sein, dass G dem B einen unterschriebenen Vertrag vorgelegt hat.

2. Basiswissen und Klausurtaktik erforderlich: Dementsprechend hätte die Prüfung differenzierter ausfallen müssen. Erst prüfen, ob M dem B einen Vertragsschluss angetragen hat (hier (-)). Dann prüfen, ob G dem B einen Vertragsschluss im Namen des M mit

Vertretungsmacht angetragen hat, vgl. § 164 I 1 BGB („Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen.“). Damit grast man die verschiedenen Prüfungskonstellationen relativ schnell und sauber ab.

3. Basiswissen Stellvertretung: Man hätte in einem Satz die Zulässigkeit der Stellvertretung bei Abschluss eines Dienstvertrags feststellen können.

3. Leicht zu vermeidende „Ungenauigkeit“: Im BGB heißt das Angebot „Antrag“, vgl. § 145 BGB. Übernehmen Sie diesen Ausdruck einfach. Zeigen Sie, dass Sie immer erst mit und immer erst am Gesetz arbeiten. Schreiben Sie den Gesetzestext oder Teile hiervon ab. Übernehmen Sie die juristische (Fach)Sprache der Legislative. Legen Sie möglichst den exakten Gesetzeswortlaut (gegebenenfalls Sätze umstellen) in Ihren Gutachten zugrunde. Erst dann füttern Sie Ihre Prüfungen mit Ihrem Wissen über Rechtsprechung und Literatur an.

#### (1) Eigene Willenserklärung

Zunächst müsste G eine eigene Willenserklärung im Hinblick auf einen Dienstvertragsschluss mit B abgegeben haben und dürfte nicht nur Bote des M gewesen sein, der lediglich die Willenserklärung des M überbringt. Fraglich ist insoweit, ob G einen eigenen Entscheidungsspielraum bei der Abgabe der Willenserklärung hatte. Dies ist aus dem objektiven Empfängerhorizont zu beurteilen. Vorliegend hatte G aus der objektiven Sicht des B hinsichtlich des Gehaltes einen eigenen Entscheidungsspielraum. Folglich gab G eine eigene Willenserklärung in Hinblick auf den Vertragsschluss ab.

#### Anmerkung:

Gutachtenstil: Die Prüfung der Voraussetzung der eigenen Willenserklärung ist wegen der Abgrenzung zur Botenschaft regelmäßig nicht ganz unproblematisch, sodass Sie hier sauber und strukturiert im Gutachtenstil prüfen sollten (oben wurden die einzelnen Schritte durcheinandergebracht):

„G müsste gemäß § 164 I 1 BGB zunächst eine Willenserklärung abgegeben haben. Dies ist der Fall, wenn G für einen objektiven Erklärungsempfänger nach außen

hin erkennbar einen gewissen Entscheidungsspielraum bei der Formulierung einer eigenen Willenserklärung innehat. Einen solchen Entscheidungsspielraum hat nicht, wer lediglich eine bereits „fertige“ Willenserklärung übermittelt, wer also bloßer Erklärungsbote ist.“ und so weiter. Muss man üben. Erst das Gesetz lesen, dann Rechtsprechung und Literatur hierzu aufarbeiten, dann Formulierungen einüben.

## (2) In fremden Namen (Offenkundigkeitsgrundsatz)

Weiterhin müsste G auch im fremden Namen, also im Namen des M, gehandelt haben. Dies muss G jedoch nicht ausdrücklich erklären. Gem. § 164 I 2 BGB ist es ausreichend, wenn dies für B aus den Umständen ersichtlich war. Vorliegend hat M den B darüber informiert, dass G ihn beim Unterschreiben des Dienstvertrages vertreten würde. Damit erklärte M dem B ausdrücklich, dass G für ihn handeln solle. Folglich handelte G auch in fremden Namen.

### Anmerkungen:

1. Schöner Prüfen mit dem Gesetzestext: Auch hier heißt wieder die Devise: Schreiben Sie den Gesetzestext ab! Da steht schon viel von dem, was Sie brauchen, drin - und es klingt in der Regel besser als das auswendig gelernte und in der Klausur abgespulte Lehrbuchwissen:

„G müsste den Antrag auf Abschluss eines Dienstvertrags auch im Namen des M abgegeben haben, § 164 I 1 BGB. Dies ist der Fall, wenn G für B erkennbar zum Ausdruck gebracht hat, dass er für M handelt und dass die Rechtsfolgen des zu vereinbarenden Dienstvertrags unmittelbar für und gegen G wirken sollen, sog. Offenkundigkeitsprinzip. Nach § 164 I 2 BGB macht es hierfür keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, dass sie in dessen Namen erfolgen soll.“ und so weiter. Das, was im Gesetz steht, muss nicht auswendig gelernt werden. Wie hat Professor Lorenz mal so schön gesagt? Read the f\*cking law! Um die Quintessenz im vorherigen Slang auf den Punkt zu bringen: Write the f\*cking law down! Auch hierfür muss man noch nicht ein einziges Jura-Buch aufgeschlagen haben. Naja, „nur“ das Gesetz. Aber das ist ja ein erlaubtes Hilfsmittel.

2. Gesetz genau lesen und zugrunde legen: Nach § 164 I 2 Alt. 1 BGB kann der Vertreter ausdrücklich erklären, dass die Erklärung im Namen des Vertretenen erfolgt. Hier hat aber M den B ausdrücklich davon in Kenntnis gesetzt, dass G den Vertragsschluss für M einfädeln werde, sodass die Regelung des § 164 I 2 Alt. 1 BGB schon gar nicht auf die hiesige Sachverhaltskonstellation passt, sondern eher zu § 167 I BGB (Stichwort kundgegebene Innenvollmacht). Erst hat M den G bevollmächtigt, dann hat M den B von seiner Erkrankung, der Bevollmächtigung des G und den Ablauf des Vertragsschlusses informiert (so verstehe ich zumindest den Sachverhalt).

## (3) Mit Vertretungsmacht für M

Schließlich müsste G auch mit Vertretungsmacht für M gehandelt haben. In Betracht kommt die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht iSd. § 166 II 1 BGB in Form der Innenvollmacht gem. § 167 I Alt. 1 BGB. Vorliegend hat M den G kontaktiert und diesen gebeten für ihn mit B den Vertrag zu schließen. Damit hat er dem G gem. § 167 I Alt. 1 BGB eine Innenvollmacht für den Vertragsschluss mit B erteilt. Zudem hat M die Bevollmächtigung des G dem B auch § 171 I BGB kundgetan, sodass hier eine nach außen kundgetane Innenvollmacht vorliegt. Folglich handelte G auch mit Vertretungsmacht für M.

### Anmerkungen:

1. Gesetz genau lesen: § 164 I 1 BGB spricht von einer Willenserklärung, „die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht“ im Namen des Vertretenen abgibt. Übernehmen Sie diesen Satz in Ihre Prüfung. Machen Sie keine halbgaren Sachen, indem Sie auswendig Gelerntes krampfhaft wiedergeben. Insbesondere die Formulierung „innerhalb der ihm zustehenden“ ist wichtig für die Prüfung von Sachverhalten, in denen eine Vertretungsmacht überschritten wird (zum Beispiel durch Kollusion wie in Fall 2). Daher nochmal: Schreiben Sie den Gesetzestext ab. Einfacher kann man einer Klausur oder Hausarbeit nicht juristisches Leben einhauchen.

2. Gesetz genau lesen und abschreiben, Gutachtenstil und Basiswissen Stellvertretung: Die Prüfung ist wurr, weil der Gutachtenstil nicht sauber ist. Der Obersatz ist schon grenzwertig (siehe oben), danach geht's steil

bergab. Folgender Verbesserungsvorschlag, indem ich einfach den Gesetzestext und den Sachverhalt abschreibe und umformuliere und die Prüfung um ein bisschen Basiswissen andicke:

„Schließlich müsste G auch innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht gehandelt haben, § 164 I 1 BGB. Es ist nicht ersichtlich, dass G kraft Gesetzes zur Vertretung des M befugt ist. M könnte G aber eine Vertretungsmacht durch Rechtsgeschäft [in der Regel durch Auftrag, §§ 662 ff. BGB], also eine Vollmacht im Sinne des § 166 II 1 BGB, erteilt haben. Die Erteilung der Vollmacht erfolgt nach § 167 I BGB durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigten [=G] oder dem Dritten [=B], dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll. M kontaktierte G und erklärte diesem, er möge mit B ein angemessenes Gehalt vereinbaren und im Rahmen seiner bestehenden Vollmacht den Dienstvertrag mit B abschließen. Aus Sicht des G war das Verhalten dahingehend zu verstehen, dass der M den G dazu bevollmächtigen wollte, den B einzustellen, §§ 133, 157 BGB. Damit hat M den G als den zu Bevollmächtigen durch Erklärung eine Innenvollmacht im Sinne des § 167 I Alt. 1 BGB erteilt.“ und so weiter.

3. Sachverhalt genau lesen, auswerten und abschreiben: Im Sachverhalt steht: „Zu dem Zeitpunkt, zu dem M und B den Dienstvertrag unterschreiben wollten, liegt M mit einer schweren Männergrippe im Bett. M kontaktiert G, damit dieser mit B ein angemessenes Gehalt vereinbare und im Rahmen seiner bestehenden Vollmacht den Vertrag abschliesse. M informiert B über diesen Umstand.“ Hier ist Vorsicht geboten. Die Vereinbarung zwischen M und G betrifft die Erteilung und den Inhalt der Innenvollmacht des G (vgl. § 167 I Alt. 1 BGB). Dass M den B über diesen Umstand (=nicht zu unterschätzende Erkrankung des M an der bösen Männergrippe, Erteilung einer Vollmacht zugunsten des G und Abschluss des Dienstvertrags mit B im Namen des schwer erkrankten M) in Kenntnis setzte, stellt gerade keine Außenvollmacht im Sinne des § 167 I Alt. 2 BGB dar („Die Erteilung der Vollmacht erfolgt durch Erklärung gegenüber [...] dem Dritten [=B], dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll.“), sondern eine bloße Kundgabe der bereits erteilten Innenvollmacht, vgl. § 171 I BGB. Hier ist vieles streitig, sodass ich an der Stelle auf die einschlägige Kommentarliteratur verweise. An diesem Prüfungspunkt stellt man die Weichen für eine möglicherweise noch kommende

Prüfung der Anfechtung (Stichwort: Anfechtung der ausgeübten Innenvollmacht; Anfechtung der kundgegebenen Innenvollmacht). Für solche Weichenstellungen bekommt man ein Gefühl, je sicherer man im materiellen Recht ist und je öfter man Klausuren liest, löst und schreibt.

### b. Zwischenergebnis

Folglich hat G alle Voraussetzungen für eine wirksame Stellvertretung iSd. §§ 164ff. BGB erfüllt, sodass die Willenserklärung des G gem. § 164 I 1 BGB für und gegen M wirksam ist. Ein Angebot des M lag somit vor.

#### Anmerkungen:

Sie merken hoffentlich schon, worauf ich hinauswill: Nah am Gesetz arbeiten! Aus § 164 I 1 BGB lässt sich herauschreiben, dass die Willenserklärung des G unmittelbar für und gegen M wirkt – nicht, dass sie für und gegen M wirksam ist.

### c. Annahme des B

Dieses Angebot müsste B auch angenommen haben. Die Annahme ist eine grds. empfangsbedürftige Willenserklärung, die dem anderen das vorbehaltlose Einverständnis mit dem angetragenen Angebot erklärt. Vorliegend hat B den Vertrag unterschrieben. Damit hat er sich vorbehaltlos mit dem angetragenen Angebot einverstanden erklärt. Folglich liegt eine Annahme des B vor.

#### Anmerkungen:

Am Gesetz arbeiten! Die Annahme ist zwar nicht legaldefiniert, wird aber in §§ 147 ff. BGB vorausgesetzt und ein Stück weit geregelt. Und diese Regelungen kann man wunderbar in die eigene Prüfung einbauen. So heißt es beispielsweise in § 147 I 1 BGB, dass der einem Anwesenden gemachte Antrag nur sofort angenommen werden kann – was B ja gemacht hat. Abschreiben und weiter.

### 2. Zwischenergebnis

Damit ist ein wirksamer Dienstvertrag zwischen M und B geschlossen worden.

### II. Anspruch untergegangen

Der Anspruch könnte jedoch gem. § 142 I BGB untergegangen sein, wenn er wirksam von M angefochten wurde. Dies setzt einen tauglichen Anfechtungsgrund, der

gegenüber dem richtigen Anfechtungsgegner innerhalb der Anfechtungsfrist erklärt wurde, voraus.

**Anmerkung:**

Basiswissen: Die Prüfung kann man etwas ausschmücken, indem man erwähnt, dass ein Anspruch untergeht, wenn ihm eine rechtsvernichtende Einwendung entgegensteht. Als solch eine rechtsvernichtende Einwendung [und zugleich Gestaltungsrecht] könnte eine Anfechtung in Betracht kommen, § 142 I BGB (Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen.)

**1. Anfechtungsgrund**

Zunächst bedarf es eines Anfechtungsgrundes aufgrund eines Irrtums gem. §§ 119 bis 120 BGB oder aufgrund einer Täuschung oder Drohung iSd. § 123 BGB. In Betracht kommt hier der Eigenschaftsirrtum nach § 119 II BGB und die arglistige Täuschung nach § 123 I Alt. 1 BGB.

**a. Eigenschaftsirrtum, § 119 II BGB**

Zunächst kommt ein Eigenschaftsirrtum in Betracht. Ein Eigenschaftsirrtum gem. § 119 II BGB liegt vor, wenn der Erklärende über eine verkehrswesentliche Eigenschaft einer Person oder Sache irrt. Eine verkehrswesentliche Eigenschaft sind alle wertbildenden und charakteristischen Faktoren, die einer Person oder Sache für eine gewisse Dauer anhaften und wesentlich für den Schluss des Vertrages sind. Vorliegend irrt M über die Lese- und Schreibkompetenz des B. Dies ist für den Beruf eines Sekretärs jedoch elementar und damit für den Vertragsschluss von elementarer Bedeutung. Hier dachte M weiterhin, dass B diese Eigenschaft besitze. Folglich irrte M über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des B.

**Anmerkungen:**

1. Strittig ist, wie man die Verkehrswesentlichkeit bestimmt. Dieser Streit hätte hier wohl dargestellt aber nicht entschieden werden müssen, da die Auffassungen (in extremo Bestimmung der Verkehrswesentlichkeit nach subjektiven Kriterien vs. Bestimmung der Verkehrswesentlichkeit nach objektiven Kriterien vs. eine vermittelnde Ansicht) wohl zu demselben Ergebnis gelangen dürften. Dass B als Sekretär Lesen und Schreiben können muss, dürfte sowohl im

Bewerbungsgespräch, bei den Vertragsverhandlungen, beim Vertragsschluss bzw. nach dem Inhalt des zu vereinbarenden Dienstvertrags/Arbeitsvertrags als auch nach der Verkehrsanschauung elementar gewesen sein. Detailwissen zu diesem Streit dürfte allerdings nicht von den Erstis verlangt werden. Wichtig ist im 1. Semester erst einmal, dass man das Problem (er) kennt, richtig verortet und ein paar Argumente findet, die den persönlichen Lösungsweg („Bauchgefühl“) stützen. Sie sollen ja letztendlich zu eigenständig denkenden Menschen geschult werden und nicht zu stumpfen Subsumtionsautomaten. Die Fähigkeiten am argumentativ-methodischen Hochreck sollten dann mit den folgenden Semestern stetig verbessert werden.

2. Grundlagenwissen und vertieftes Wissen: Hier hätten auch § 166 I BGB sowie § 166 II BGB (analog) erörtert werden können/müssen. Hier ist im Einzelnen vieles sehr umstritten, sodass ich auch an dieser Stelle auf die einschlägige Kommentarliteratur verweise. Im Ergebnis dürften die Anforderungen bei den Prüfungen der §§ 166 I, 166 II BGB (analog) nicht all zu hoch gewesen sein.

**b. Arglistige Täuschung, § 123 I Alt. 1 BGB**

Weiterhin kommt der Anfechtungsgrund der arglistigen Täuschung in Betracht. Dazu müsste M von B getäuscht worden sein. Eine Täuschung ist das Hervorrufen, Steigern oder Aufrechterhalten einer Fehlvorstellung über Tatsachen. Vorliegend hat B behauptet Lesen und Schreiben zu können. Damit hat er bei M eine falsche Tatsache hervorgerufen. Folglich hat er M über eine Tatsache getäuscht. Dies müsste er auch in Kenntnis der Unrichtigkeit, also arglistig gehandelt haben. B wusste, dass er log. Folglich täuschte er M auch arglistig.

Weiterhin müsste diese Täuschung auch kausal für die Willenserklärung des M gewesen sein. Problematisch erscheint, dass nicht M sondern G die Erklärung abgab und dieser Kenntnis der wahren Umstände hatte. Gemäß § 166 I BGB ist bzgl. Wissens- und Willensmängeln grds. die Person des Vertreters, also G relevant. Da G jedoch nach gewissen Weisungen des M handelte kommt § 166 II BGB in Betracht, nach welchem bei Weisungen die Kenntnis des Geschäftsherrn, also M, maßgeblich ist. Dieser umfasst jedoch nur die Konstellation des wissenden Geschäftsherrn und des unwissenden Vertreters. Bei einer Täuschung iSd.

§ 123 I BGB ist nach allgemeiner Auffassung der § 166 II BGB erweiternd auszulegen, sodass sich der Geschäftsherr M auf seine Unkenntnis berufen kann. Folglich ist in diesem Fall ausnahmsweise die Unkenntnis des M maßgeblich, sodass ein tauglicher Anfechtungsgrund vorliegt und M die von G abgegebene Willenserklärung anfechten kann.

**Anmerkung:**

Gut ist, dass §§ 166 I, II BGB erkannt wurden. Hier dürfte wohl auch die Anwendbarkeit des § 166 II BGB (analog) auf § 123 I BGB diskutiert werden müssen. Ein Verweis auf eine allgemeine Auffassung oder herrschende Ansicht erspart die hier nötige Argumentation nicht. Ich erspare euch den zugrundeliegenden Streit und verweise stattdessen auf die einschlägige Kommentarliteratur.

**2. Anfechtungserklärung, § 143 I BGB**

Weiterhin müsste M seine Anfechtung auch iSd. § 143 I BGB erklärt haben. Dies setzt voraus, dass M erklärte, dass er sich nicht oder nicht mehr an die Willenserklärung oder den Vertrag gebunden fühlt aufgrund eines Willensmangels. Vorliegend erklärte M, dass der Vertrag null und nichtig sei. Damit erklärte er ausdrücklich, dass er sich nicht mehr an den Vertrag gebunden fühlt. Folglich hat er seine Anfechtung iSd. § 143 I BGB erklärt.

**Anmerkung:**

Die Prüfung ist im Wesentlichen in Ordnung. Wenn sich im Sachverhalt umgangssprachliche Ausdrücke („null und nichtig“) wiederfinden, so sollten diese – wie hier geschehen – kurz ausgelegt werden.

**3. Anfechtungsgegner, § 143 II BGB**

Zudem müsste er seine Anfechtung auch gegenüber dem richtigen Anfechtungsgegner erklärt haben. Dies ist bei Verträgen gem. § 143 II BGB der andere Teil des Vertrages. M erklärte seine Anfechtung gegenüber B. Dieser ist der andere Teil des Vertrages und somit der richtige Anfechtungsgegner.

**4. Anfechtungsfrist, § 124 BGB**

Schließlich müsste M auch innerhalb der Anfechtungsfrist den Vertrag angefochten haben. Bei arglistiger Täuschung gem. § 123 I Alt. 1 BGB bestimmt sich die Anfechtungsfrist nach § 124 BGB, also einer Jahresfrist. Vorliegend hat M

unverzüglich nach Kenntnis der Täuschung angefochten. Damit hat er seine Anfechtung innerhalb der Jahresfrist abgegeben. Folglich erfolgte die Anfechtung auch innerhalb der Anfechtungsfrist.

**Anmerkung:**

Genau zitieren: § 124 BGB hat drei Absätze. Hier sind lediglich Absatz 1 sowie Absatz 2 Satz 1 wichtig.

**5. Zwischenergebnis**

Folglich hat M den Dienstvertrag wirksam angefochten, sodass dieser gem. § 142 I BGB ex tunc nichtig ist.

**C. Ergebnis**

Damit hat B keinen Anspruch auf Vergütung Zug um Zug gegen Leistung der versprochenen Dienste aus seinem Dienstvertrag gem. § 611 BGB gegen M.

**Fall 2**

**A. Anspruch des L**

L könnte einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung des Mercedes GLS SUV Zug um Zug gegen Kaufpreiszahlung iHv 60.000 € gem. § 433 I 1 BGB gegen M haben.

**Anmerkung:** So soll ein Obersatz sein!

**I. Kaufvertrag § 433 BGB**

**Anmerkung:**

Denken Sie stets an die dreiteilige Anspruchsprüfung.

Zunächst bedarf es eines wirksamen Kaufvertrages zwischen L und M gem. § 433 BGB.

**Anmerkung:**

Nicht gemäß § 433 BGB, sondern im Sinne des § 433 BGB. Siehe oben.

Dazu müssten L und M sich geeinigt haben. M hat jedoch keinerlei Erklärung gegenüber L abgegeben. Indes haben sich A und L über den Kauf des Mercedes GLS SUV geeinigt. Die Erklärung des A könnte gem. § 164 I 1 BGB für und gegen M wirksam sein, wenn dieser wirksam von A iSd. §§ 164ff. BGB vertreten worden ist.

### 1. Eigene Willenserklärung des A

Zunächst müsste A eine eigene Willenserklärung abgegeben haben und nicht bloß Bote gewesen sein. Vorliegend hatte A Entscheidungsspielraum hinsichtlich des Kaufpreises und des eigentlichen Vertragsschlusses. Folglich hat A eine eigene Willenserklärung zum Vertragsschluss mit L abgegeben.

#### Anmerkung:

Klausurtechnik: Hier ist durchaus vertretbar die Prüfung kurz zu halten, da eben diese Prüfung im Rahmen der Stellvertretung in Fall 1 ausführlicher geprüft wurde. Spart Zeit, Stress und Energie. Sie werden mit der Zeit ein Gefühl entwickeln (müssen), wann und wo Ausführungen kürzer gehalten (abgekürzter Gutachtenstil, Urteilsstil) werden können.

### 2. In fremden Namen

A müsste weiterhin in fremden Namen gehandelt haben. Vorliegend hat A dies nicht ausdrücklich erklärt, jedoch handelt es sich bei dem Geschäft zwischen A und L um ein unternehmensbezogenes Rechtsgeschäft, da A Angestellter des M ist. Somit war für L ersichtlich, dass A den Vertragsschluss nicht in seinem, sondern im Namen des M wollte. Folglich handelte A in fremden Namen.

#### Anmerkung:

Basiswissen: Die Ausführungen zum Offenkundigkeitsprinzip können kurzgehalten werden. Etwas ausführlicher hingegen hätte das sog. unternehmensbezogene Geschäft erörtert werden müssen, da es sich hierbei um eine gewisse Besonderheit im Rahmen der Stellvertretung handelt.

### 3. Mit Vertretungsmacht für M

Schließlich müsste A mit Vertretungsmacht gehandelt haben. Die Vertretungsmacht ist die Befugnis, einen anderen wirksam zu vertreten und für diesen mit verbindlicher Wirkung Willenserklärungen abzugeben und entgegen zu nehmen. In Betracht kommt hier die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht iSd. § 166 II 1 BGB in Form der Vollmacht. Hier erklärte M dem A, dass dieser bevollmächtigt sei, Gebrauchtwagen zu verkaufen und auch über den Preis zu verhandeln. Damit erklärte er ihm eine Innenvollmacht iSd. § 167 I Alt. 1 BGB. A müsste auch im Rahmen der Vollmacht gehandelt haben. Den Umfang bestimmt grds. der

Vollmachtgeber. Vorliegend war A zu Verkäufen und Preisverhandlungen bevollmächtigt. Damit handelte er bei der Einigung mit L innerhalb seiner Vertretungsmacht. Folglich handelte A auch mit Vertretungsmacht.

#### Anmerkung:

Klausurtechnik und Basiswissen: Die Ausführungen zur (unproblematisch vorliegenden und im Übrigen sonst keine Rolle spielenden) Vollmacht sind zu ausführlich. Das Problem der Kollusion von A und L als Fall des Missbrauchs der Vertretungsmacht wurde leider übersehen. Das kann am fehlenden materiellrechtlichen Wissen, an Zeitnot und/oder einer Kurzschlussreaktion im Hinblick auf die hohen Zahlen gelegen haben. Mein Tipp: Wenn man merkt, dass sich beim Lesen des Falls ein Störgefühl und/oder Panik breitmacht, paarmal tief durchatmen, Stift ablegen und sich mehrmals fragen, ob einen das, was man gleich runterschreiben will, wirklich überzeugt (in der Regel hat man diese Frage bereits in der Lösungsskizze beantwortet). Und das dürfte bei der anschließenden Prüfung des § 138 BGB wohl nicht der Fall gewesen sein. Aber nach einer Kurzschlussreaktion und unter Zeitdruck zieht man dann schon mal eine eher suboptimale Lösung durch. Been there, done that. Aus so einem Fehler lernt man dann :-).

### 4. Zwischenergebnis

Folglich wirkt die Einigung für und gegen M gem. § 164 I 1 BGB, da A ihn wirksam vertrat iSd. §§ 164ff. BGB. Ein Kaufvertrag wurde geschlossen.

### II. Wirksamkeit der Einigung

Die Einigung könnte jedoch gem. § 138 I BGB nichtig sein, wenn sie gegen die guten Sitten verstößt. In Betracht kommt Sittenwidrigkeit aufgrund eines wucherähnlichen Geschäfts. Dazu müsste als objektive Voraussetzung ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegen. Ein Missverhältnis liegt vor, wenn die Höhe der Gegenleistung den Wert der Leistung über- oder unterschreitet. Vorliegend verkauft A den Wagen für 60.000 €, obwohl der Marktpreis 70.000 € betrug. Folglich liegt ein Missverhältnis vor. Dieses müsste auch auffällig sein. Dies ist der Fall, wenn die Gegenleistung den Wert der Leistung um 100% über- oder unterschreitet. Hier unterschreitet der Verkaufspreis den marktüblichen Preis um 10.000. Damit unterschreitet er diesen nicht um 100%.

Folglich liegt kein wucherähnliches Geschäft mangels auffälligen Missverhältnisses vor.

## B. Ergebnis

Anspruch des L gegen M besteht.

### **Fazit:**

Das Aneignen des nötigen Wissens und dessen Anwendung in Rahmen von Klausuren sind zwei verschiedene Paar Schuhe. Während es für ersteres vielfältige Lernmethoden gibt, hilft bei letzterem nur der wiederholte Sprung ins kalte Wasser und eine harte, aber herzliche Reflexion der eigenen Leistungen. Hierbei hilft, die eigene Lösung unter Zuhilfenahme der Musterlösung, der Kommentarliteratur und der Rechtsprechung gewissenhaft aufzuarbeiten und eine persönliche 18-Punkte-Lösung niederzuschreiben. Auch wenn es sicherlich angenehmer ist, aus fremden Fehlern zu lernen, so ist unumgänglich, die eigenen Fehler zu analysieren, Ursachenforschung zu betreiben und nach Möglichkeiten zu suchen, diese Fehler zu korrigieren oder zu minimieren. Ich bin mir sicher, dass Sie feststellen werden, dass Sie viele Fehler wiederholt haben und dass Sie einen nicht unerheblichen Teil dieser Fehler mit relativ geringem Aufwand vermeiden können. Probieren Sie es aus. Übung macht den/die Meister\*in.

## „Im Namen des Volkes ergeht folgendes Urteil...“ – Warum sich Gerichtsbesuche während des Studiums lohnen

Dipl. Jur. Marie Kösterke

Der Saal des Schwurgerichts ist hell erleuchtet und fast bis auf den letzten Platz besetzt. Vertreter<sup>1</sup> der Presse sind da, mit Kameras und Notizblöcken. Daneben ein paar ältere Herren in Hemden und Hüten, die sich fast jeden Prozess ansehen und die Justizwachtmeister begrüßen wie Stammtischkollegen. Und dazwischen man selbst, damals noch Jurastudentin, die sich in der vorlesungsfreien Zeit mal ein größeres, spannendes Gerichtsverfahren anschauen möchte.

Bis dahin hatte man in den ersten Semestern im Strafrecht schon eine Menge gelernt. Wie ein Erlaubnistatbestandsirrtum zu behandeln ist, was es mit dem Katzenkönig auf sich hat, wie man zwischen Raub und räuberischer Erpressung unterscheidet und was genau eigentlich eine Urkunde ausmacht. Man konnte bereits stumpf subsumieren, ob „T die auf der Arglosigkeit des O beruhende Wehrlosigkeit bewusst zur Tötung ausnutzte“ oder ob „die Tötungshandlung als Mittel zur Begehung weiteren kriminellen Unrechts dienen“ sollte. In der Theorie hatte man also bereits einige Fälle geübt und gelöst und war nun gespannt auf die juristischen Fragen, Problemstellungen und Kniffe, die ein richtiger Prozess an den Tag bringen könnte.

Angeklagt in diesem medienwirksamen Fall<sup>2</sup> ist ein Familienvater, der mit Frau und Kind ein Haus bewohnte, das an eine dazugehörige Autowerkstatt grenzte. Das Grundstück war in der Tatnacht von einer Gruppe junger Männer ausgewählt worden, die sich als Gelegenheitsdiebe durchschlugen und dort Beute machen wollten. Der Angeklagte und seine Frau wurden auf die Männer aufmerksam, sie hatten große Angst um sich und ihr gemeinsames Kleinkind. Daraufhin wählte der Angeklagte eine Waffe aus dem sich im Wohnhaus befindlichen Waffenschrank und öffnete die Haustür. Er sah zwei der Einbrecher, die wegen des plötzlichen Lichts und der gemachten Geräusche die Flucht ergriffen. Der Angeklagte schoss und traf einen der Einbrecher von hinten in den Rücken. Der 18-Jährige verstarb. Der Angeklagte rief selbst die Polizei und lieferte

freiwillig die Videos der Überwachungskameras, die sich auf dem Grundstück befanden.

Wie ein bössartiger, gefährlicher Mensch, dem man in jedem Fall zutrauen würde, einen anderen Menschen zu töten, sieht der Angeklagte nicht aus. Klein, unglücklich und etwas unsicher wirkt er zwischen seinen drei Verteidigern, die auch den Medien Rede und Antwort stehen und im Prozess auf Notwehr plädieren. Unglücklich und gebrochen wirken auch die Eltern des getöteten 18-Jährigen, die als Nebenkläger auftreten. Mehrmals müssen sie und die anderen Anwesenden auf den Videoaufzeichnungen mit ansehen, was in der Tatnacht auf dem Grundstück geschah. Neben den Aussagen im Prozess helfen auch genau diese Aufnahmen nachzuvollziehen, was faktisch passiert war. Dadurch geht es im Endeffekt tatsächlich vor allem um die spannende Frage, ob der Angeklagte den Einbrecher in Notwehr erschossen hat, was genau die Voraussetzungen dafür sind und inwiefern hier die Gesamtumstände für bzw. gegen eine Notwehr sprechen könnten.

Dies ist mit mehr Leben gefüllt als jeder Klausurfall. Besonders in den zusammenfassenden, verschiedensten Schlussplädoyers hänge ich an den Lippen der insgesamt vier Anwälte. Sie beleuchten einzelne Punkte, die ihnen besonders wichtig sind, betrachten die Gesamtumstände und bringen dabei alle überzeugende Argumente vor. Warum der Angeklagte verurteilt werden sollte. Warum er freigesprochen werden sollte. Ich schwanke zwischen den polarisierenden Forderungen und Aussagen der Anwälte und bin beeindruckt von der Art und Weise, wie sie sich für ihren jeweiligen Mandanten einsetzen. Ich versuche, die ganze Zeit am Ball zu bleiben und überlege gleichzeitig, wie ich mich entscheiden würde. In einer Klausur und in einer Gerichtsverhandlung. Auf rein rechtlicher, auf rein menschlicher Basis sowie in Kombination beider Punkte. Das Urteil lautet am Ende drei Jahre Haft wegen Totschlags in einem minder schweren Fall, §§ 212 Abs. 1, 213 StGB. Das Schwurgericht lehnt damit im Ergebnis eine Notwehr ab.

<sup>1</sup> Aus Gründen der Lesbarkeit wurde im Text die männliche Form gewählt; alle Angaben beziehen sich nichtsdestotrotz auf Angehörige aller Geschlechter.

<sup>2</sup> Die Beschreibung des Falles beruht auf einem Gedächtnisprotokoll, gestützt durch verschiedene Berichte aus Tageszeitungen.

Am meisten aber beeindruckt die Urteilsbegründung des Vorsitzenden Richters des Schwurgerichts. In für alle Anwesenden verständlichen Worten erklärt er dem Angeklagten, warum dieser nicht mehr in Notwehr handelte, obwohl er seine Familie schützen wollte. Den Nebenklägern, warum der Tod ihres Sohnes nur ein „minder schwerer Fall“ ist. Er tut dies in einer juristisch korrekten und gleichzeitig aber auch so menschlichen Art und Weise, die in ihrer Kombination nachhaltig beeindruckend ist und absolut als Vorbild dienen kann.

Und ich als Jurastudentin gehe mit dem nachwirkenden Gefühl nachhause, dass es um mehr geht als nur darum, in einem Fall auf dem Papier stumpf festzustellen, wie sich T strafbar machte, als er den O niederschoss und dieser verstarb. Dass es oftmals spannende juristische Fragen zu lösen gilt, die natürlich zunächst jahrelang in der Theorie gelernt werden müssen. Dass man sich aber auch immer wieder klar machen muss, dass es in der Hauptsache um Menschen geht. Und dass es dabei oftmals keine Gewinner gibt, sondern nur Verlierer.

Um ein guter Jurist zu sein, ist Empathie mindestens genauso wichtig wie das juristische Wissen und Handwerkszeug. Um ein guter Jurist zu werden, können Gerichtsbesuche wie solche nur empfohlen werden.

## Vier Jahre Hanover Law Review – Ein Rückblick

stud. iur. Finja Maasjost & stud. iur. Patricia Meinking

Um es mit den Worten unseres Vorgängers – Dr. Tim Brockmann – zu sagen<sup>1</sup>: Nach nun etwas mehr als vier Jahren Hanover Law Review e.V. werden im Januar 2022 bei der ordentlichen Mitgliederversammlung Ämter (wieder) neu verteilt, strategische Entscheidungen getroffen und Beschlüsse gefasst werden. Ein geeigneter Anlass, die letzten 24 Monate der Hanover Law Review, die seit der Übernahme der Schriftleitung durch uns vergangen sind, schriftlich Revue passieren zu lassen.

### Unser Anfang

Die Entscheidung, für das Amt der Schriftleitung zu kandidieren, trafen wir im Herbst 2019 – damals noch auf etwas wackligen Beinen. Die Frage, ob wir dem Amt gewachsen waren, plagte uns zu Beginn recht häufig und sogar in unsere Amtsperiode hinein. Tim Brockmann hinterließ große Fußspuren. Doch uns war klar: Wir wollten die Hanover Law Review weiter voranbringen.

In unser Amt wurden wir im Februar 2020 und damit kurz vor der Pandemie gewählt, die uns vor unerwartete Herausforderungen stellen sollte. Das Nichtstattfinden von Verteilaktionen warf insbesondere die Frage auf, wie wir mit unseren Veröffentlichungen immer noch eine große Reichweite finden sollten. Wir stellten auf weniger Druckexemplare um und verlagerten vorübergehend den Schwerpunkt auf unser Onlineangebot.

Die Pandemie hatte jedoch auch den fehlenden persönlichen Kontakt zu unseren Redaktionsmitgliedern und zu unseren AutorInnen zur Folge. Zwar kam uns vor diesem Hintergrund zugute, dass unsere Redaktion bereits weitgehend über Onlineplattformen kommunizierte und wir unsere Arbeit schon immer gut von Zuhause machen konnten. So konnten wir nahtlos in die Remote Arbeit übergehen. Nichtsdestotrotz waren sich Redaktion und AutorInnen so fern wie noch nie. Persönliche Treffen und Gespräche mussten bis auf weiteres verschoben werden, Events wie das Sommerfest des Vereins oder die Weihnachtsfeier der Redaktion fanden nicht statt.

Trotzdem gelang es uns, die Redaktionsarbeit aufrechtzuerhalten und die Zeitschrift mit Leben zu füllen.

### Zeitschrift

Das Konzept der Hanover Law Review geht auch nach vier Jahren noch auf. 2017 durch einige Studierende und einen wissenschaftlichen Mitarbeiter an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität gegründet,<sup>2</sup> erfreut sich die Zeitschrift immer größerer Beliebtheit. Das zeigt nicht zuletzt die gewachsene Anzahl an Redaktionsmitgliedern. Ende 2019 lag diese bei ca. 20, mittlerweile haben wir etwas über 40 engagierte Leute in unserer Redaktion, die noch immer Teamfähigkeit, Belastbarkeit und ehrenamtliches Engagement an den Tag legen. Gerade durch ihren Einsatz konnten wir das Projekt am Leben halten und sogar weiter voranbringen.

Die Zeitschrift wird dank finanzieller Unterstützung durch unsere Fördermitglieder noch immer kostenlos angeboten. Besonderen Dank möchten wir an dieser Stelle Rechtsanwalt Wolfgang Stannek, dem Fachschaftsrat Jura Hannover, Richter am Niedersächsischen Finanzgericht Dr. Thomas Keß, der Kanzlei Pfeiffer/von der Heyde, Rechtsanwältin und Notarin Dr. Sven Hasenstab, Prof. Dr. Christian Wolf, Richterin am Verwaltungsgericht Dr. Nassim Eslami, MLP, Clifford Chance LLP, Taylor Wessing, Graf von Westphalen, Göhmann Rechtsanwälte Notare sowie der Kanzlei KSB Intax v. Bismarck PartGmbH aussprechen. Durch ihre Unterstützung ist es uns möglich, unsere Druckexemplare bei Verteilaktionen unentgeltlich an die Studierenden zu bringen. Die Nachfragen bei Redaktionsmitgliedern, wann unsere Verteilaktionen endlich wieder stattfinden können, beweisen noch immer bestehendes Interesse.

### Unsere Inhalte

Mit der Übernahme der Schriftleitung stellten wir uns die Frage, wie wir die Zeitschrift inhaltlich ausgestalten wollten. Außer Frage stand, dass wir die bisherigen Inhalte beibehalten würden, wozu unsere Rechtsprechungsübersichten, Aufsätze und Lernbeiträge, die gutachterlichen Entscheidungsanmerkungen sowie Studienpraxis- und Variabeiträge gehören. Gerade durch sie hat die Hanover Law Review ihre Rolle als studienrelevante Lernhilfe und identitätsstiftende Zeitschrift gefunden.

Nichtsdestoweniger wollten wir aber auch den Abstand

<sup>1</sup> Siehe Brockmann, Zwei Jahre Hanover Law Review – cui bono?, HanLR 2019, 328 (328).

<sup>2</sup> Ausf. zu den Anfängen der Zeitschrift Brockmann (Fn. 1), HanLR 2019, 328 (328).

zwischen Schriftleitung und AutorInnen verringern und dadurch mehr Studierende animieren, sich unabhängig ihrer Noten bei uns als AutorIn oder Redaktionsmitglied zu engagieren. Denn ein Projekt wie die Hanover Law Review lebt vielmehr von Ehrenamt und Eigeninitiative als von guten Noten auf einem Blatt Papier. Zu diesem Zweck wollten wir der Schriftleitung ein Gesicht geben. Denn am Ende sind auch wir nichts weiter als ideengefüllte Studierende. So druckten wir – bis dahin unüblich – mit unserem ersten Editorial in der zweiten Ausgabe 2020 ein Bild von uns.<sup>3</sup> Daneben setzten wir die Mindestpunktzahl für die Veröffentlichung von Studienpraxisbeiträgen von 14 auf 12 Punkte herab und veröffentlichten sogar erstmals eine 5-Punkte-Klausur, die mithilfe von zusätzlichen Korrekturanmerkungen umso mehr als Lernhilfe dienen soll.<sup>4</sup>

Erfreulicherweise stammen immer mehr Beiträge und Klausuren auch von außerhalb der Redaktion stehenden AutorInnen. Sogar Studierende anderer Universitäten haben die Zeitschrift mittlerweile mit einigen Beiträgen bereichert. Ein großer Dank gebührt daher allen AutorInnen, die auf uns zugekommen sind und bereit waren, in der Hanover Law Review zu veröffentlichen.

Nichtsdestoweniger gilt folgenden Sachverhalts-erstellenden herzlicher Dank für das Einverständnis in die Veröffentlichung: Prof. Dr. Christian Becker, Prof. Dr. Petra Buck-Heeb, Prof. Dr. Hermann Butzer, Prof. Dr. Jan Eichelberger, LL.M. oec., Prof. Dr. Sönke Florian Gerhold<sup>5</sup>, Prof. Dr. Christian Heinze, LL.M., Dr. Manuel Ladiges, Prof. Dr. Jan Lüttringhaus, Prof. Dr. Stephan Meder, Prof. Dr. Veith Mehde, Dr. Erol Pohlreich, Prof. Dr. Roland Schwarze, Prof. Dr. Felipe Temming, LL.M. (LSE) und Prof. Dr. Sascha Ziemann. Nur durch das Vertrauen unserer Unterstützer kann die Hanover Law Review die Lernhilfe sein, die sie ist. Daher möchten wir auch Prof. Dr. Sascha Ziemann und stud. iur. Hannah Hölzen, Prof. Dr. Hermann Butzer und stud. iur. Daniel Müller sowie Dipl. Jur. David Faber, LL.M. herzlich für die Erstellung der Rechtsprechungsübersichten danken.

Besonderer Dank gilt auch Dipl. Jur. Marie Kösterke, Dipl. Jur. Robin Alexander Kunze, Dipl. Jur. Marius Mesenbrink, Dipl. Jur. Maximilian Nussbaum, Dr. Patrick Christian Otto, Ass. Jur. Daniela Sprengel und Dipl. Jur. Joris Wendorf, die uns in den vergangenen 24 Monaten tatkräftig mit Aufsätzen unterstützten und so das Angebot der Hanover Law

Review abrundeten. Und nicht zuletzt möchten wir Prof. Dr. Volker Epping, Prof. Dr. Bernd H. Oppermann, LL.M. (UCLA) und Prof. Dr. Roland Schwarze dafür danken, dass sie die Zeitschrift an der ein oder anderen Stelle mit einem Geleit- oder Eröffnungswort füllten.

### Vereinsleben

Neben den ca. 40 festen Redaktionsmitgliedern gibt es etwa 70 Vereinsmitglieder, die slowly, but steady eine Vereinskultur mit Sommerfesten, Weihnachtsmarktbesuchen, Grillabenden und Mitgliederversammlungen aufgebaut haben und noch immer aufbauen. Die Pandemie hat zwar für einen langsameren Wachstum gesorgt, als wir ihn uns erhofft hatten. Nichtsdestotrotz ließen sich unsere Vereinsmitglieder nicht beirren und machten das Beste daraus.

Der Hanover Law Review e.V. ist noch immer stolz darauf, unpolitisch, überparteilich und neutral zu sein. Er hat sich dafür entschieden, sich auf fachliche Ziele zu beschränken und keine sozialen oder politischen Ziele zu verfolgen, kundzutun oder zu unterstützen.<sup>6</sup> Die Trennung von ausbildungsrelevanten Themen und Politik und Gesellschaft fällt an der ein oder anderen Stelle immer wieder schwer, gelingt jedoch in der Gesamtschau.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass der Verein jederzeit offen für Neuzugänge jeden Semesters ist. Wer Interesse am Projekt hat und sich mit dem Motto „Lernen, Lehren & Veröffentlichen“ identifizieren kann, kann Kontakt aufnehmen und sich jederzeit einbringen – sei es im Verein, in der Redaktion oder als AutorIn mit einem Beitrag.

### Ausblick

Die Hanover Law Review und insbesondere die hinter ihr stehende Redaktion beweisen Teamfähigkeit, Verantwortung und die Bereitschaft, anderen ohne Gegenleistung zu helfen. Auch die letzten 24 Monate zeigen ein weiteres Mal den Erfolg der Zeitschrift. Wir wünschen ihr auch in Zukunft, dass sie sich breiter Beliebtheit und großen Engagements erfreut und t. Und hoffen, dass sie sich und ihrer Neutralität treu bleibt.

Wir sind stolz, in den letzten zwei Jahren als Schriftleitung einen Beitrag geleistet und den Posten von Tim Brockmann erfolgreich übernommen zu haben. Es hat uns Spaß gemacht, kreative Ideen beizusteuern und die Hanover

<sup>3</sup> Einsehbar in *Maasjost/Meinking*, Ein Paukenschlag der 20er, HanLR 2/2020.

<sup>4</sup> Erstmals in *Meinking/Orlowski*, Klausurstrategien Teil I – Zivilrechtsexamensklausur, 5 Punkte, HanLR 2021, 191ff.; herzlicher Dank gebührt an dieser Stelle Ass. Jur. Bastian Orlowski, LL.M., der sich ohne Zögern bereit erklärte, die Korrekturanmerkungen zu übernehmen, sowie Prof. Dr. Roland Schwarze, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts für diese Pilotprojekt einverstanden erklärte.

<sup>5</sup> Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Medienstrafrecht und Strafvollzugsrecht an der Universität Bremen.

<sup>6</sup> Wortwahl angelehnt an *Brockmann* (Fn. 1), HanLR 2019, 328 (329).

Law Review zwei Jahre mit Inhalten zu füllen. Wir blicken ihrer Zukunft voller Hoffnung entgegen und freuen uns, im nächsten Jahr unsere NachfolgerInnen in den Job einzuarbeiten.

*Finja Maasjost & Patricia Meinking*



# HANOVER LAW REVIEW