

HANOVER LAW REVIEW

ISSN: 2568-6550

Editorial	Julia Brandt & Marie-Christin Runkel	Warum Jura?
Lernbeitrag	Dominik Knocke	Prüfungsrelevante Änderungen: Ein Überblick über das MoPeG (Gesetz zur Modernisierung von Personengesellschaften)
Entscheidungen	Aron Rössig	Verbrauchsgüterkauf durch Einzelkaufmann zu privaten Zwecken – VIII ZR 187/20
	Nils Grimmig	Verpflichtende Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks – 1 BvR 1187/17
	Dominik Stanislavchuk & Nils Grimmig	Schlägerei mit tödlichem Ausgang – 1 StR 368/19
Studienpraxis & Fallbearbeitung	Johanna Lange	Hausarbeit in der Übung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene, 13 Punkte
	Clara Parusel	Kurzarbeit in der Übung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene, 13 Punkte
	Katharina Hinz	Klausur im Strafrecht Grundkurs II, 16 Punkte
Varia	Victoria Fricke & Stefan Kaufhold	Lernstrategien – Ein Wegweiser. Teil 1: Der Rahmen.

Seiten 187 bis 192

Kurz & Knapp

Mit aktueller Rechtsprechungsübersicht zu allen drei Rechtsgebieten!

Heft 3/2022, Seiten 141 bis 224

www.hanoverlawreview.de



Dein Karrierestart

Wir suchen Dich (m/w/d) für unser Team.
Bewirb Dich – 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



KSB INTAX
Rechtsanwälte
Wirtschaftsprüfer
Steuerberater
Notare

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

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)
Rigistraße 9
12277 Berlin

ZITIERVORSCHLAG

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

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

KONZEPT, SATZ & DESIGN

Dr. Tim Brockmann
Jari Kohne
Oliver Marks

KONTAKT

redaktion@hanoverlawreview.de

REDAKTION

Schriftleitung
Jari Kohne
Oliver Marks
Hanover Law Review e.V.
Königsworther Platz 1
30167 Hannover
Postfach 32

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Redaktion:

Alrun Meyer, Amani Mehdawi (Redaktionsleitung Strafrecht), Anika Brämer, Anna Bredemeier, Aron Rössig, Btissam Boulakhrif, Celina Weddige, Dominik Stanislavchuk, Eric Scheu, Henrik Wichmann (Redaktionsleitung Öffentliches Recht), Jasmin Wulf (Redaktionsleitung Öffentliches Recht), Johanna Lange, Jolanda Fiss, Julia Brandt (Redaktionsleitung Zivilrecht), Kevin Schmolowski, Laura Schlunk, Marie-Christin Runkel (Redaktionsleitung Zivilrecht), Nathalie Hamm (Redaktionsleitung Strafrecht), Nils Grimmig, Patrick Glatz, Patrick Semrau, Raja Mudrak, Roman-Hendrik Wilms, Simon Weber, Sina John, Sophia Mustafoska, Tim Nix.

WISSENSCHAFTLICHER BEIRAT

Prof. Dr. Timo Rademacher, M.Jur (Oxford)
Prof. Dr. Christian Wolf
Prof. Dr. Sascha Ziemann

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.

UNTERSTÜTZERINNEN UND UNTERSTÜTZER

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

Prof. Dr. Susanne Beck, LL.M.,
Prof. Dr. Maximilian Becker,
Prof. Dr. Hermann Butzer,
Dr. Nassim Eslami,
Ass. Jur. David Faber, LL.M.,
Dr. Sven Hasenstab,
Dr. Thomas Keß,
Prof. Dr. Timo Rademacher, M.Jur.,
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.

Warum Jura?

Warum studierst du eigentlich Jura? Diese Frage hat wahrscheinlich jeder von uns schon einmal gestellt bekommen. Von pseudo-kreativen Antworten wie „Ich hasse Menschen und habe gerne Recht“ mal abgesehen, ist dies eine Frage, die doch mehr eröffnet als es auf den ersten Blick erscheint. Wir möchten diesen Beitrag nutzen, um jedem diese Frage noch einmal vor Augen zu halten und versuchen gleichzeitig einige Antworten zu finden, um uns daran zu erinnern, dass es die Arbeit eben doch wert sein kann.

Jura gilt auch heute noch als einer der schwierigsten Studiengänge überhaupt, der Konkurrenzdruck ist schier unendlich und die Stoffmenge gleich noch viel größer. Immer noch herrschen die Vorurteile über die Ellbogenmentalität und die Versagensängste vor. Warum tun wir uns dieses Studium trotzdem an? Sind es die horrenden Summen, die Großkanzleien Berufsanfänger*innen bieten? Oder doch die Achtung der Gesellschaft die wir uns erhoffen? Oder aber sind wir alle miteinander doch nur kleine Psychopathen mit dem Hang zur Selbstzerstörung?

Wer jetzt mit den Augen rollt und denkt, dass die Jurist*innen (in spe) wohl mal wieder übertreiben müssen, der irrt. In einer kürzlich durchgeführten Umfrage gaben fast 70 % der befragten Juristinnen und Juristen aus Kanzleien und Rechtsabteilungen an, bereits beruflich bedingte psychische Probleme gehabt zu haben.¹

Ebenso ergeht es den Jurastudierenden, wie eine Umfrage der Bundesfachschaft herausfand. Bei der Frage, ob sie das Jurastudium mit Blick auf den psychischen Druck und die mentale Belastung im Studium weiterempfehlen würden, verneinten zwei Drittel der Umfrageteilnehmerinnen und -teilnehmer dies.² Rund zwanzig Prozent lehnten eine Weiterempfehlung sogar vehement ab. Doch warum zweifeln wir unsere Studienwahl überhaupt an?

Den größten Faktor stellt sicherlich der angesprochene enorme Stress dar. Die ersten vier Semester besteht der Druck, unbedingt die Klausur in „Staatsorga“ oder in Sachenrecht bestehen zu müssen. In den großen Übungen

wird dann festgestellt, dass man in den Grundkursen nun doch noch nicht alles gelernt hat und muss sich alle drei Wochen den Klausuren stellen. Wenn man das geschafft hat, erwartet uns die Examensvorbereitung wie ein dunkler Schatten. Spätestens hier wird uns dann das Gefühl vermittelt, als hätten wir in den gesamten Semestern zuvor nichts gelernt. Wir müssen uns entscheiden, wie wir unsere Examensvorbereitung gestalten, im Alleingang, im universitären Vorbereitungskurs oder in einem kommerziellen Repetitorium. Hier gibt es keine richtige oder falsche Entscheidung, aber häufig kommen wir zu dem Schluss, dass unsere Entscheidung eben scheinbar doch nicht richtig war. Wir stehen vor einem riesigen Berg Lernstoff, müssen natürlich Probeklausuren schreiben („weil man ohne die 150 geschriebenen Klausuren NIE das Examen besteht!“), nebenbei müssen wir das Gelernte wiederholen und uns regelmäßig zur Lerngruppe treffen. Wenn man das alles irgendwie hinter sich gebracht hat, hört man von den Geschichten, dass wirklich gut vorbereitete Studierende dennoch durch das Examen gefallen sind.

Falls das passiert, haben wir nichts. Also wurden zehn Semester einfach so in den Sand gesetzt und wir sind immer noch bei null, während nicht Jura studierende Freunde bereits ihre Masterarbeit schreiben.

Wie kommt es, trotz allem, dennoch dazu, dass sich jährlich rund 15.000 Studienanfänger³ dazu entschließen, dieses Studium anzutreten? Es muss etwas geben, was sie alle anspricht diesen langen und durchaus auch beschwerlichen Weg anzutreten. Gründe die darüber hinausgehen, dass man „ja sonst keine Idee“ hätte, was man studieren sollte. Oder dass man Jura nur studiert, „weil man da ja nicht rechnen muss“ (was leider ein grober Irrglaube ist, bedenke man das Erbrecht oder die Quotelung beim Mitverschulden). Was also sind die Gründe die einen jungen Menschen dazu bewegen, Jura zu studieren?

Zunächst kann man natürlich die sehr praxisnahe Komponente des Studiums erwähnen. Gilt Jura im Volksmund immer noch als trocken, ist genau das Gegenteil der Fall. Die

¹ Lorenz, <https://www.lto.de/recht/kanzleien-unternehmen/k/bwd-wirtschaftskanzleien-rechtsmarkt-anwaelte-psychische-probleme-gesundheit-lawyer-well-being/>.

² Schneider, <https://www.lto.de/karriere/jura-studium/stories/detail/bundesfachschaft-jura-umfrage-psychischer-druck-im-jurastudium-2022-angst>.

³ Rudnicka, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/37308/umfrage/studienanfanger-rechtswissenschaften-und-wirtschaftsrecht/>.

Fälle, über die wir uns den Kopf zerbrechen, sind (fast) allesamt Material aus der Realität, Fälle also, mit denen wir früher oder später in der Praxis konfrontiert werden können. Gewiss gibt es Ausnahmen, die absurder nicht sein könnten. Sachverhalte, bei denen wir alle nur die Nase rümpfen und uns fragen, wer uns damit quälen möchte. Doch ist nicht zu vergessen, dass genau diese Fälle das Leben auch ausmachen können. Es wird zum beruflichen Alltag dazugehören, sich über Absurditäten den Kopf zu zerbrechen, nur um zu einer vertretbaren Lösung zu gelangen. So sind die Spielregeln des Lebens und wir werden versuchen zu lernen, diese Anleitung zu entschlüsseln.

Jura ist nicht nur das stumpfe Auswendiglernen von Gesetzestexten – Jura bietet dir die Möglichkeit, mithilfe des Rechtes und der Kraft der Worte anderen Menschen in allen Lebenslagen helfend zur Seite stehen zu können. Schon als Student*in können wir diese Erfahrung machen, wenn wir den Blick über den Lehrbuchrand wagen und uns in den verschiedenen „Law Clinics“ als Anwälte*innen versuchen. Sei es bei der Legal Clinic als Berater*in von Studierenden oder bei der Refugee Law Clinic. Erstere vertieft unser bereits erlerntes Wissen, indem wir beispielsweise die Weigerung eines Vermieters zur Rückgabe der Mietkaution rechtlich betrachten. Die Letztere bietet uns die Möglichkeit, uns in ein völlig neues Rechtsgebiet einzuarbeiten und völlig neue und ungewohnte Sachverhalte rechtlich zu lösen. Einmal eine Beratung erlebt, einmal einem verzweiferten Menschen geholfen und schon weiß man, wofür sich der ganze Stress und die vielen schlaflosen Nächte lohnen (werden). Hierbei erlangt man nicht nur praktische Erfahrung (und positive Aspekte für den Lebenslauf), sondern entwickelt sich auch menschlich weiter.

Zudem bietet das Jurastudium uns auch die Möglichkeit, uns ehrenamtlich zu engagieren, um mit anderen Leidensgenossen in Kontakt zu kommen und dem allgemeinen Studienalltag zu entkommen. Engagement bietet sich im Fachschaftsrat an, wenn man die Uni-Politik aktiv mitgestalten und für andere Studierende Erleichterungen aushandeln möchte. Es lohnt sich der Blick auf die zahlreichen anderen Möglichkeiten ehrenamtlichen Engagements, wie in der Vereinsarbeit der Refugee Law Clinic oder nicht zuletzt in der Redaktionsarbeit in der Hanover Law Review. Für einige ist Ehrenamt nur eine Möglichkeit, ihren Lebenslauf aufzupolieren, doch kann es persönlich eine enorme Bereicherung darstellen, wenn man sich erstmal richtig darauf einlässt. Es soll nämlich Jurastudierende geben, die

tatsächlich studieren, weil sie Menschen mögen.

Ein weiterer erwähnenswerter Punkt ist die Fähigkeit, richtig argumentieren zu lernen. Auch wenn die schier endlosen Meinungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum eine*n jede*n von uns am Studium zweifeln lassen, so führen uns diese Streitigkeiten doch vor Augen, was es heißt, zu argumentieren und seinen Standpunkt zu vertreten. Fängt der / die Jurist*in in einer Diskussion mit dem berühmterichtigten „Es kommt darauf an“ an, so wird das Gegenüber schon jetzt wissen, diesen Diskurs längst verloren zu haben. Die Argumentationstechniken guter Jurist*innen sind einfach unschlagbar. Alleine dafür wird sich das Studium schon lohnen, denn wer geht nicht gerne als Gewinner*in aus der Debatte hervor. Will man diese Technik noch mehr verbessern, bietet sich die Teilnahme an einem Moot Court an und man wird verstehen, was einem die vielen theoretisch geführten Streitentscheidungen später einmal bringen werden. Eine solche Teilnahme kann zudem eine kurze „Auszeit“ vom Studienalltag bieten, wenn wir das Gefühl haben, uns darin verloren zu haben.

Aber auch wenn man diesen Blick über den Tellerrand (noch) nicht wagen möchte – vor den Pflichtpraktika gibt es kein Entrinnen. Was auf den ersten Blick nervig aussehen mag – zugegebenermaßen ist die Suche nach einem Praktikumsplatz (insb. in Zeiten der Pandemie) meist sehr mühselig – ist auf den zweiten Blick mit das Beste am Studium. Diesen Einblick in die Praxis zu erhalten, bei Gerichtsverhandlungen dabei zu sein oder einem Mandatengespräch beizuwohnen – einfach unschlagbar. Allein die Chance zu erhalten, das in der Uni Erlernte anwenden zu dürfen und zu verstehen, dass das Auswendiglernen der vielen Strafrechtsdefinition doch nicht so unnötig ist, wie anfangs gedacht, macht diese Zeit zu etwas sehr Wertvollem. Natürlich ist nicht alles so spannend wie hier dargestellt und es kann auch sein, dass die einzigen praktischen Erfahrungen darin bestehen, die Kanzleipost zu falten und staubige, alte Akten von Dachboden zu suchen. Mit ein wenig Glück findet aber jede*r für sich das Passende und erhält die Möglichkeit nochmals darüber nachzudenken, ob der erwählte Studiengang wirklich der richtige für einen ist.

Auch wenn man sich noch überhaupt nicht darüber im Klaren ist, wo die Reise am Ende hingehen soll und einen die Frage „Weißt du schon, was du machen möchtest, wenn du mit dem Studium fertig bist?“ zum Verzweifeln bringt,

musst du dir bewusst machen, dass dies absolut kein Problem ist. Selbst im Referendariat kann sich ein bisheriger Traumjob plötzlich in der Realität in das Gegenteil umwandeln.

Nicht zu vernachlässigen sind nämlich auch die vielfältigen Berufschancen, die uns geboten werden. Der klassische Weg von Jurastudierenden in die Kanzlei oder an das Gericht ist keinesfalls der Einzige. Anders als bei anderen Studiengängen steht bei den angehenden Jurist*innen nicht schon anfangs fest, wohin der Weg sie führen wird. Vielmehr reicht die Bandbreite der möglichen Berufe von A wie Rechtsanwalt der Arzneimittelkammer, über J wie Justizvollzugsanstaltsdirektor bis Z wie Zwangsvollstreckungsbeamter. Galt vor einigen Jahren noch das Zeitalter der Angst, mit vier Punkten im Examen nur Taxifahrer werden zu können, so bieten sich heute (fast) jedem*er Absolvent*in die Chance auf einen guten Job. Der Fachkräftemangel bewegt sich zunehmend auch auf die Rechtsbranche zu, bedingt durch die hohe Zahl der Jurist*innen im Renteneintrittsalter und dem stetig steigenden Nachwuchsmangel. Die Juristenschwemme ist schon lange vorbei, viel eher ist nun das Gegenteil der Fall. Die Jobaussichten unserer Generation könnten also besser kaum sein. Hinzuzufügen ist zudem, dass ein Job in der Juristerei auch relativ zukunftssicher ist. Ein Argument, dass in Zeiten von Betriebsschließungen und fortschreitender Digitalisierung kein kleines Gewicht aufweist, denke man nur an die vielen Corona-Lockdowns. Die Einwände, dass Künstliche Intelligenzen die Anwält*innen und Richter*innen obsolet werden lassen, stimmen so nur bedingt. Unzweifelhaft gibt es Bereiche in denen Künstliche Intelligenzen dem menschlichen Arbeitspensum haushoch überlegen sind und diese Gebiete beherrschen werden. Nicht zu vergessen ist aber die empathische Seite am Juristendasein. Viele Entscheidungen lassen sich nicht einfach nach einem Schema F lösen, das Leben besteht nicht nur aus Nullen und Einsen. Stets wird es eines gesunden Menschenverstands und einer erfahrenen Menschenkenntnis bedürfen um Recht sprechen zu können. Die lernenden Systeme können darüber hinaus auch in der Zukunft eine Erleichterung darstellen, indem einfache Sachverhalte bereits mittels Algorithmen gelöst werden. Außerdem bieten auch diese Systeme neue Arbeitsplätze für Jurist*innen, denn auch diese Algorithmen müssen zunächst einmal geschrieben werden. Zumindest im Hier und Jetzt können wir uns sicher sein, dass der Beruf des Juristen nicht einfach austauschbar ist. Ein weiterer Aspekt, der durchaus oft als Beweggrund an-

gegeben wird: Die Chance mit der Kraft von Worten und dem scharfen Schwert des Gesetzes Menschen zu ihrem Recht zu verhelfen und Gerechtigkeit zu schaffen. Die Pathetik in diesen Worten ist gewollt. Ja, es klingt romantisiert und ja ganz so märchenhaft ist die Welt natürlich nicht. Aber der Traum, die Welt zu einem besseren Ort zu machen, der beginnt im Kleinen. Schon einem Einzelnen helfen zu können, macht Mut, noch viele weitere Leben zu bereichern. Schon ein Erfolg ermutigt zu Höhenflügen. Die Macht des Rechts kann viel bewirken. Mit dieser Macht umgehen zu können, diese Macht anwenden zu können – dies ist ein Grund für das Studium.

Positiv hervorzuheben ist auch die doch recht freie Zeiteinteilung während des Studiums. Natürlich hat man Vorlesungen, die man nicht missen sollte und auch sonst gibt es immer feste Termine. Jedoch ist die nicht existente Teilnahmepflicht nicht zu verachten. Anders als in anderen Studiengängen wird uns kein fester Zeitplan aufgedrängt, wir können Vorlesungen besuchen, müssen es aber nicht. Es besteht kein Zwang, einem Dozenten zu lauschen, der vielleicht gute Vorlesungen hält, einem persönlich diese Zeit aber leider gar nichts bringt. Man ist frei, zu gehen und seine Zeit produktiver zu nutzen. Dies soll kein Rat sein, Vorlesungen zu „schwänzen“ und das wilde Studentenleben zu genießen. Viel eher soll dies aufzeigen, dass das Jurastudium dir die Freiheit gibt, deinen eigenen Weg zu finden – fernab von festen Bahnen. (Zumindest bis zum Examen, da führt leider kein Weg dran vorbei.) Zudem ist es auch neben diesen Freiheiten eine sinnvolle Möglichkeit, die von Seiten der Universität angebotenen Hilfen zu nutzen, wie die Teilnahme an Tutorien oder auch dem Klausurenlabor. Man ist also nicht auf sich alleine gestellt. Und auch, wenn fast jede*r von uns schon einmal eine Geschichte über die Unkollegialität im Jurastudium gehört hat (von versteckten Büchern oder rausgerissenen Seiten in der Bibliothek). Man sollte sich nicht zu sehr vom Konkurrenzdruck verrückt machen lassen. Sobald der Punktespiegel zu der Klausur veröffentlicht wird, man von zehn Berichten der Kommilitonen gehört hat, dass sie zweistellig geschrieben haben, zeigt sich schnell, dass es in der Klausur doch nur fünf zweistellige Klausuren gab. Das Punktesystem unterscheidet sich eben auch von demjenigen System, das wir noch aus der Schule kennen. Auch das müssen wir uns bewusst machen. Ihr könnt stolz sein, wenn ihr von den vielleicht gewohnten 15 Punkten ein gutes Stück entfernt seid.

Wie bekannt, 18 Punkte bekommt nur Gott und 17 allenfalls

der Korrektor selbst.

Zum Glück teilt sich doch nahezu auch jeder das eigene Leid mit jemandem anders, der einem für die Hausarbeit sogar den einen guten Aufsatz zu dem großen Problem zeigt.

Ihr seht, es gibt sie also doch, die positiven Seiten am Studium. Die Gründe, für die es sich lohnt einen Weg einzuschlagen, der an manchen Tagen steiniger nicht sein könnte. Gründe, die mehr als nur bloße Förmerei sind.

Wenn ihr also mal wieder gefragt werdet, warum ihr eigentlich Jura studiert, dann habt ihr nun eine Fülle an Argumenten, die ihr eurem Gegenüber entgegenhalten könnt.

Gern geschehen.

*Julia Brandt und Marie-Christin Runkel
für die Redaktion*

LERNBEITRAG

Dipl.-Jur. Dominik Knocke	Prüfungsrelevante Änderungen: Ein Überblick über das MoPeG (Gesetz zur Modernisierung von Personengesellschaften)	Seiten 141 bis 144
----------------------------------	---	---------------------------

ENTSCHEIDUNGEN

stud. iur. Aron Rössig	Verbrauchsgüterkauf durch Einzelkaufmann zu privaten Zwecken – VIII ZR 187/20	Seiten 145 bis 155
stud. iur. Nils Grimmig, B.A.	Verpflichtende Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks – 1 BvR 1187/17	Seiten 156 bis 168
stud. iur. Dominik Stanislavchuk & stud. iur. Nils Grimmig, B.A.	Schlägerei mit tödlichem Ausgang – 1 StR 368/19	Seiten 169 bis 185

KURZ & KNAPP

Ass. Jur. David Faber, LL.M.	Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht - 3/2022	Seiten 187 bis 188
Prof. Dr. Hermann Butzer & cand. iur. Daniel Müller	Rechtsprechungsübersicht Öffentliches Recht - 3/2022	Seiten 189 bis 190
Prof. Dr. Sascha Ziemann & stud. iur. Hannah Hölzen	Rechtsprechungsübersicht Strafrecht - 3/2022	Seiten 191 bis 192

STUDIENPRAXIS & FALLBEARBEITUNG

stud. iur. Johanna Lange	Hausarbeit in der Übung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene, 13 Punkte	Seiten 195 bis 208
stud. iur. Clara Parusel	Kurzarbeit in der Übung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene, 13 Punkte	Seiten 209 bis 214
stud. iur. Katharina Hinz	Klausur im Strafrecht Grundkurs II, 16 Punkte	Seiten 215 bis 219

VARIA

Dipl.-Jur. Victoria Fricke & Dipl.-Jur. Stefan Kaufhold	Lernstrategien – Ein Wegweiser. Teil 1: Der Rahmen.	Seiten 220 bis 224
--	---	---------------------------

Prüfungsrelevante Änderungen: Ein Überblick über das MoPeG (Gesetz zur Modernisierung von Personengesellschaften)

Dipl.-Jur. Dominik Knocke

Der Autor ist Doktorand an der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover (Prof. Dr., Dr. h.c. Bernd H. Oppermann, Prof. h.c. (UMCS), LL.M. (UCLA)) und promoviert zu dem entsprechenden Thema.

Vorwort:

Der Beitrag behandelt die wesentlichen und aus Sicht des Verfassers als prüfungsrelevant einzustufenden Aspekte des Gesetzes zur Modernisierung von Personengesellschaften. Diesbezüglich wird sich auf die Neuregelungen zur GbR und die Öffnung der Personengesellschaften für Freiberufler beschränkt.

A. Einleitung

Personengesellschaften sind im Alltag kaum wegzudenken. Sei es die sich zu gemeinsamen Erlebnissen zusammenschließende Reisegemeinschaft, die partywütige Abiturfeier-GbR¹ oder aber auch die sich wegen gemeinsamer Tierliebe konstituierende Reitgemeinschaft.²

Diese Gemeinschaften, welche Musterbeispiele für sog. „Gelegenheitsgesellschaften“ bieten und bereits durch konkludentes Verhalten begründet werden können³, bilden aber nur einen Teil an möglichen Konstellationen für Personengesellschaften. So gibt es daneben noch zahlreiche Zusammenschlüsse, die sich nicht zum Privatvergnügen, sondern zu wirtschaftlichen und erwerbstätigen Zwecken bilden. Obgleich sich für die gemeinsame Ausübung von Freizeitaktivitäten, zu beruflichen Zwecken oder etwa auch nur der Verwaltung eines mit dem liebsten Partner⁴ gekauften Eigenheims zusammengetan wird, bleibt gemeinsamer Nenner die (wenn auch zumeist unbewusste) Gründung einer Personengesellschaft. Auch wenn bei Erwerbstätigen nach einsehbarer Statistiken die Kapitalgesellschaften den Personengesellschaften gegenüber

bevorzugt gewählt werden⁵, ist diese Angabe jedoch mit Vorsicht zu genießen, da Personengesellschaften, wie sich etwa am angesprochenen Beispiel alltäglicher Zusammenschlüsse zeigt, häufig keiner statistischen Überprüfung zugänglich sind.

Den Personengesellschaften kommt also im deutschen Rechtssystem ein nicht unerheblicher Präsenzfaktor zu. Je größer die Bedeutung einer Rechtsform oder eines Rechtsbegriffes ist, desto dringender ist aber auch das Bedürfnis nach einer ausführlichen Regelung und Anpassung an aktuelle wirtschaftliche, rechtliche und politische Lagen. Nach Inkrafttreten des BGB im Jahre 1900 wurde das geschriebene Recht rund um die GbR allerdings nur marginal geändert bzw. gar erweitert.⁶ Dies sollte sich erst im Jahr 2021 mit der großen Gesellschaftsrechtsreform durch das Gesetz zur Modernisierung von Personengesellschaften ändern. Der Beitrag soll Auszubildenden und Studenten einen Einblick in den kommenden möglichen Prüfungsstoff geben.

B. Vom „Mauracher Entwurf“ zum finalen Gesetz

In der Literatur herrschte schon lange Einigkeit, dass das derzeitige geschriebene Personengesellschaftsrecht einer dringenden Anpassung an die heutige Zeit bedarf. Das MoPeG, erstellt von einer Expertenkommission im Schloss Maurach am Bodensee und daher in seiner ersten Version auch „Mauracher Entwurf“ genannt, soll die große Revolution für das Personengesellschaftsrecht und vor allem die GbR bedeuten. Der im April 2020 geschaffene Gesetzes-

¹ LG Detmold NJW 2015, 3176.

² Für eine umfassende Sammlung an Beispielen samt Urteilen siehe *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., 2021, Rn. 1616.

³ Vgl. etwa *Schöne*, in: *Hau/Poseck*, BeckOK BGB, 62. Edition, 2022, § 705 BGB, Rn. 165 ff.

⁴ Der Verfasser umfasst mit seiner Ausdrucksweise sämtliche Geschlechter, beschränkt sich zugunsten des Leseflusses aber auf das generische Maskulinum.

⁵ Laut dem statistischen Bundesamt betrug die Gesamtzahl der in Deutschland befindlichen Kapitalgesellschaften im Jahre 2020 insgesamt 764.904; die Zahl der Personengesellschaften in diesem Jahr dagegen nur 405.500. Die Statistik bezieht sich auf Unternehmen / rechtliche Einheiten, die im Berichtsjahr einen Umsatz von mehr als 17.500 Euro erzielten oder kumuliert über die 12 Monate des Berichtsjahres über mindestens eine(n) sozialversicherungspflichtig Beschäftigte(n) oder mindestens 12 geringfügig entlohnte Beschäftigte verfügt.

⁶ Vgl. dazu die Begründung des Regierungsentwurfes zum MoPeG, BT-Drucks. 19/27635.

entwurf wurde zuhauf in der Wissenschaft diskutiert⁷ und im November 2020 durch einen Referentenentwurf konkretisiert. Aus diesem ging dann schließlich am 20.01.2021 ein Regierungsentwurf⁸ für das MoPeG hervor. Er sollte am 01.01.2023 in Kraft treten. Im finalen Gesetz, welches am 17.08.2021 im Bundesgesetzblatt verkündet wurde, verlängerte man die Frist zum Inkrafttreten des Gesetzes noch einmal auf den 01.01.2024.

C. Das MoPeG im Detail

I. Bedeutsame Änderungen für die GbR

Eine der wesentlichsten Kernänderungen des Mauracher Entwurfes betrifft die neu strukturierten Regelungen der GbR in den §§ 705 ff. BGB n.F. Hier wurden weitreichende Veränderungen getroffen und das Konstrukt der GbR sowie deren rechtliche Rahmenbedingungen ausgebaut und konkretisiert. Ihre Regeln werden nun an der rechtsfähigen Außengesellschaft orientiert und stärker an das Recht der OHG angenähert. Aus diesem Grund können OHG- und KG-Regelungen deutlich verschlankt werden, allgemeine Regelungen für das Personengesellschaftsrecht sind nun konsequent im Recht der GbR verankert und von da aus über § 105 Abs. 2 HGB n.F. als Generalverweisung auch für die Personenhandelsgesellschaften anwendbar. Die zentralen Änderungen für die GbR werden im Folgenden veranschaulicht.

1. Die Rechtsfähigkeit der GbR wird kodifiziert

Eine der größten und populärsten Änderungen des MoPeGs ist die gesetzliche Kodifizierung der Rechtsfähigkeit der GbR in § 705 Abs. 2 BGB n.F.:

(2) Die Gesellschaft kann entweder selbst Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, wenn sie nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll (rechtsfähige Gesellschaft) oder sie kann den Gesellschaftern zur Ausgestaltung ihres Rechtsverhältnisses untereinander dienen (nicht rechtsfähige Gesellschaft).

Bereits mit seiner Grundsatzentscheidung „ARGE Weißes Ross“ erkannte der BGH die eigene Rechtspersönlichkeit der Außen-GbR an,⁹ was nun auch in der oben genannten Norm klargestellt wird. Obwohl der BGH mit seiner damaligen Entscheidung bereits die Weichen für die uneingeschränkte Anerkennung der GbR als Gesellschaftsform mit eigener Rechtspersönlichkeit brachte, zog die Rechtsprechung nicht die zwingenden Konsequenzen. So ist bis heute noch umstritten, wer Vollmachten für die GbR erteilt, und ob deren Erteilung vom Gesellschafterbestand unabhängig ist.¹⁰ Zumal aufgrund der Rechtsprechungsentwicklung und trotz der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR nicht nur verfahrensrechtliche Probleme zum Nachweis der Vollmacht auftraten, sondern überhaupt die Erteilungsbefugnis für Vollmachten bei der GbR in Frage gestellt wurde¹¹, war dieser Streit für die Praxis von nicht unerheblicher Bedeutung. Mit der Anerkennung der eigenen Rechtspersönlichkeit dürfte sich dieses Problem in Zukunft aber erledigt haben.

Damit geht schließlich auch die Frage der Abgrenzung zwischen rechtsfähiger und nicht rechtsfähiger Gesellschaft einher. Rechtsprechung wie auch Literatur nahmen die Unterscheidung bisher faustformelartig anhand der Begriffe der Innen- und Außengesellschaft vor.¹² Nach dem MoPeG wird eine GbR für rechtsfähig erklärt, wenn sie „nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll“ (§ 705 Abs. 2 BGB n.F.). Prinzipiell ändert dies nichts an dem Verständnis der althergebrachten Begriffe. Klausursteller könnten aber gerade wegen der Bedeutsamkeit des Novellengesetzes vermehrt GbRs in Ihre Klausuren einbauen, deren Form zu bestimmen ist, damit etwa anschließend der richtige Anspruchsgegner/-inhaber (bei rechtsfähiger Gesellschaft eben primär die Gesellschaft selbst, bei der nicht rechtsfähigen Gesellschaft die Gesellschafter) bestimmt werden kann.

⁷ Vgl. etwa Bachmann, Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), NZG 2020, 612; Bergmann, Der Mauracher Gesetzentwurf der Expertenkommission für die Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, DB 2020 994; Habersack, Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – aber wie?, ZGR 2020, 539; Heckschen/Nolting, Reform des Personengesellschaftsrecht, BB 2020, 2256; Heinze, Der Mauracher Entwurf und die Abkehr von der Gesamthand – Gefahren im Steuerrecht?, DStR 2020, 2107; Otte-Gräbener, Umfassende Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – Entwurf der Expertenkommission, BB 2020, 1295; Schäfer, Grundzüge des neuen Personengesellschaftsrechts nach dem Mauracher Entwurf, ZIP 2020, 1149; Wertenbruch, Schloss Maurach zur Reform des Personengesellschaftsrechts, GmbHR 2020, R196; Wilhelm, Paradigmenwechsel im Recht der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft, NZG 2020, 1041.

⁸ Der Regierungsentwurf übernahm den Referentenentwurf bis auf wenige Änderungen vollständig.

⁹ Vgl. BGHZ 146, 341.

¹⁰ So etwa BGH DNotZ 2011, 361 = DStR 2011, 732; Heckschen, NZG 2020, Der so genannte „Mauracher Entwurf“ – ein positiver Schritt zur Reform des Personengesellschaftsrechts, 761.

¹¹ Vgl. BGH DNotZ 2011, 361 = DStR 2011, 732.

¹² Vgl. BGHZ 146, 341 = NZG 2001, 311; Grunewald, GesR, 10. Auflage, 2017, § 1 Rn. 107.

2. Sitz der Gesellschaft

Auch zur Gründung und dem Sitz der GbR finden sich neue Regelungen im MoPeG. Nach bisher überwiegender Auffassung richtete sich der Gesellschaftssitz unabhängig von Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag nach dem tatsächlichen Verwaltungssitz.¹³ § 706 S. 1 BGB n.F. normiert dies nun gesetzlich und führt jeweils die Legaldefinition des Verwaltungs- und des Vertragssitzes in das Gesetz ein.¹⁴ Über § 105 Abs. 2 HGB n.F., § 161 Abs. 2 HGB n.F. und § 1 Abs. 4 PartGG n.F. findet die Vorschrift auch auf die OHG, KG und die PartG entsprechende Anwendung. Für Gesellschaften, die sich im neuen Gesellschaftsregister eintragen lassen (zum Register siehe unten), wird die Option hinzugefügt, einen anderen Sitz an einem Ort im Inland vertraglich zu vereinbaren, § 706 S. 2 BGB n.F. Somit ist es einer deutschen GbR nun möglich, sämtliche geschäftliche Tätigkeiten außerhalb des deutschen Hoheitsgebietes zu vollziehen, ohne auf die vertraute Rechtsform verzichten zu müssen.¹⁵ Ein ausländischer Vertragssitz bleibt allerdings weiter unzulässig, zumal dadurch die Rechtsdurchsetzung des deutschen Gesellschaftsrechts für deutsche Gerichte und Behörden erschwert bzw. verhindert werden könnte.¹⁶

3. Das Gesellschaftsvermögen – die Abschaffung der Gesamthand

Eine weitere große Veränderung trifft das Novellierungsgesetz bezüglich des Vermögens der Gesellschaft. Denn der Gesetzgeber erlöst die Studenten von dem immer schon sehr diffusen Gesamthandsprinzip. Das Gesellschaftsvermögen wird den Gesellschaftern also nicht mehr als „gemeinschaftliches Vermögen“ zugewiesen (so noch aktuell § 718 Abs. 1 BGB), sondern direkt der Gesellschaft (§ 713 BGB n.F.). Der noch geltende § 719 BGB, der die „gesamthänderische Bindung“ des Vermögens anordnet, wird ersatzlos gestrichen. Der Entwurf sieht das bisher geltende Gesamthandsprinzip mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR als überholt an und stellt von nun an klar, dass das dem gemeinsamen Zweck gewidmete wie auch das daraufhin erworbene Vermögen nicht den Gesellschaftern zur gesamten Hand, sondern der Gesellschaft als Rechtspersönlichkeit selbst gehört.¹⁷ Damit wird

bestätigt, was sich auch schon in jüngerer Rechtsprechung gezeigt hat,¹⁸ und die Gesamthand als Prinzip der Vermögenszuordnung in der Personengesellschaft wird final abgeschafft. Das Anwachsungsprinzip bleibt nach § 712 BGB n.F. erhalten, wird aber laut Absatz 1 anteilsbezogen ausgerichtet.¹⁹

4. Das Gesellschaftsregister

Das MoPeG schafft mit der Einführung eines Gesellschaftsregisters für Gesellschaften bürgerlichen Rechts eine weitere große Neuerung. Gemäß § 707 Abs. 1 BGB n.F. können nun die Gesellschafter ihre GbR in ein eigens für sie geschaffenes Register beim Gericht eintragen lassen. Die Registerfähigkeit der GbR in den §§ 707 ff. BGB n.F. wird weder an weitere Voraussetzungen geknüpft noch besteht ein Eintragungszwang für die rechtsfähige GbR. Der Entwurf setzt vielmehr auf ein Eintragungswahlrecht, welches von zahlreichen Registrierungsanreizen wie der freien Verlegbarkeit des tatsächlichen Sitzes (siehe C. I. 1.), der unbeschränkten Teilnahme an Umwandlungsvorgängen und der Möglichkeit zum Erwerb registrierter Rechte wie z.B. Grundstücke²⁰ flankiert werden soll. Die eingetragene GbR muss nach § 707a Abs. 2 BGB n.F. den Namenszusatz „eGbR“ tragen. Sollte in zukünftigen Klausuren etwa eine Ehepaar-GbR ein Grundstück erwerben wollen, ist zu beachten, ob die GbR in das Gesellschaftsregister eingetragen wurde oder nicht. Falls nicht, kann die GbR das Grundstück bis zur Eintragung nicht rechtswirksam erwerben. Mit dem Gesellschaftsregister, auf welches nach § 707a Abs. 3 BGB n.F. nahezu vollständig die Regelung des § 15 HGB anzuwenden ist, können entsprechende Klausurprobleme ähnlich denen zum Handelsregister in Bezug auf Verkehrsschutz und Vertrauen auf den Registerinhalt konstruiert werden.

5. Haftung und Vertretung der Gesellschaft

Grundnorm für die Haftung der Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft ist im neuen Entwurf § 721 BGB n.F. Dieser sieht die persönliche gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft vor. Interne Haftungsbeschränkungen unter den Gesellschaftern gegenüber dem Gläubiger

¹³ Vgl. BGH WM 1957, 999 = BeckRS 1957, 31387888; OLG Schleswig NZG 2012, 775.

¹⁴ Siehe Begr. RegE (Fn. 6) S.142.

¹⁵ Siehe Begr. RegE (Fn. 6) S. 143.

¹⁶ Siehe Begr. RegE (Fn. 6) S. 144.

¹⁷ Siehe Begr. RegE (Fn. 6) S. 169.

¹⁸ Vgl. etwa BGH NZG 2016, 1223 (Rn. 11); „Nur die GbR ist Rechtsträgerin des Gesellschaftsvermögens. Grundstücke einer GbR stehen in deren Alleineigentum und nicht im gemeinschaftlichen Eigentum ihrer Gesellschafter.“

¹⁹ Vgl. Schäfer, ZIP 2020, 1149 (1151).

²⁰ Siehe Begr. RegE S. 169 f.

werden unabhängig von dessen Kenntnis versagt, § 721 S.2 BGB n.F. Die §§ 721, 721a, 721b BGB n.F. greifen die neue Rechtsprechung zur unbeschränkten Gesellschafterhaftung analog §§ 128 bis 130 HGB auf und gleichen den Haftungsmaßstab der GbR an denjenigen der OHG an.²¹ Diese Haftung hängt nicht von einer Eintragung im Gesellschaftsregister ab.²²

Im Verhältnis zu Dritten entsteht die Gesellschaft, wenn sie mit Zustimmung aller Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt, § 719 Abs. 1 BGB n.F. Die Vertretung der Gesellschaft wird in § 720 BGB n.F. ausgestaltet. Nach § 720 Abs. 1 BGB n.F. gilt für die BGB-Gesellschaft fortan Gesamtvertretung, sofern die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag nicht etwas Anderes bestimmen. Weichen sie von der Standardregelung ab und verleihen einem ihrer Gesellschafter Gesamtvertretungsbefugnis, können sie diese Befugnis nach § 720 Abs. 3 S. 2 BGB n.F. gegenüber Dritten nicht beschränken.

Der Entwurf begründet diese unbeschränkte Vertretungsmacht im Außenverhältnis damit, den Rechtsverkehr schützen zu wollen und potentielle Vertragspartner davor zu bewahren, vor dem Abschluss eines Vertrages prüfen zu müssen, ob die Vertretungsbefugnis beschränkt sei.²³

II. Die Öffnung der Personenhandelsgesellschaften für die freien Berufe

Eine größere Änderung, die sich für das Recht der Personenhandelsgesellschaften ergibt, ist dessen Öffnung für die freien Berufe, § 107 Abs. 1 S. 2 HGB n.F. Diese Öffnung geschieht allerdings nicht vorbehaltlos und steht unter der Einschränkung, dass keine berufsrechtlichen Hindernisse im Weg stehen. Die Änderung soll dazu führen, dass Freiberufler künftig eine Organisationsform zur Verfügung gestellt bekommen, bei der die Haftung nicht nur für berufliche Fehler begrenzt ist, sondern auch in jedweder Hinsicht, beispielsweise gegenüber Mitarbeitern und Vermietern etc.²⁴ Unter den Voraussetzungen des § 107 Abs. 1 S. 2 HGB n.F. können sich Freiberufler aufgrund der Verweisung des § 161 Abs. 2 HGB n.F. nun beispielsweise auch als GmbH & Co. KG organisieren und dann von einer weitreichenderen Haftungsbeschränkung profitieren als dies bisher bei der PartG mbB möglich war. Dies ermöglicht einen umfassenderen Haftungsschutz, zumal sich eine Haftungsprivilegierung nach § 8 Abs. 4 PartGG lediglich auf

Partnerschaftsverbindlichkeiten aus fehlerhafter Berufsausübung erstreckt.²⁵ Hier kann die Haftungsbeschränkung dann auch auf sämtliche Gesellschaftsverbindlichkeiten erweitert werden. In Klausuren bedeutet diese Änderung, dass die zukünftige Unterscheidung, ob ein Gewerbe betrieben wird oder das Vorliegen eines freien Berufes nach § 1 Abs. 2 S. 2 PartGG bejaht werden muss, für die Wahl der Rechtsform, insbesondere für die Wahl einer Personengesellschaft wie OHG oder GmbH & Co. KG, eine geringere Rolle spielen wird.

D. Ausblick

Obgleich das MoPeG ein relativ umfangreiches Novellierungsgesetz bildet²⁶, beschränken sich die zu erwartenden Probleme größtenteils auf die Regelungen rund um die GbR und die Personenhandelsgesellschaften. Gerade in der ersten Pflichtfachprüfung wird nach Erfahrung des Verfassers bei Klausurbezügen zum Handelsrecht in der Regel im Bereich der Personengesellschaften geprüft, da die hier erforderte Kenntnis in Bezug auf Gesetzessystematik kombiniert mit einigen klassischen Problemen ein geeignetes Fundament für eine Klausur oder auch einzelne Abfragen bieten. Die Änderungen, welche hierbei durch das MoPeG entstehen, sollten frühzeitig angeeignet werden, zumal auch bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes in 2024 entsprechende Klausurkonstellationen, etwa unter Zuhilfenahme eines fiktiven Gesetzes (welches zufällig den gleichen Regelungsinhalt zum MoPeG hätte), auftreten könnten.

²¹ Siehe Begr. RegE S. 190.

²² Siehe Fußnote 22.

²³ Siehe Regierungsentwurf S. 188.

²⁴ Vgl. Heckschen, NZG 2020, 761 (766); Regierungsentwurf S. 264.

²⁵ Vgl. Lieder, Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, ZRP 2021, 34 (36).

²⁶ Das Inhaltsverzeichnis des MoPeG weist Änderungen in 136 Gesetzen und Verordnungen aus.

Verbrauchsgüterkauf durch Einzelkaufmann zu privaten Zwecken: § 13 BGB geht § 344 Abs. 1 HGB vor

stud. iur. Aron Rössig

BGH, Urt. v. 10.11.2021 – VIII ZR 187/20

§§ 13, 14 Abs. 1, 434 Abs. 1 S. 1, 437 Nr. 3 BGB; § 476 BGB aF (§ 477 BGB nF); § 344 Abs. 1 HGB

Sachverhalt (leicht abgewandelt)

A, eine gewerbliche Gebrauchtwagenhändlerin, schaltete im Juni 2012 auf der Onlineplattform mobile.de eine Anzeige über den Verkauf eines zu diesem Zeitpunkt 20 Jahre alten Mercedes-Benz 600 SEL mit einer Laufleistung von 117.500 km zu einem Preis von 9.990 EUR. Das Fahrzeug wurde darin als in einem „nahezu perfekten Zustand“, „Sammlerzustand“ sowie „technisch und optisch (...) guten Zustand“ befindlich beschrieben.

B, ein Sammler älterer Fahrzeuge, der seinerzeit als Einzelkaufmann unter der Firma A-Group ein Unternehmen (Immobilienmakler) betrieb, interessierte sich für das Fahrzeug, wollte es aber aufgrund der großen Entfernung zwischen seinem Wohnsitz und dem Standort des Fahrzeugs nicht besichtigen. A holte deshalb auf Wunsch des B einen sogenannten DEKRA-Siegel-Bericht über das Fahrzeug ein und ließ ihm diesen zukommen. Der Bericht bestätigte die Angaben aus der Internetanzeige (technisch und optisch guter Zustand) nicht vollständig, sondern führte deutliche Gebrauchsspuren (v.a. Korrosionsansätze an den Kotflügeln) an. Dennoch wies das Fahrzeug nach dem Bericht neben den angeführten alters- und nutzungsbedingten Verschleißerscheinungen keine Durchrostungen oder andere größere Mängel auf. Die vorvertraglichen Verhandlungen fanden alle über die geschäftliche E-Mail-Adresse des B statt, der als Einzelkaufmann im Handelsregister eingetragen war. Der Privatcharakter des Geschäfts war für A nicht erkennbar.

Mit schriftlichem Vertrag vom 29.06.2012 kaufte der B das Fahrzeug sodann zu einem Preis von 9.350 EUR, wobei in der Vertragsurkunde sein (bürgerlicher) Name und seine Privatanschrift aufgeführt waren. Der Vertrag enthielt folgenden Zusatz: „Der Kunde kauft das Auto wie beschrieben und gebraucht. Er hat das DEKRA-Siegel gelesen und unterschrieben und ist sich des Zustands anhand der Beschreibung des Siegels und des Autohauses bewusst.“

Am 04.07.2012 wurde dem B das Fahrzeug übergeben; er ließ es sodann auf den Namen seiner Mutter zu. Noch in demselben Monat bemängelte er gegenüber A unter anderem einen Defekt an der Klimaanlage und das Vorhandensein von Rost an den Kotflügeln. Hierüber fanden in der Folgezeit mehrere Schriftwechsel zwischen den Parteien statt. B beanstandete die Mängel gegenüber A schriftlich unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung bis zum 31.10.2012. Ferner holte er einen Kostenvoranschlag einer fachkundigen Werkstatt ein, die die Kosten der Reparatur auf 9.530,34 EUR ohne MwSt. veranschlagte.

Mit der im Dezember 2012 zugestellten Klage nahm B die A unter Zugrundelegung von Kostenvoranschlägen auf Schadensersatz wegen der bereits genannten sowie weiterer behaupteter Mängel (Defekte an der Drosselklappe, der Antenne und der Abgasanlage in Form der Schadhaftheit eines Katalysators sowie eine Durchrostung am hinteren Teil des Auspuffs) einschließlich Untersuchungskosten in Höhe von insgesamt 9.530,34 EUR nebst Zinsen in Anspruch. Die Klage ist in den Vorinstanzen (OLG Düsseldorf BeckRS 2020, 52849; LG Düsseldorf, Urt. v. 30.09.2019 – 15 O 393/12) ohne Erfolg geblieben, die Revision wurde jedoch vom Berufungsgericht zugelassen.

Bearbeitervermerk: Es ist die Rechtslage ab dem 01.01.2022 zugrunde zu legen. Verjährung ist nicht zu berücksichtigen.

EINORDNUNG

Für die Wahrnehmung von Mängelgewährleistungsrechten des Käufers bei Gebrauchtwagen hat die Beweislastumkehr des § 477 BGB essentielle Bedeutung.¹ Dementsprechend war die Beweislastumkehr in der Vergangenheit nicht selten Gegenstand der BGH-Rechtsprechung.² Zwar bezieht sich die im Folgenden zu beleuchtende Entscheidung noch auf § 476 BGB aF, die Norm ist jedoch mit der bis zum 31.12.2021 geltenden Fassung des § 477 BGB wortgleich. Der § 477 BGB wurde nunmehr mit Wirkung zum 01.01.2022 bei der Umsetzung der Warenkauf-RL³ durch das Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags vom 25.06.2021⁴ neu gefasst. Die zentralen Aussagen des Urteils sind allerdings auch noch auf den § 477 Abs. 1 BGB nF übertragbar.⁵

Dogmatisch befasst sich die Entscheidung v.a. mit der Abgrenzung von Verbraucher- und Unternehmerhandeln bei einem Kaufmann. Konkret geht es um das Verhältnis von § 344 Abs. 1 HGB zu § 13 BGB, da der Käufer ein eingetragener Kaufmann war. Dabei stehen sich der Verbraucherschutz⁶ und der handelsrechtliche Vertrauensschutz⁷ gegenüber. Das Verhältnis dieser beiden Normen zueinander spielt für die Anwendung der Beweislastumkehr (§ 477 BGB) beim Verbrauchsgüterkauf eine entscheidende Rolle. Nur, wenn der Kläger ein Verbraucher i.S.d. § 13 BGB ist, kommt dieser in den Genuss des § 477 BGB. Es stellt sich damit im vorliegenden Fall zudem die Frage, unter welchen Voraussetzungen das Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs zu bejahen ist. Weiterhin wurde auf die Berechnung der Schadenshöhe anhand der sog. fiktiven Mängelbeseitigungskosten im Rahmen des kaufrechtlichen Schadensersatzes statt der Leistung eingegangen.

LEITSÄTZE

1. Die Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB, wonach die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehörig gelten, findet im Rahmen der Einordnung des rechtsgeschäftlichen Handelns eines Kaufmanns als Verbrau-

cher- oder Unternehmerhandeln nach §§ 13, 14 Abs. 1 BGB jedenfalls dann keine Anwendung, wenn es sich bei dem Kaufmann um eine natürliche Person (Einzelkaufmann) handelt.

2. Die Vermutung des § 476 BGB aF greift nur dann ein, wenn der Käufer darlegt und erforderlichenfalls beweist, dass sich an der Kaufsache innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang ein mangelhafter Zustand (Mangelerrscheinung) gezeigt hat, der – unterstellt, er hätte seine Ursache in einem dem Verkäufer zuzurechnenden Umstand – dessen Haftung wegen einer Abweichung von der geschuldeten Beschaffenheit begründete. Kommt als Ursache für eine festgestellte Mangelerrscheinung (auch) ein Umstand in Betracht, der eine Haftung des Verkäufers nicht zu begründen vermag – wie das bei gewöhnlichem Verschleiß an nicht sicherheitsrelevanten Teilen eines Gebrauchtwagens regelmäßig der Fall ist, ist dieser Beweis erst erbracht, wenn feststeht, dass die Ursache ebenfalls in einem Umstand liegen kann, der – sofern er dem Verkäufer zuzurechnen wäre – dessen Haftung auslöste.

3. Der Regelung des § 476 BGB aF ist (jedenfalls) in den Fällen, in denen der Käufer innerhalb der Sechsstonatsfrist des § 476 BGB aF alle Voraussetzungen für die Entstehung des betreffenden Mangelrechts geschaffen und dieses gegenüber dem Verkäufer geltend gemacht hat, eine „Ausstrahlungswirkung“ dergestalt beizumessen, dass bezogen auf diejenigen – für die Durchsetzung des Mangelrechts neben dem Zeitpunkt des Gefahrübergangs jeweils zusätzlich maßgeblichen – späteren Zeitpunkte, die innerhalb des Sechsstonatszeitraums liegen (etwa der Zeitpunkt des Zugangs des Gewährleistungsbegehrens), ebenfalls die Darlegung und der Nachweis des Vorhandenseins einer Mangelercheinung ausreicht. Darüber hinaus wirkt die Bestimmung des § 476 BGB aF in den genannten Fällen dahingehend fort, dass der Käufer – soweit er auch das Vorliegen eines Mangels zu Zeitpunkten, die außerhalb der Sechsstonatsfrist des § 476 BGB aF liegen (etwa im Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung), zu beweisen hat – ebenfalls lediglich das Fortbestehen der

¹ Looschelders, Beweislastregeln beim Verbrauchsgüterkauf durch einen Unternehmer, NJW 2022, 659.

² Vgl. nur BGHZ 212, 224; 226, 1; BGH NJW 2021, 151.

³ RL (EU) 2019/771.

⁴ Gesetz zur Umsetzung der RL (EU) 2019/771 (Warenkaufrichtlinie), BGBl. 2019 I, S. 2133.

⁵ So auch Looschelders (Fn. 1), NJW 2022, 659; Scholl, EWiR 2022, 209, Anm. zu BGH, Urt. v. 10.11.2021 VIII ZR 187/20.; A. Staudinger, Neues aus Karlsruhe: In dubio pro Verbrauchsgüterkauf, jM 2022, 232 (234).

⁶ Allgemein zum Verbraucherschutz im BGB Hager, Grundlagen des Deutschen Verbraucherschutzes, JA 2011, 721; zum Verhältnis von Verbraucherschutz und Handelsrecht siehe Zimmermann, Der Verbrauchsgüterhandelskauf – Zum Verhältnis von Verbraucherschutz und Handelsrecht, JuS 2018, 842.

⁷ Dazu Macathy, Die Grundprinzipien des Rechts der Kaufleute, JuS 2022, 301 (302f.).

jeweiligen nachweislich innerhalb der Frist des § 476 BGB aF aufgetretenen Mangelercheinung bis zu diesen Zeitpunkten, nicht aber deren Verursachung durch den Verkäufer nachzuweisen hat.

4. Der kaufvertragliche Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (kleiner Schadensersatz) gem. § 437 Nr. 3, §§ 280, 281 Abs. 1 BGB kann nach wie vor anhand der sogenannten fiktiven Mangelbeseitigungskosten bemessen werden.

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Anspruch des B gegen A aus §§ 437 Nr. 3, 434 Abs. 1 S. 1, 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB

I. Wirksamer Kaufvertrag zwischen A und B gem. § 433 Abs. 1 BGB

II. Vorliegen eines Sachmangels

1. Subjektiver Mangel gem. § 434 Abs. 1 Var. 1, § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB

- a) Rostfreiheit als Beschaffenheit
- b) Beschaffenheitsvereinbarung
- c) Abweichung von der Beschaffenheitsvereinbarung
- d) Zwischenergebnis

2. Objektiver Mangel gem. § 434 Abs. 1 Var. 2, § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB

3. Zwischenergebnis

III. Vorliegen der Mängel zur Zeit des Gefahrübergangs (§ 446 S. 1 BGB)

1. Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs i.S.d. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB

- a) Verbraucher i.S.d. § 13 BGB
- b) Anderes Ergebnis wegen § 344 Abs. 1 HGB?**
- c) Zwischenergebnis

2. Keine Unvereinbarkeit der Vermutung nach § 477 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB

3. Zwischenergebnis

IV. Angemessene Frist zur Nacherfüllung, §§ 437 Nr. 1, 439 BGB

V. Rechtsfolge

B. Gesamtergebnis

A. Anspruch des B gegen A aus §§ 437 Nr. 3, 434 Abs. 1 S. 1, 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB

A könnte einen Anspruch auf Schadensersatz gegen B i.H.v. 9.530,34 EUR aus §§ 437 Nr. 3, 434 Abs. 1 S. 1, 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB haben.

I. Wirksamer Kaufvertrag

A und B haben mit dem Vertrag vom 26.09.2012 einen wirksamen Kaufvertrag bezüglich des Mercedes-Benz 600 SEL gem. § 433 Abs. 1 BGB geschlossen.

II. Vorliegen eines Sachmangels

Ferner müsste ein Sachmangel i.S.d. § 434 BGB vorliegen. Der Defekt an der Klimaanlage, der Drosselklappe sowie an der Antenne und der Abgasanlage in Form der Schadhaftheit eines Katalysators, der Rost an den Kotflügeln, sowie die Durchrostung am hinteren Teil des Auspuffs könnten Sachmängel i.S.d. § 434 BGB darstellen. Nach § 434 Abs. 1 BGB ist die Sache sachmangelfrei, wenn sie bei Gefahrübergang den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen und den Montageanforderungen nach § 434 Abs. 2-4 BGB entspricht.

Anmerkung:

Insoweit wurde der § 434 BGB nach der Umsetzung von Art. 5 Warenkauf-RL ausgeweitet und es hat sich u.a. die Definition des Sachmangels in § 434 BGB geändert.⁸ Der zuvor vorherrschende Vorrang des subjektiven Mangelbegriffs wurde aufgegeben und es herrscht nun vielmehr ein Gleichrang von subjektivem und objektivem Fehlerbegriff.⁹ Dennoch wird diese Änderung für Kaufverträge zwischen reinen Unternehmern und solchen zwischen reinen Verbrauchern keine Auswirkungen haben, da die Parteien nach § 434 Abs. 3 S. 1 BGB weiterhin eine ausdrückliche oder konkludente Beschaffenheit der Kaufsache vereinbaren können, die von den objektiven Anforderungen abweicht.¹⁰ Anders ist dies bei einem Verbrauchsgüterkauf aufgrund des § 476 Abs. 1 S. 2 BGB hinsichtlich einer „negativen Beschaffenheitsvereinbarung“, bei der von den objektiven Anforderungen nach § 434 Abs. 3 BGB abgewichen wird, zu beurteilen; hier sind durch die Informationspflicht nach § 476 Abs. 1 S. 2

⁸ Zum Begriff des Produktmangels i.S.d. § 327e BGB siehe: Weiß, Die Neuerungen durch die Umsetzung der Digitale-Inhalte-RL und der Warenkauf-RL, ZVertriebsR 2021, 208 (210).

⁹ BT-Drs. 19/27424, S. 23; Kupfer/Weiß, Der Referentenentwurf zur Warenkaufrichtlinie – Verbote einer endgültigen Fragmentierung des nationalen Kaufrechts?, ZVertriebsR 2021, 21 (22ff.); Lorenz, Die Umsetzung der EU-Warenkaufrichtlinie in deutsches Recht, NJW 2021, 2065 (2065f.); Weiß (Fn. 8), ZVertriebsR 2021, 208 (213f.).

¹⁰ Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 19/27424, S. 23.

Nr. 1 BGB und die besondere Form nach § 476 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB deutlich höhere Anforderungen zu beachten.¹¹

1. Subjektiver Mangel gem. § 434 Abs. 1 Var. 1, § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB

Der PKW könnte subjektive Mängel aufweisen. Dies wäre der Fall, wenn er nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweisen würde (§ 434 Abs. 1 Var. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB). In Betracht kommt eine Verletzung einer Beschaffenheitsvereinbarung bezüglich etwaiger Rostspuren oder größerer Mängel am PKW.

a) Rostfreiheit als Beschaffenheit

Die Rostfreiheit müsste eine Beschaffenheit i.S.d. § 434 Abs. 2 S. 1 BGB sein. „Beschaffenheit“ bezeichnet jegliche Merkmale einer Sache, die dieser selbst anhaften oder sich aus ihrer Beziehung zur Umwelt ergeben.¹² Nach der Konkretisierung durch § 434 Abs. 2 S. 2 BGB gehören die Art, Menge, Qualität, Funktionalität, Kompatibilität, Interoperabilität und die sonstigen Merkmale der Sache, für die die Parteien Anforderungen vereinbart haben, zur Beschaffenheit der Kaufsache.¹³ Als eine physische Eigenschaft der Kaufsache stellt die Rostfreiheit ein „sonstiges Merkmal der Sache“ und damit eine Beschaffenheit i.S.d. § 434 Abs. 2 S. 2 a.E. BGB dar.

b) Beschaffenheitsvereinbarung

Ferner müssten A und B eine Beschaffenheitsvereinbarung bezüglich der Rostfreiheit des PKW getroffen haben. Eine Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB setzt voraus, dass der Verkäufer in vertragsgemäß bindender Weise die Gewähr für das Vorhandensein einer Eigenschaft der Kaufsache übernimmt und damit seine Bereitschaft zu erkennen gibt, für alle Folgen des Fehlens dieser Eigenschaft einzustehen.¹⁴ Auch für den Abschluss einer Beschaffenheitsvereinbarung – die konkludent getroffen werden kann – bedarf es zweier aufeinander bezogener korrespondierender Willenserklärungen nach §§ 145ff. BGB (Angebot und Annahme).¹⁵ An das Vorliegen einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1

S. 1 BGB sind strenge Anforderungen zu stellen, wobei eine solche nicht mehr im Zweifel, sondern nur noch in eindeutigen Fällen in Betracht kommt und im Einzelfall mittels tatrichterlicher Vertragsauslegung festzustellen ist.¹⁶

Diese nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) vom „objektiven Empfängerhorizont“¹⁷ nach den §§ 133, 157 BGB durchzuführende Auslegung umfasst auch die Frage, ob die Vertragsparteien die in einer Internetanzeige getroffenen Angaben zur Kaufsache (stillschweigend) in den Vertrag einbezogen und auf diese Weise zum Inhalt einer Beschaffenheitsvereinbarung gemacht haben.¹⁸

Eine solche Beschaffenheitsvereinbarung könnte in der Anzeige auf mobile.de in Verbindung mit dem Inhalt des DEKRA-Siegel-Berichts liegen. B wurde vor Abschluss des Kaufvertrags ein DEKRA-Siegel-Bericht über das Fahrzeug durch A übermittelt. Ebenfalls enthielt der Kaufvertrag den Zusatz, dass B den Bericht gelesen habe und sich des Fahrzeugzustands anhand des Berichts bewusst sei. Ihm war der DEKRA-Siegel-Bericht bei Vertragsschluss bekannt und dieser wurde im Kaufvertrag aufgenommen. Der Bericht bestätigt die Angaben aus der Internetanzeige (technisch und optisch guter Zustand) nicht vollständig, sondern führte deutliche Gebrauchsspuren (v.a. Korrosionsansätze) auf, sodass eine Auslegung des Kaufvertrags, die zu dem Ergebnis gelangt, dass die Parteien (stillschweigend) das Vorhandensein von altersentsprechendem Verschleiß als vertragsgerecht angesehen haben, zunächst nicht zu beanzustanden ist.¹⁹ Jedoch enthielt die Anzeige gleichzeitig die Angaben „nahezu perfekter Zustand“, „Sammlerzustand“ sowie „technisch und optisch guter Zustand“. Dies könnte im Rahmen der Auslegung darauf deuten lassen, dass die vereinbarte Beschaffenheit das Vorhandensein eines altersentsprechenden Verschleißes gerade nicht umfasst. Indes lassen die Angaben bereits einen aussagekräftigen Inhalt vermissen und sind des Weiteren im Lichte der im eingeholten Bericht angeführten, nicht nur geringfügigen Gebrauchsspuren zu beurteilen.²⁰ Insoweit rechtfertigen die ausschließlich in der Anzeige auf mobile.de enthaltenen Angaben zum Fahrzeug („Sammlerzustand“ und „nahezu perfekter Zustand“) daher nicht die Annahme, die

¹¹ Falk/Piehler, Fortgeschrittenenklausur – Zivilrecht: Kaufrecht nach Umsetzung der Warenkauf-RL und der Digitale-Inhalte-RL, JuS 2022, 37 (38); siehe auch Kupfer/Weiß (Fn. 9), ZVertriebsR 2021, 21 (24); Lorenz (Fn. 9), NJW 2021, 2065 (2072f.).

¹² Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 19/27424, S. 23; siehe auch für das vom Entwurf unangetastete weite Beschaffenheitsverständnis des BGH: BGH NJW 2016, 2874 m.w.N.

¹³ Siehe zu den in § 434 BGB nF aufgenommenen Begriffen der „Kompatibilität“ und der „Interoperabilität“ Lorenz (Fn. 9), NJW 2021, 2065 (2066).

¹⁴ St. Rspr. BGHZ 135, 393 (396); BGH NJW 2008, 1517 (1517) Rn. 13; NJW 2017, 2817 (2818) Rn. 13.

¹⁵ BGH NJW 2018, 150 (152) Rn. 21.

¹⁶ BGH NJW 2017, 2817 (2818) Rn. 13; NJW 2018, 150 (151) Rn. 16f.; NJW 2022, 686 (688) Rn. 35.

¹⁷ Ausführlich zu dieser Auslegungsregel Stöhr, Der objektive Empfängerhorizont und sein Anwendungsbereich im Zivilrecht, JuS 2010, 292.

¹⁸ Vgl. BGH NJW 2022, 686 (688) Rn. 35.

¹⁹ Vgl. BGH NJW 2022, 686 (688) Rn. 37.

²⁰ Vgl. BGH NJW 2022, 686 (688) Rn. 40.

Parteien hätten eine höherwertige Beschaffenheit, als in dem DEKRA-Siegel-Bericht angeführt, vereinbart.²¹ Folglich haben A und B eine Beschaffenheitsvereinbarung mit dem Inhalt getroffen, dass der PKW zwar Durchrostungen oder sonstige größere Mängel nicht aufweise, jedoch nicht frei von alters- und nutzungsbedingten Schäden durch Verschleiß sei.²²

c) Abweichung von der Beschaffenheitsvereinbarung

Da sich jedoch Durchrostungen und grobe Mängel (z.B. Defekte) am PKW gezeigt haben, wurde von der Beschaffenheitsvereinbarung auch abgewichen.

d) Zwischenergebnis

Es liegen damit subjektive Mängel gem. § 434 Var. 1, § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB vor.

2. Objektiver Mangel nach § 434 Abs. 1 Var. 2, § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB

Auch könnte der PKW objektiv mangelhaft sein, was der Fall wäre, wenn er nicht den objektiven Anforderungen entsprechen würde (§ 434 Abs. 1 Var. 2 BGB). Bezüglich der bereits benannten Verschleißerscheinungen, die auf das Alter und die Nutzung zurückzuführen sind und im DEKRA-Bericht aufgeführt wurden, ist die Kaufsache, wie erörtert, als vertragsgerecht anzusehen. Es könnte jedoch eine „negative Beschaffenheitsvereinbarung“ vorliegen. Dafür müsste der gesetzliche Standard nach § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB unterschritten werden. Ein der Laufleistung, Qualitätsstufe und dem Alter eines PKW entsprechender, nicht ungewöhnlicher („normaler“) Verschleiß begründet in der Regel, sofern keine besonderen Umstände gegeben sind, keinen Sachmangel i.S.d. Norm.²³ Damit wurde der gesetzliche Standard nach § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB nicht unterschritten.

Es könnte jedoch bezüglich der weiteren im Sachverhalt angeführten Mängel des PKW ein Sachmangel i.S.d. § 434 Abs. 1 Var. 2, Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB vorliegen. Der Defekt an der Klimaanlage und Drosselklappe sowie an der Anten-

ne und an der Abgasanlage in Form der Schadhafteit eines Katalysators, der Rost an den Kotflügeln,²⁴ sowie die Durchrostung am hinteren Teil des Auspuffs weisen eine Beschaffenheit auf, die bei Sachen dieser Art nicht üblich sind und unzweifelhaft nicht lediglich altersentsprechenden Verschleiß darstellen. Damit liegen auch objektive Mängel i.S.d. § 434 Abs. 1 Var. 2, Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB vor.

3. Zwischenergebnis

Folglich liegen mehrere Sachmängel vor.

III. Vorliegen der Mängel zur Zeit des Gefahrübergangs

Es fragt sich allerdings, ob diese Mängel bereits bei Gefahrübergang, also der Übergabe (vgl. § 446 S. 1 BGB) am 04.07.2012, vorlagen, wie dies von § 434 Abs. 1 BGB gefordert wird. Nach der sog. „Rosenbergschen Formel“²⁵ haben die Parteien im Zivilprozess diejenigen Tatsachen darzulegen und zu beweisen, die für die Anwendung der für sie günstigen Rechtsnorm Voraussetzung sind. Vorliegend wäre dies der B, denn das Vorliegen eines Mangels bei Gefahrübergang ist Voraussetzung für den Nacherfüllungsanspruch aus §§ 437 Nr. 3, 434 Abs. 1 S. 1, 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB. Es ließ sich aber nicht mehr aufklären, ob die Durchrostungen bereits zum Zeitpunkt der Übergabe vorlagen oder erst danach entstanden sind, sodass nach den allgemeinen Beweislastregeln kein Sachmangel bei Gefahrübergang vorliegt.

Ein anderes Ergebnis könnte jedoch aus § 477 Abs. 1 S. 1 BGB folgen, der eine Vermutung aufstellt, dass die Ware bei Gefahrübergang mangelhaft war, wenn sich innerhalb eines Jahres²⁶ seit Gefahrübergang ein von den Anforderungen des § 434 BGB abweichender Zustand der Ware gezeigt hat. Voraussetzung für die Anwendung des § 477 BGB ist allerdings, dass ein Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 Abs. 1 S. 1 o. S. 2 BGB vorliegt.

²¹ Vgl. ebd.

²² Vgl. BGH NJW 2022, 686 (688) Rn. 34.

²³ St. Rspr. BGH NJW 2006, 434; NJW 2008, 53 (54); NJW 2009, 1588; NJW 2021, 151 (152) Rn. 23; NJW 2022, 686 (688) Rn. 39. Da bereits kein Sachmangel im Verschleiß zu sehen ist, kommt es an dieser Stelle noch nicht auf das Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs und den dadurch implizierten Anforderungen durch den § 476 Abs. 1 S. 2 BGB im Falle des Abweichens von § 434 Abs. 3 BGB an.

²⁴ Im Originalfall stand dem Kläger kein Anspruch auf Schadensersatz bezüglich des gerügten Rosts an den Kotflügeln zu, da die Revision des Klägers nach Ansicht des BGH nicht dargetan hatte, dass es sich bei den Rosterscheinungen um ungewöhnlichen oder atypischen Verschleiß oder gar um eine Durchrostung handelte. Es sei daher weder ein subjektiver noch ein objektiver Mangel anzunehmen. Siehe dazu BGH NJW 2022, 686 (694) Rn. 98ff.

²⁵ Rosenberg, Die Beweislast Auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, 5. Aufl. 1965, § 9, S. 98f.

²⁶ Insoweit wurde durch Umsetzung der EU-Warenkaufrichtlinie in deutsches Recht die Dauer der Beweislastumkehr von sechs auf zwölf Monate ausgedehnt. Siehe dazu Biermann, Das neue Kaufrecht: Die wichtigsten Änderungen, DAR 2022, 134 (135f.); Lorenz (Fn. 9), NJW 2021, 2065 (2072); Wilke, Das neue Kaufrecht nach Umsetzung der Warenkauf-Richtlinie, VuR 2021, 283 (292).

1. Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs

i.S.d. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB

Gem. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB liegt ein Verbrauchsgüterkauf vor, wenn ein Verbraucher i.S.d. § 13 BGB von einem Unternehmer i.S.d. § 14 BGB eine Ware, also eine bewegliche Sache (vgl. § 241a Abs. 1 BGB),²⁷ kauft. Dass A als gewerbliche Autohändlerin das Fahrzeug als Unternehmerin i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB an B veräußert hat, steht nicht zur Debatte.²⁸ Problematisch ist hingegen, dass ein Kaufmann i.S.d. § 1 HGB stets auch Unternehmer i.S.v. § 14 BGB ist, sodass es zu Überschneidungen der Anwendungsbereiche mit dem Recht des Handelskaufs aus den §§ 373ff. HGB kommen kann und sich folglich Verbrauchsgüterkauf- und Handelsrecht in einem gewissen Spannungsverhältnis gegenüberstehen.²⁹ *Vice versa* kann der Kaufmann selbst im Zusammenhang mit seinem Betrieb auch als Verbraucher handeln, was wiederum zu Kollisionen von Handels- und Verbraucherrecht führt.³⁰

a) Verbraucher i.S.d. § 13 BGB

Fraglich ist deshalb, ob B, der als eingetragener Kaufmann³¹ stets auch Unternehmer i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB ist, den PKW als Verbraucher i.S.d. § 13 BGB erworben hat. Verbraucher ist nach der Legaldefinition in § 13 BGB jede natürliche³² Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Ein Unternehmer ist nach § 14 Abs. 1 BGB eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Somit ist zu erörtern, zu welchem Zweck B, welcher als eingetragener Einzelkaufmann gewerblich und selbstständig tätig sein kann, den Kaufvertrag abgeschlossen hat. Grundsätzlich ist für die Abgrenzung zwischen Verbraucher- und Unternehmerhandeln die objektiv zu bestimmende Zweckrichtung

des Rechtsgeschäfts entscheidend, wobei es maßgeblich auf die konkreten Umstände des Einzelfalls, insbesondere auf das Verhalten der Parteien bei Vertragsschluss, ankommt.³³ Eine Zurechnung zum Unternehmerhandeln, die nicht dem mit dem rechtsgeschäftlichen Handeln objektiv verfolgten Zweck entspricht, kann nur erfolgen, wenn die dem Vertragspartner erkennbaren Umstände eindeutig und zweifelsfrei darauf deuten lassen, dass die natürliche Person in Verfolgung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt.³⁴ Dem Verbraucherhandeln zuordenbar können z.B. Rechtsgeschäfte im Zusammenhang mit der persönlichen Freizeitgestaltung, dem Ausüben von Hobbies sowie sportlichen Aktivitäten sein.³⁵ Vorliegend wollte B das Auto als Sammler erwerben. Für einen privaten Zweck spricht ferner der Umstand, dass das Auto auf seine Mutter zugelassen wurde. Dass B bei den Vertragsverhandlungen über die geschäftliche E-Mail-Adresse tätig geworden ist, ändert daran nichts, denn dieser private Zweck muss für A grundsätzlich nicht erkennbar gewesen sein. Aus der vom Gesetzgeber gewählten negativen Formulierung von § 13 Hs. 2 BGB geht nämlich hervor, dass entgegen der allgemeinen Grundregeln zur Beweislast³⁶ das rechtsgeschäftliche Handeln einer natürlichen Person grundsätzlich als Verbraucherhandeln anzusehen ist und insoweit verbleibende Zweifel nicht zulasten des Verbrauchers gehen.³⁷ Insofern kommt dem B also aus der Negativformulierung des § 13 Hs. 2 BGB eine Erleichterung zu, die eine Vermutungswirkung zugunsten des Verbraucherhandeln entfaltet.³⁸ Damit ist bei vorliegendem Vertragsschluss mit einer natürlichen Person grundsätzlich von einem Verbraucherhandeln auszugehen, sodass im Ergebnis ein Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegen würde.

b) Anderes Ergebnis aufgrund von § 344 Abs. 1 HGB?

Problematisch ist allerdings, ob die o.g. Grundsätze auch noch angewendet werden können, wenn es sich bei der

²⁷ Es empfiehlt sich, den § 241a Abs. 1 BGB als Legaldefinition von „Ware“ an den § 474 BGB im Gesetzestext zu kommentieren.

²⁸ Vgl. BGH NJW 2022, 686 (689) Rn. 44.

²⁹ Hoffmann, Das Zusammentreffen von Handelskauf und Verbrauchsgüterkauf: Wertungswidersprüche und Korrekturbedarf, BB 2005, 2090.

³⁰ Zimmermann, Der Verbrauchsgüterhandelskauf – Zum Verhältnis von Verbraucherschutz und Handelsrecht, JuS 2018, 842.

³¹ Wegen der in § 1 Abs. 2 HGB kodifizierten Vermutung ist B im Zweifel „Ist-Kaufmann“. Insofern hat die Eintragung im Handelsregister nach § 9 HGB lediglich deklaratorische Wirkung. Vertiefend zum Kaufmannsbegriff Müller, Der Kaufmannsbegriff, JA 2021, 454; Petig/Freisfeld, Die Kaufmannseigenschaft, JuS 2008, 770.

³² Nach dem Wortlaut des § 13 BGB bezieht sich der Verbraucherbegriff nur auf natürliche Personen, sodass jegliche juristischen Personen ausgeschlossen sind. Strittig ist hingegen, ob auch rechtsfähige Personengesellschaften i.S.d. § 14 Abs. 2 BGB (z.B. GbR, OHG, KG) ausgeschlossen sind. Siehe dazu Fritzsche in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2018, § 13 Rn. 35ff. m.w.N.

³³ St. Rspr. BGH NJW 2009, 3780 (3780) Rn. 8ff.; NJW 2018, 146 (149) Rn. 41; NJW 2021, 2281 (2288) Rn. 75; NJW 2022, 686 (689) Rn. 46.

³⁴ BGH NJW 2009, 3780 (3781) Rn. 10f.; NJW 2013, 2107 Rn. 18; NJW 2021, 2277 (2278) Rn. 18; NJW 2021, 2281 (2289) Rn. 84; NJW 2022, 686 (689) Rn. 46.

³⁵ Alexander in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, Stand: 01.05.2022, § 13 Rn. 291.

³⁶ Siehe auch zur Beweislast der Verbrauchereigenschaft Bülow, Beweislast für die Verbrauchereigenschaft nach § 13 BGB, WM 2011, 1349; Wolf/von Bismarck, Kaufmann, Unternehmer, Verbraucher – wann gilt das BGB, wann das HGB, wann Verbraucherrecht?, JA 2010, 841 (845).

³⁷ BGH NJW 2009, 3780 (3781) Rn. 10; NJW 2021, 2277 (2278) Rn. 18; NJW 2021, 2281 (2290) Rn. 94; NJW 2022, 686 (689) Rn. 47.

³⁸ Vgl. BGH NJW 2022, 686 (689) Rn. 49.

rechtsgeschäftlich handelnden natürlichen Person um einen Einzelkaufmann i.S.d. HGB handelt. Nach § 344 Abs. 1 HGB gelten nämlich die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte als im Zweifel zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig. Solche Geschäfte sind damit Handelsgeschäfte i.S.d. § 343 Abs. 1 HGB, bei deren Abschluss der Kaufmann in Ausübung seiner gewerblichen Tätigkeit und damit als Unternehmer i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB gehandelt hat.³⁹ Damit regeln die Vermutungen des § 344 Abs. 1 HGB und § 13 Hs. 2 BGB jeweils entgegengesetzte Rechtsfolgen. Es stellt sich insoweit die Frage nach dem Verhältnis des § 344 Abs. 1 HGB zu § 13 Hs. 2 BGB.

Der § 344 Abs. 1 HGB greift nur im Zweifel ein, d.h. nur, wenn der private Charakter nicht eindeutig feststeht,⁴⁰ was vorliegend der Fall ist. Für das Widerlegen der Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB, dass Geschäfte eines Kaufmanns zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, wird vorausgesetzt, dass der Vertragspartner den privaten Charakter des Geschäfts bei Vertragsschluss kannte oder kennen musste.⁴¹ Die Beweislast hierfür trägt der Kaufmann als diejenige Partei, die sich auf den privaten Charakter des Geschäfts beruft.⁴² Im konkreten Fall war der Privatcharakter für A indes nicht erkennbar. Maßgeblicher Zeitpunkt ist der Zeitpunkt der Geschäftsvornahme,⁴³ sodass der nachträgliche Beweis des Privatcharakters durch B die Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB nicht widerlegen kann. Prima facie läge damit kein Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB vor. Der § 344 Abs. 1 HGB könnte jedoch im vorliegenden Fall nicht anwendbar sein. Ob und ggf. inwieweit § 344 BGB der Anwendung von Verbraucherrecht entgegensteht bzw. umgekehrt die Vermutungswirkung des § 344 Abs. 1 HGB durch Verbraucherrecht eingeschränkt wird, ist strittig.⁴⁴

aa) Eine Ansicht: Differenzierung zwischen Käufer und Verkäufer

Vereinzelt wird danach unterschieden, ob die natürliche Person als Käufer oder Verkäufer auftritt.⁴⁵ So sei die Vermutungswirkung des § 344 Abs. 1 HGB überwiegend heranzuziehen, wenn auf Anbieterseite ein Unternehmer i.S.d. § 14 BGB gehandelt hat.⁴⁶ Gegen eine solche Anwendung des § 344 HGB auf Anbieterseite sollen keine unionsrechtlichen Bedenken bestehen, denn das unionsrechtliche Verbraucherrecht schütze Verbraucher regelmäßig nur in ihrer Rolle als Nachfrager und nicht als Anbieter.⁴⁷ Auf Käuferseite wird daher von einigen Literaturstimmen die Anwendbarkeit des § 344 HGB verneint, da ansonsten der unionsrechtlich vorgegebene Verbraucherschutz unterlaufen werden könnte.⁴⁸ Vorliegend steht B auf Käuferseite, sodass die Vermutungswirkung des § 344 Abs. 1 HGB nicht zur Anwendung kommen würde.

bb) Andere Ansicht: Anwendbarkeit des § 344 Abs. 1 HGB

Andere hingegen nehmen unabhängig von Anbieter- oder Verkäuferseite grundsätzlich eine Anwendung von § 344 Abs. 1 HGB an.⁴⁹ Es wird dabei vereinzelt darauf hingewiesen, dass der Verkauf beweglicher Sachen durch eine GmbH nach Rechtsprechung des BGH⁵⁰ gem. § 344 Abs. 1 HGB im Zweifel zum Betrieb ihres Handelsgewerbes gehört und für sie ein Unternehmergeschäft i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB darstellt.⁵¹ Folgt man diesem Ansatz, so lässt sich die Vermutungswirkung des § 344 Abs. 1 HGB im konkreten Fall anwenden, sodass B nicht als Verbraucher, sondern als Unternehmer i.S.d. § 14 BGB angesehen werden müsste. Im Ergebnis würde damit kein Verbrauchsgüterkauf vorliegen, sodass die Beweislastumkehr des § 477 Abs. 1 S. 1 BGB

³⁹ Fest in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch*, Band 2, 4. Aufl. 2020, HGB § 344 Rn. 20.

⁴⁰ Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*: HGB, 9. Aufl. 2019, § 344 Rn. 4.

⁴¹ BGH WM 1976, 424 (425); Fest in: Ebenroth et al. (Fn. 39), HGB § 344 Rn. 35; Kort, *Zum Begriff des Kaufmanns im deutschen und französischen Handelsrecht*, AcP 193 (1993), 453 (462); Leyens in: Hopt (vormals Baumbach/Hopt), *Handelsgesetzbuch*: HGB, 41. Aufl. 2022, HGB § 344 Rn. 3; K. Schmidt, *Handelsrecht – Unternehmensrecht I*, 6. Aufl. 2014, § 18 Rn. 22; a.A. Weyer, *Handelsgeschäfte (§§ 343ff. HGB) und Unternehmergeschäfte (§ 14 BGB)*, WM 2005, 490 (500f.).

⁴² Roth in: Koller et al. (Fn. 40), § 344 Rn. 4; K. Schmidt, HGB (Fn. 41), § 18 Rn. 22.

⁴³ Maultzsch in: Drescher/Fleischer/K. Schmidt, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 5, 5. Aufl. 2021, § 344 Rn. 3; Schmidt in: Ensthaler, *Gemeinschaftskommentar zum HGB*, 8. Aufl. 2015, § 344 Rn. 2.

⁴⁴ Vgl. dazu Pamp in: Oetker, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 7. Aufl. 2021, § 344 Rn. 7; vgl. auch Hoffmann (Fn. 29), BB 2005, 2090 (2091); Maultzsch in: MüKoHGB (Fn. 43), § 344 Rn. 24ff.; Micklitz in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 1, 9. Aufl. 2021, § 14 Rn. 33ff.; Weyer (Fn. 41), WM 2005, 490 (500) Wolf/von Bismarck (Fn. 36), JA 2010, 841 (847).

⁴⁵ Vgl. Maultzsch in: MüKoHGB (Fn. 43), § 344 Rn. 25f.

⁴⁶ Maultzsch in: MüKoHGB (Fn. 43), § 344 Rn. 24ff.; Fest in: Ebenroth et al. (Fn. 39), HGB § 344 Rn. 20.

⁴⁷ Maultzsch in: MüKoHGB (Fn. 43), § 344 Rn. 25.

⁴⁸ Herresthal, *Scheinunternehmer und Scheinverbraucher im BGB*, JZ 2006, 695 (699); Micklitz in: MüKoBGB (Fn. 44), § 13 Rn. 78; Pfeiffer, *Vom kaufmännischen Verkehr zum Unternehmerverkehr – Die Änderungen des AGB-Gesetzes durch das Handelsrechtsreformgesetz*, NJW 1999, 169 (173f.).

⁴⁹ Faber, *Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatlichen Übereinkommen und nationalem Zivil- und Kollisionsrecht*, ZEuP 1998, 854 (865f.); Lettl, NJW 2021, 2280, Anm. zu BGH, Urt. v. 07.04.2021 – VIII ZR 191/19; Lorenz in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 4, § 474 Rn. 32; Mansel in: Jauernig, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 18. Aufl. 2021, § 14 Rn. 2.; Maultzsch in: MüKoHGB (Fn. 43), § 344 Rn. 26.; Oetker/Maultzsch, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, 5. Aufl. 2018, § 2 Rn. 589.

⁵⁰ BGH NJW 2011, 3435 (3436) Rn. 19.

⁵¹ So verweisen z.B. Lorenz in: MüKoBGB (Fn. 44), § 474 Rn. 90 und Mansel in: Jauernig (Fn. 49), § 14 Rn. 2 auf das Urteil; dazu kritisch Looschelders (Fn. 1), NJW 2022, 659 (660).

nicht greifen würde.

cc) Dritte Ansicht: Unanwendbarkeit des

§ 344 Abs. 1 BGB

Nach wohl h.M., die auch vom BGH im vorliegenden Fall vertreten wird, ist der § 344 Abs. 1 BGB (in direkter oder analoger Anwendung) weder auf Käufer noch auf Verkäufer anwendbar, wenn natürliche Personen handeln.⁵² Nach Argumentation des BGH scheidet eine Anwendung des § 344 Abs. 1 BGB schon nach den Grundsätzen der Normensystematik aus.⁵³ Demnach gehe im Falle der Kollision ranggleicher innerstaatlicher Normen grundsätzlich das jüngere dem älteren Gesetz vor, es sei denn die ältere Regelung ist spezieller als die jüngere oder die Geltung des sog. „lex posterior-Grundsatzes“⁵⁴ wird abbedungen.⁵⁵ Der mit dem Fernabsatzgesetz⁵⁶ in seiner ursprünglichen Fassung eingeführte § 13 BGB ist im Verhältnis zu dem seit dem 01.01.1964 unverändert geltenden § 344 Abs. 1 HGB die jüngere⁵⁷ Vorschrift.⁵⁸ Ferner sei § 13 BGB nicht nur die jüngere, sondern im Bereich des hier einschlägigen Verbraucherrechts auch die speziellere⁵⁹ Vorschrift.⁶⁰ So kommt den §§ 13, 14 BGB nach dem in Erfüllung unionsrechtlicher⁶¹ Vorgaben zum Verbraucherschutz entwickelten gesetzgeberischen Konzept u.a. die Funktion zu, die Voraussetzungen für das Eingreifen der an verschiedenen Stellen im BGB verankerten Verbraucherschützenden Normen (z.B. beim hier vorliegenden Verbrauchsgüterkauf, §§ 474ff. BGB), einheitlich zu

bestimmen.⁶² Die §§ 13, 14 BGB treffen zu diesem Zweck in Bezug auf die europarechtlich⁶³ geprägte Abgrenzung zwischen Verbraucher- und Unternehmerhandeln eine eigenständige Regelung, die der Einordnung des rechtsgeschäftlichen Handelns einer natürlichen Person diene, die eine gewerbliche oder selbstständige (neben-)berufliche Tätigkeit ausübt, also nach diesen Bestimmungen grundsätzlich sowohl Verbraucher als auch Unternehmer sein könne.⁶⁴ Für eine ergänzende Heranziehung des § 344 Abs. 1 HGB, dessen Regelungsziel allein der handelsrechtlich gebotene Vertrauens- und nicht der Verbraucherschutz ist,⁶⁵ bestehe im Rahmen des § 13 BGB, jedenfalls sofern es um die verbraucherrechtliche Einordnung des rechtsgeschäftlichen Handelns einer natürlichen Person geht, kein Platz.⁶⁶ Damit einhergehend würde durch Anwendung des § 344 Abs. 1 HGB in Fällen, in denen die Verbrauchereigenschaft desjenigen, der sich auf das Vorliegen eines Verbrauchergeschäfts für sich beruft, streitig ist, die in § 13 BGB zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Wertung einer den Verbraucher privilegierten Verteilung der Darlegungs- und Beweislast unterlaufen werden und damit zu einer dieser Regelung und den europarechtlichen Vorgaben widersprechenden Einschränkung des Verbraucherschutzes führen.⁶⁷

Übertragen auf den vorliegenden Fall würde es deshalb bei dem schon festgestellten Ergebnis, dass die Vermutung des § 13 Hs. 2 BGB für die Verbrauchereigenschaft des B

⁵² BGH NJW 2022, 686 (689) Rn. 42ff.; dem Ergebnis des Urteils hinsichtlich der Unanwendbarkeit des § 344 HGB auch zustimmend *Eufinger*, GWR 2022, 95, Anm. zu BGH, Urt. v. 10.11.2021 – VIII ZR 187/20; *Looschelders* (Fn. 1), NJW 2022, 659 (660); *A. Staudinger* (Fn. 5), jM 2022, 232; ebenfalls für eine Unanwendbarkeit *Alexander* in: BeckOGK (Fn. 35), § 14 Rn. 236; *Fritzsche* in: *Staudinger* (Fn. 32), § 13 Rn. 46, 67; *Lehmann-Richter* in: *Häublein/Hoffmann-Theinert*, Beck'scher Online-Kommentar zum HGB, 36. Ed., Stand: 15.04.2022, § 344 Rn. 5; *Roth* in: *Koller et al.* (Fn. 40), § 344 Rn. 2; *Saenger* in: *Erman*, BGB, Band 1, 16. Aufl. 2020, § 13 Rn. 17; zurückhaltender *Leyens* in: *Hopt* (Fn. 41), HGB § 344 Rn. 2 und *Pamp* in: *Oetker* (Fn. 44), § 344 Rn. 7, welche die Ansicht vertreten, dass die Anwendung von Verbraucherschutzvorschriften durch § 344 HGB zumindest nicht erschwert werden solle.

⁵³ BGH NJW 2022, 686 (690) Rn. 52.

⁵⁴ *Lex posterior derogat legi priori* (lat.: „Das jüngere Gesetz hebt das ältere Gesetz auf“). Ausführlich zu diesem Rechtsgrundsatz und weiteren Rechtsgrundsätzen *Vranes*, *Lex Superior*, *Lex Specialis*, *Lex Posterior* – Zur Rechtsnatur der „Konfliktlösungsregeln“, *ZaöRV* 2005, 391; Siehe auch *Barczak*, *Rechtsgrundsätze*, *Baupläne für die normative Einheits- und Systembildung*, *JuS* 2021, 1; *ders.*, *Normenkonkurrenz und Normenkollision*, *JuS* 2015, 969.

⁵⁵ BVerfGE 141, 1 (21) Rn. 50; BGHZ 219, 1 (23); BGH NJW 2022, 686 (690) Rn. 52.

⁵⁶ Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, 27.06.2000, BGBl. 2000 I, S. 897.

⁵⁷ Zuletzt wurde die Vorschrift nach Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie (ABl. 2011 L 304, S. 64ff.) durch das am 13.06.2014 in Kraft getretene „Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung“ vom 20.09.2013 (BGBl. I S. 3642) verändert. Hierbei wurde der Wortlaut der Norm um ein „überwiegend“ ergänzt. Ausführlich zur Reform *Meier*, *Der Verbraucherbegriff nach der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie*, *JuS* 2014, 777.

⁵⁸ BGH NJW 2022, 686 (690) Rn. 52.

⁵⁹ Dies entspricht also dem Grundsatz „*lex specialis derogat legi generali*“ (lat.: Das speziellere Gesetz geht dem Allgemeineren vor“).

⁶⁰ BGH NJW 2022, 686 (690) Rn. 52.

⁶¹ Zu den europarechtlichen Ursprüngen des Verbraucherbegriffs und dem Unterschied zwischen dem deutschen und dem europäischen Verbraucherbegriff *Kellermann*, *Der deutsche Verbraucherbegriff – eine Würdigung der streitigen Einzelfälle*, *JA* 2005, 546ff.; Siehe auch zu den europarechtlichen Rechtsquellen und Vorgaben für die Auslegung des Verbraucherbegriffs *Prütting* in: *Prütting/Wegen/Weinreich*, *BGB Kommentar*, 17. Aufl. 2022, § 13 Rn. 2ff.

⁶² BGH NJW 2022, 686 (689) Rn. 49.

⁶³ Vgl. Art. 2 lit. b, c RL 93/13/EWG (RL über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen); Art. 1 Abs. 2 lit. a, c RL 1999/44/EG (Verbrauchsgüterkauf-RL); *BT-Drs.* 14/6040, S. 242f.

⁶⁴ BGH NJW 2022, 686 (689) Rn. 49.

⁶⁵ BGH NJW 2018, 150 (154) Rn. 37 m.w.N.

⁶⁶ BGH NJW 2022, 686 (689) Rn. 50. Der BGH erstreckt seine Entscheidung auch auf die Verkäuferseite: BGH NJW 2022, 686 (690) Rn. 54ff. Siehe dazu *Looschelders* (Fn. 1), *NJW* 2022, 659 (660).

⁶⁷ BGH NJW 2022, 686 (689) Rn. 51.

spricht, bleiben. Es ergebe sich damit die objektive Zweckrichtung eines Verbrauchergeschäfts, sodass im Ergebnis ein Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegen würde.

dd) Stellungnahme

Da die Meinungen der einen Ansicht und der dritten Ansicht mit der anderen Ansicht nicht im Einklang stehen, ist eine Stellungnahme erforderlich. Zunächst ist festzuhalten, dass sich die von der anderen Ansicht herangezogene BGH-Rechtsprechung⁶⁸ gar nicht auf den vorliegenden Fall übertragen lässt. In der zitierten Entscheidung war auf der Verkäuferseite eine GmbH als Formkaufmann gem. § 6 Abs. 1 HGB, § 13 Abs. 3 GmbHG an dem Rechtsgeschäft beteiligt, weshalb sich die Abgrenzungsfrage zwischen Verbraucher- und Unternehmerhandeln mangels Verbrauchereigenschaft einer GmbH (da sie als juristische Person nicht Verbraucher i.S.d. § 13 BGB sein kann), gar nicht gestellt hat und der Senat vielmehr eine anders gelagerte Frage bejaht hat.⁶⁹ Ferner sind ohnehin alle Geschäfte einer Handelsgesellschaft i.S.d. § 6 HGB dem Betrieb eines Handelsgewerbes zurechenbar, da sie keine private Rechtssphäre haben, sodass dem § 344 Abs. 1 HGB in solchen Fällen keine praktische Bedeutung zukommt.⁷⁰ Auch ist es überzeugend, im Falle der Normenkollision von § 13 BGB und § 344 HGB auf allgemeine Rechtsgrundsätze, wie in diesem Fall auf den lex-posterior-Grundsatz, zurückzugreifen.⁷¹

Das auch durch Unionsrecht geprägte deutsche gesetzgeberische Ziel eines umfassenden Schutzniveaus für Verbraucher kann nur erreicht werden, wenn keine handelsrechtlichen Vorschriften – wie hier der § 344 Abs. 1 HGB – Anwendung finden, die das Verbrauchsgüterkaufrecht aushebeln und so den Schutz des Käufers einschränken würden.⁷² Würde man den § 344 Abs. 1 HGB (direkt oder entsprechend) in Konstellationen vorliegender Art anwenden, so würden sämtliche Rechtsgeschäfte eines Kaufmanns bis zum Nachweis ihrer Zugehörigkeit zum privaten Handeln des potentiell unternehmerisch Tätigen dem

§ 14 BGB zugeordnet, was den Anwendungsbereich des § 13 BGB erheblich verkürzen würde.⁷³ Überdies würde eine Anwendung des § 344 Abs. 1 HGB auf die Abgrenzung zwischen Verbraucher- und Unternehmerhandeln dem europäischen Richtlinienrecht widersprechen, sodass die Anwendung der Vermutungsregelung im Rahmen der Auslegung nicht mehr als europarechtskonform zu beurteilen wäre.⁷⁴

Damit sind die Ansichten vorzugswürdig, die zu einem Vorrang der §§ 13, 14 BGB kommen, sodass die Anwendung des § 344 Abs. 1 HGB auf die Abgrenzung zwischen Verbraucher- und Unternehmerhandeln im Kontext der §§ 13, 14 BGB bei natürlichen Personen abzulehnen ist.

c) Zwischenergebnis

Folglich ist § 344 Abs. 1 HGB auf den vorliegenden Sachverhalt nicht anwendbar, sodass es bei der Verbrauchereigenschaft des B kraft Negativformulierung des § 13 Hs. 2 BGB bleibt. Es liegen damit alle Voraussetzungen eines Verbrauchsgüterkaufs i.S.d. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB vor.

2. Keine Unvereinbarkeit der Vermutung nach § 477 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB

Infolgedessen begründen die innerhalb eines Jahres⁷⁵ seit Gefahrübergang i.S.d. § 446 S. 1 BGB auftretenden Mängel die Vermutung, dass der von § 434 BGB abweichende Zustand der Ware bei Gefahrübergang vorlag.⁷⁶ Die Mängel am Auto des B zeigten sich noch im selben Jahr, in dem auch die Kaufsache übergeben wurde, sodass sich innerhalb eines Jahres seit Gefahrübergang ein von § 434 BGB abweichender Zustand der Ware gezeigt hat.

Bezüglich der Verschleißschäden könnte die Vermutung jedoch wegen einer etwaigen Unvereinbarkeit mit der Art des mangelhaften Zustandes (§ 477 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB) ausscheiden. Die Beweislastumkehr kommt jedoch auch bei einer Beschaffenheitsvereinbarung über das Fehlen stärkeren Verschleißes zur Anwendung, da sich ein Verschleiß vom vorliegenden Gewicht nicht innerhalb eines halben Jahres nach Gefahrübergang entwickelt.⁷⁷ Da sich

⁶⁸ BGH NJW 2011, 3435 (3436) Rn. 19.

⁶⁹ Vgl. BGH NJW 2022, 686 (689) Rn. 57.

⁷⁰ Looschelders (Fn. 1), NJW 2022, 659 (660); Maultzsch in: MüKoHGB (Fn. 43), § 344 Rn. 2.

⁷¹ Der Begründung des BGH anhand des lex-posterior-Grundsatzes ebenfalls zustimmend Eufinger (Fn. 52), GWR 2022, 95, Anm. zu BGH, Urt. v. 10.11.2021 – VIII ZR 187/20; Looschelders (Fn. 1), NJW 2022, 659 (660, 662).

⁷² Hoffmann (Fn. 29), BB 2005, 2090 (2093).

⁷³ Herresthal (Fn. 48), JZ 2006, 695 (699).

⁷⁴ Pfeiffer (Fn. 48), NJW 1999, 169 (173f.).

⁷⁵ Siehe Fn. 26.

⁷⁶ Grund für diese Umkehr der Beweislast ist laut Gesetzesbegründung zu § 476 BGB aF (nun: § 477 BGB) der Umstand, dass der Unternehmer in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Übergabe über die im Vergleich zum Verbraucher besseren Erkenntnis- und Beweismöglichkeiten verfügt. BT-Drs. 14/6040, S. 245.

⁷⁷ Vgl. BGH NJW 2022, 686 (691) Rn. 68.

die beiden Vertragsparteien vorliegend mittels Beschaffensvereinbarung darauf geeinigt haben, dass stärkerer Verschleiß – wie im vorliegenden Fall – in Form der Durchrostungen nicht vorliegt, ist die Vermutung des § 477 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB innerhalb der Dauer der Beweislastumkehr nicht nach § 477 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB ausgeschlossen.⁷⁸

3. Zwischenergebnis

Damit wird zugunsten des B vermutet, dass die Sachmängel zum Zeitpunkt des Gefahrenüberganges bereits vorliegen.

IV. Angemessene Frist zur Nacherfüllung,

§§ 437 Nr. 1, 439 BGB

Aufgrund des „Rechts zur zweiten Andienung“⁷⁹ gebührt der Nacherfüllung (§§ 437 Abs. 1 Nr. 1, 439 BGB) durch den Verkäufer der Vorrang.⁸⁰ B hat der A eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt, sodass er Schadensersatz geltend machen kann.

V. Rechtsfolge

B könnte damit von A Schadensersatz statt der Leistung aus § 437 Nr. 3, § 434 Abs. 1 S. 1, § 280 Abs. 1, 3, § 281 Abs. 1 S. 1 BGB verlangen, wenn ein zu ersetzender Schaden vorliegt. Ein Schaden im Rechtssinne liegt bei jeder Beeinträchtigung eines vermögenswerten oder rein ideellen Interesses vor.⁸¹ Der PKW des B trägt Verschleißspuren (u.a. Durchrostungen) und Defekte an unterschiedlichen Fahrzeugteilen davon, sodass B's Vermögen beeinträchtigt wurde. Beim Schadensersatz statt der Leistung ist der Käufer so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung gestanden hätte (§§ 249 Abs. 1, 251 Abs. 1 BGB). Die Schadensberechnung erfolgt nach der Differenzhypothese,⁸² also durch den Vergleich der tatsächlichen Vermögenslage des Käufers mit der hypothetischen Lage bei ordnungsgemäßer Erfüllung.⁸³

B hat den Schaden nicht beheben lassen, sondern berechnet seinen Schaden auf Basis eines Kostenvoranschlags der Nettopreparaturkosten i.H.v. 9.530,34 EUR einschließlich der Untersuchungskosten, sodass ihm die Reparaturkosten tatsächlich (noch) gar nicht entstanden sind. Dies ist jedoch unschädlich, da sich der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus § 437 Nr. 3, § 434 Abs. 1 S. 1, § 280 Abs. 1, 3, § 281 Abs. 1 S. 1 BGB auch anhand der voraussichtlich erforderlichen („fiktiven“) Mängelbeseitigungskosten bemessen lassen kann.⁸⁴ Ansonsten hätte der Käufer bedingt durch die Pflichtverletzungen des Verkäufers – in Form der mangelhaften Lieferung und ausgebliebenen Nacherfüllung – die Nachteile und Risiken einer Vorfinanzierung für die Mängelbeseitigung zu tragen, denn einen Anspruch auf Vorschuss für eine Selbstvornahme kennt das Kaufrecht, anders als das Werkvertragsrecht⁸⁵ (siehe § 637 Abs. 3 BGB), nicht.⁸⁶ Da die Mängel nicht behoben sind, sondern nur die fiktiven Mängelbeseitigungskosten festgestellt wurden, ist die Umsatzsteuer nicht schadensersatzfähig. Diese wäre nur zu ersetzen, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen wäre.⁸⁷ B kann damit Schadensersatz statt der Leistung i.H.v. insgesamt 9.530,34 EUR verlangen.

B. Gesamtergebnis

Folglich hat B gegen A einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung i.H.v. 9.530,34 EUR aus §§ 437 Nr. 3, § 434 Abs. 1 S. 1, § 280 Abs. 1, 3, § 281 Abs. 1 S. 1 BGB.

FAZIT

Nach Lektüre der Entscheidung sollte dem Leser bekannt sein, dass nach Ansicht des BGH im Falle von Rechtsgeschäften einer natürlichen Person, die auch Einzelkaufmann sein kann, die Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB nicht greifen soll, sondern das Handeln kraft Vermutung des § 13

⁷⁸ Vgl. BGH NJW 2022, 686 (691) Rn. 68; Wäre keine Beschaffensvereinbarung über das Fehlen stärkeren Verschleißes getroffen, wäre es im vorliegenden Fall auf die strittige Frage angekommen, ob Verschleißmängel unter den Vermutungsausschluss nach § 477 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB (§ 476 Hs. 2 Alt. 2 BGB aF) fallen. Siehe zu einzelnen Fundstellen in Bezug auf den Streitstand BGH NJW 2022, 686 (691) Rn. 69.

⁷⁹ Zur Entstehung des juristischen Terminus „Andienung“ Schroeter, Das Recht zur zweiten Andienung im System des Schuldrechts, AcP 207 (2007), 28 (29); begrifflich wurde im Gesetzgebungsverfahren auch von einer „letzten Chance“ oder „Möglichkeit zur zweiten Andienung“ für den Verkäufer gesprochen, BT-Drs. 14/6040, S. 220.

⁸⁰ BGHZ 162, 219 (227); Westermann in: MüKoBGB (Fn. 44), § 439 Rn. 2; Höpfner in: BeckOGK (Fn. 35), Stand: 01.05.2022, § 437 Rn. 68ff.; Ausführlich zum Vorrang der Nacherfüllung Lorenz, Nacherfüllungsanspruch und Obliegenheiten des Käufers: Zur Reichweite des „Rechts zur zweiten Andienung“, NJW 2006, 1175; Schubel, Die zweite Andienung des Verkäufers nach der Umsetzung der Warenkaufrichtlinie, JZ 2022, 73.

⁸¹ Oetker in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 16.

⁸² Ausführlich Mohr, Berechnung des Schadens nach der Differenzhypothese, Jura 2010, 327.

⁸³ Grüneberg (vormals Palandt), Bürgerliches Gesetzbuch, 81. Auflage 2022, Vorb. § 249 Rn. 10.

⁸⁴ BGHZ 200, 350 (354); BGH NJW 2022, 686 (694) Rn. 94; siehe dazu auch Ernst in: MüKoBGB (Fn. 81), § 281 Rn. 149f.

⁸⁵ Im Werkvertragsrecht hat der VII. Zivilsenat des BGH seine frühere Rechtsprechung in Bezug auf die Bezifferung des Schadensersatzes statt der Leistung anhand der fiktiven Mängelbeseitigungskosten aufgegeben. Nun umfasst der werkvertragliche Anspruch auf kleinen Schadensersatz gem. § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 Abs. 1 BGB keine fiktiven Mängelbeseitigungskosten mehr. Vgl. BGHZ 218, 1 (10) Rn. 31ff.; bestätigt durch BGH NJW-RR 2018, 1038.

⁸⁶ BGH NJW 2022, 686 (694) Rn. 95.

⁸⁷ Vgl. BGHZ 229, 115.

Hs. 2 BGB im Zweifel als Verbraucherhandeln zu klassifizieren ist. Wie im Hauptteil ausführlich dargelegt wird dies u.a. mit Hilfe des *lex-posterior*-Grundsatzes sowie den in den §§ 13, 14 BGB umgesetzten europarechtlichen Vorgaben im Hinblick auf den Verbraucherschutz begründet, die unterlaufen werden würden, sofern man § 344 Abs. 1 HGB zuungunsten einer natürlichen Person anwenden würde. Die Entscheidungsbesprechung sollte den Examenskandidaten Anlass geben, sich noch einmal die ausgesprochen hohe Prüfungsrelevanz des neuen Kaufrechts, insbesondere des Verbrauchsgüterkaufs i.S.d. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB, zu vergegenwärtigen und ggf. weiter zu vertiefen.⁸⁸ Ebenfalls ist die Argumentation des BGH mithilfe von allgemeinen Rechtsgrundsätzen didaktisch wertvoll, denn ebenso wie der klassische Auslegungskanon⁸⁹, gehören diese zum juristischen Handwerkszeug.

Auf zwei im Gutachten nicht aufgegriffene wichtige Schwerpunkte der Entscheidung soll in gebotener Kürze noch im Folgenden eingegangen werden:

Der BGH präzisiert mit seiner Entscheidung die Reichweite der Vermutung nach § 476 BGB aF (§ 477 BGB nF). Nach früherer, enger BGH-Rechtsprechung war die Beweislastumkehr des § 476 BGB aF darauf begrenzt, dass ein vom Käufer nachgewiesener Mangel, welcher sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang gezeigt hat, bereits bei Gefahrübergang vorgelegen hat und der Verkäufer konnte diese damit widerlegen, dass der konkrete Mangel bei Gefahrübergang noch nicht vorhanden war.⁹⁰ Geprägt durch das Urteil des EuGH aus 2015 in der Rechtssache Faber⁹¹ wurde diese enge Auffassung verworfen.⁹² Nunmehr ist nach neuer Rechtsprechung des BGH die Vermutung bereits dann zugunsten des Verbrauchers anwendbar, wenn der Käufer darlegen und beweisen kann, dass sich innerhalb von sechs (nach § 477 Abs. 1 S. 1 BGB nF nunmehr zwölf) Monaten ab Gefahrübergang ein mangelhafter Zustand (sog. „Mangelercheinung“) gezeigt hat, der unterstellt, er hätte seine Ursache in einem dem Verkäufer zuzurechnenden Umstand, dessen Haftung wegen Abweichung von der geschuldeten Beschaffenheit begrün-

den würde.⁹³ Weiterhin führt der BGH aus, dass der Nachweis einer Funktionsstörung im konkreten Fall nicht für die Feststellung eines Mangelzustands ausreiche, sondern der Käufer ferner nachweisen müsse, dass diese innerhalb des Zeitraums der Beweislastumkehr aufgetreten seien und nicht auf „normalen“ Verschleiß beruhen, denn letzterer stelle keinen Mangel dar.⁹⁴

Zudem ist der BGH in seinem Urteil noch auf weitere prozessualrechtliche Aspekte des § 477 BGB nF im Hinblick auf die Darlegungs- und Beweislast eingegangen und hat der Norm eine „Ausstrahlungswirkung“ und „Fortwirkung“ dahingehend zugebilligt, dass der Käufer auch zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung oder ggf. im Zeitpunkt der im Wege einer berechtigten Selbstvornahme durchgeführten Mangelbeseitigung ebenfalls nur das Fortbestehen des innerhalb dieser Frist unstrittig oder nachgewiesenermaßen aufgetretenen mangelhaften Zustands zu beweisen habe.⁹⁵ Hierauf konnte aus didaktischen Gründen nicht weiter eingegangen werden.⁹⁶

⁸⁸ Zur Vertiefung des Verbrauchsgüterkaufs siehe z.B. Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 17. Aufl. 2022, § 14 Rn. 1ff.

⁸⁹ Gemeint sind natürlich die auf v. Savigny zurückzuführende Wortlaut-, die systematische, die teleologische sowie die (in Klausuren weniger relevante) historische Auslegung. Zur Vertiefung der Auslegungsgrundsätze siehe z.B. Möllers, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 4 Rn. 1ff., § 5 Rn. 1ff.; Schäfers, Einführung in die Methodik der Gesetzesauslegung, JuS 2015, 875; Zippelius, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2021, § 8.

⁹⁰ Vgl. BGHZ 159, 215 (217f.); 167, 40 (48).

⁹¹ EuGH, NJW 2015, 2237 (2240) Rn. 66ff.

⁹² Ausführlich zur Änderung der BGH-Judikatur BGHZ 212, 224 (231) Rn. 20ff.

⁹³ BGHZ 212, 224 (236) Rn. 35ff.; 226, 1 (16) Rn. 54ff.; BGH NJW 2022, 686 (692) Rn. 72.

⁹⁴ BGH NJW 2022, 686 (692) Rn. 74f.

⁹⁵ BGH NJW 2022, 686 (693) Rn. 87ff.

⁹⁶ Das Nachlesen der prozessualen Fragen des Urteils ist jedoch für Referendare zu empfehlen. Dazu ausführlich Looschelders (Fn. 1), NJW 2022, 659 (660ff.); A. Staudinger (Fn. 5), jM 2022, 232 (233f.).

Verpflichtende Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks

stud. iur. Nils Grimmig, B.A.

BVerfG, Beschl. v. 23.3.2022, 1 BvR 1187/17

Art. 3 Abs. 1; Art. 12 Abs. 1; Art. 14 Abs. 1 GG; BüGembeteilG

Sachverhalt (vereinfacht und gekürzt)

Das inländische Unternehmen U errichtet und betreibt Windenergieanlagen und wurde in der Rechtsform einer Kommanditgesellschaft mit einer GmbH als Komplementärin gegründet. Es ist unter anderem in Mecklenburg-Vorpommern tätig. Ebendort stellte die U GmbH & Co. KG im Mai 2017 einen Antrag auf Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb eines Windparks mit zwei Anlagen. Die begehrte immissionsschutzrechtliche Genehmigung wurde bislang noch nicht erteilt.

Das Bundesland Mecklenburg-Vorpommern erließ im Jahr 2016 das Gesetz über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern (Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetz – BüGembeteilG), um die Akzeptanz der Bürgerinnen und Bürger für die Errichtung von Windenergieanlagen zu steigern. Dieses Gesetz regelt in seinem § 3 Abs. 1 S. 1, dass die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen in Mecklenburg-Vorpommern nur durch eine ausschließlich diesen Zwecken dienende projektbezogene Gesellschaft als Vorhabenträger erfolgen darf. Zudem erlegt § 4 Abs. 1 S. 1 BüGembeteilG dem Vorhabenträger eine Beteiligungspflicht auf. Dies bedeutet, dass er den Kaufberechtigten, also den Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden im Umkreis von 5 km von der Windenergieanlage (§ 5 Abs. 1, 2 BüGembeteilG), mindestens 20 % ihrer Gesellschaftsanteile offerieren muss.

Die Beteiligungspflicht aus § 4 Abs. 1 S. 1 BüGembeteilG kann der Vorhabenträger gem. § 10 Abs. 5 BüGembeteilG nur dann abwenden, wenn er den kaufberechtigten Gemeinden eine Ausgleichsabgabe gem. § 11 BüGembeteilG zahlt und den kaufberechtigten Bürgerinnen und Bürgern ein Sparprodukt nach § 12 BüGembeteilG offeriert. Die Entscheidung zur Wahl dieser Alternative muss der Vorhabenträger den kaufberechtigten Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden gem. § 10 Abs. 6 S. 1 BüGembeteilG unverzüglich nach Erhalt der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung erklären. Die Beteiligungspflicht erlischt indessen erst und auch nur dann, wenn alle betroffenen Gemeinden dem zustimmen (§ 10 Abs. 7 S. 2 BüGembeteilG). Dies bedeutet, dass die Gemeinden eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung an der Projektgesellschaft erzwingen können. Schließlich trifft den Vorhabenträger auch eine Informationspflicht aus § 4 Abs. 3 BüGembeteilG. Demnach hat er die kaufberechtigten Gemeinden unverzüglich nach Erhalt der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung oder nach dem Gewinn einer Ausschreibung im Einzelnen über das Vorhaben und die wirtschaftlichen Rahmendaten eines Anteilserwerbs zu informieren. Diese Pflicht besteht auch im Falle der Ausübung des Wahlrechts aus § 10 Abs. 5 BüGembeteilG, wenn der Vorhabenträger die Gemeinden also nicht an der Projektgesellschaft beteiligen, sondern stattdessen die Zahlung der Ausgleichsabgabe anbieten möchte. In diesem Fall sind diese Informationen nach § 10 Abs. 6 S. 2 BüGembeteilG der Erklärung über die Entscheidung zur Wahl der Alternative zur Beteiligungspflicht beizufügen.

Die U GmbH & Co. KG sieht sich durch die §§ 3, 4, 6, 10, 11 und 12 BüGembeteilG unverhältnismäßig in ihren Grundrechten der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG und der Eigentumsfreiheit aus Art. 14 Abs. 1 GG beeinträchtigt. So müsse die projektbezogene Gesellschaft selbst dann errichtet werden, wenn dem steuerliche, personelle oder verwaltungstechnische Gründe entgegenstünden. Die Pflicht zur Sicherung eines angemessenen Einflusses der Gemeinden auf die Projektgesellschaft schränke die unternehmerische Freiheit ebenso wie die Pflicht zur Offerte von 20 % der Gesellschaftsanteile, die zudem unter dem Marktwert angeboten werden müssten, erheblich ein. Diesen

Eingriffen stünden auch keine öffentlichen Belange von Gewicht gegenüber. Schließlich stelle die Begrenzung dieser Beteiligungspflicht auf Betreiber von Windenergieanlagen eine Verletzung des Gleichheitssatzes gem. Art. 3 Abs. 1 GG dar. Denn auch andere große Infrastrukturprojekte stießen häufig auf großen Widerstand in der Bevölkerung, nutzten große Flächen und brächten umfangreiche Belastungen für die Anwohner mit sich.

Die U GmbH & Co. KG möchte sich hinsichtlich einer möglichen Verletzung ihrer Rechte aus Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG an das Bundesverfassungsgericht wenden.

Hat ein in Betracht kommendes Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht Aussicht auf Erfolg?

Bearbeitungshinweis:

Von der Einhaltung der einschlägigen Formvorschriften und Fristen ist auszugehen. Die Normen des BüGembeteilG wurden hier aus Übersichtlichkeitsgründen nicht vollständig abgedruckt. Daher ist die Auseinandersetzung mit den im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsproblemen ausreichend. Das Gesetzgebungsverfahren zum BüGembeteilG ist zudem ordnungsgemäß durchgeführt worden.

EINORDNUNG

Das Bundesverfassungsgericht hatte hier den Fall eines Landesgesetzes zu entscheiden, das Unternehmen, die Windenergieanlagen an Land errichten wollen, zur Gründung einer Projektgesellschaft und zur wirtschaftlichen Beteiligung lokaler Akteure verpflichtet. In Betracht kamen hier die Verletzung der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, der Eigentumsfreiheit aus Art. 14 Abs. 1 GG sowie des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG. Besonders relevant war in diesem Zusammenhang das Verhältnis bzw. die Abgrenzung zwischen Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG. Schwerpunkt der verfassungsrechtlichen Prüfung des Bundesverfassungsgerichts war einerseits die Gesetzgebungskompetenz des Landes Mecklenburg-Vorpommern und andererseits die Verhältnismäßigkeit des Eingriffes in die Grundrechte der U GmbH & Co. KG.

Die Regelung einer solchen Beteiligungspflicht und Pflicht zur Gründung einer projektbezogenen Gesellschaft stellt dabei ein Novum in der Bundesrepublik Deutschland dar. Daher hatte sich das Bundesverfassungsgericht zu einer bisher gänzlich unbekanntem Problematik zu äußern. Im Kontext einer möglichen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des dadurch bewirkten Eingriffes waren die Gemeinwohlziele des Klimaschutzes als Staatszielbestimmung aus Art. 20a GG und als Schutzpflicht für die Grundrechte aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG sowie die

Sicherung der Stromversorgung von besonderer Bedeutung. Hinsichtlich des Gemeinwohlziels des Klimaschutzes war daher insbesondere auch der wegweisende „Klimaschutz-Beschluss“¹ des Bundesverfassungsgerichts vom 24. März 2021 zu berücksichtigen.

AMTLICHE LEITSÄTZE

1. Gesetzliche Pflichten zu einer bestimmten rechtsgeschäftlichen Nutzung bereits bestehender Rechtsformen und Gestaltungsmöglichkeiten des Gesellschaftsrechts schaffen selbst kein zum „Recht der Wirtschaft“ im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gehörendes Gesellschaftsrecht, sondern sind kompetenzrechtlich entsprechend dem Zweck der Pflichten einzuordnen.
2. Von den Betreibern von Windenergieanlagen an die Standortgemeinden zu zahlende Abgaben, die nach ihrer gesetzlichen Ausgestaltung dem gemeinwohldienlichen Ausbau der Windenergie an Land dienen, indem die Mittel aus der Abgabe zur Verbesserung der Akzeptanz neuer Anlagen bei den Einwohnern der Gemeinde verwendet werden, unterfallen als nichtsteuerliche Abgaben den Sachgesetzgebungskompetenzen.
3. Der Ausbau erneuerbarer Energien dient dem Klimaschutzziel des Art. 20a GG und dem Schutz von Grundrechten vor den Gefahren des Klimawandels, weil mit dem

¹ BVerfGE 157, 30; siehe zu diesem Beschluss auch die Besprechung in dieser Zeitschrift *Ordina*, Grundrechtsschutz in Anbetracht des Klimawandels, HanLR 2021, 152.

dadurch CO₂-emissionsfrei erzeugten Strom der Verbrauch fossiler Energieträger zur Stromgewinnung und in anderen Sektoren wie etwa Verkehr, Industrie und Gebäude verringert werden kann. Der Ausbau erneuerbarer Energien dient zugleich dem Gemeinwohlziel der Sicherung der Stromversorgung, weil er zur Deckung des infolge des Klimaschutzziels entstehenden Bedarfs an emissionsfrei erzeugtem Strom beiträgt und überdies die Abhängigkeit von Energieimporten verringert.

4. Der für die Abwägung mit gegenläufigen grundrechtlich geschützten Interessen maßgeblichen Bedeutung einzelner Maßnahmen zum Ausbau erneuerbarer Energien für den Klimaschutz und den Schutz der Grundrechte vor den Gefahren des Klimawandels kann nicht entgegengehalten werden, dass die einzelne Maßnahme für sich genommen im Vergleich zur global emittierten Gesamtmenge von CO₂ geringfügig ist. Deren Bedeutung für den Klimaschutz und den Schutz der Grundrechte vor den Gefahren des Klimawandels sowie für die Sicherung der Stromversorgung hängt bei Maßnahmen der Länder oder Kommunen, insbesondere denen mit Pilotcharakter, auch von der Strommenge ab, die durch gleichartige Maßnahmen anderer Länder oder Gemeinden erzielt wird oder erzielt werden kann.

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde

- I. Zuständigkeit des BVerfG
- II. Beschwerdefähigkeit, § 90 Abs. 1 BVerfGG
- III. Prozessfähigkeit
- IV. Beschwerdegegenstand, § 90 Abs. 1 BVerfGG
- V. Beschwerdebefugnis, § 90 Abs. 1 BVerfGG
- VI. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität, § 90 Abs. 2 BVerfGG
- VII. Form und Frist
- VIII. Ergebnis der Prüfung der Zulässigkeit

B. Begründetheit einer Verfassungsbeschwerde

I. Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG

1. Eröffnung des Schutzbereiches
2. Eingriff in den Schutzbereich

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

- a) Grundrechtsschranke
- b) Verfassungsmäßigkeit der

Grundrechtsschranke

aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit

bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit

- II. Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG
- III. Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG
- IV. Ergebnis der Prüfung der Begründetheit
- C. Gesamtergebnis

In Betracht kommt für die U GmbH & Co. KG die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 90ff. BVerfGG. Diese hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

A. Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde

Zunächst müsste eine Verfassungsbeschwerde der U GmbH & Co. KG zulässig sein.

I. Zuständigkeit des BVerfG

Für die Entscheidung über Verfassungsbeschwerden ist das BVerfG gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 90ff. BVerfGG zuständig.

II. Beschwerdefähigkeit, § 90 Abs. 1 BVerfGG

Weiterhin müsste die U GmbH & Co. KG beschwerdefähig sein. Nach § 90 Abs. 1 BVerfGG kann grundsätzlich „jedermann“ Verfassungsbeschwerde erheben, obgleich der Beschwerdeführer in Bezug auf die von ihm gerügten Grundrechte materiell grundrechtsfähig sein muss.² Problematisch ist diesbezüglich, dass es sich bei der U GmbH & Co. KG nicht um eine natürliche Person handelt. Insofern könnte sich ihre Grundrechtsfähigkeit nach Art. 19 Abs. 3 GG richten.

1. Inländische juristische Person

Dafür müsste die U GmbH & Co. KG eine inländische juristische Person sein. Zwar sind von dem herkömmlichen (einfachgesetzlichen) Terminus der juristischen Person nur vollrechtsfähige Organisationseinheiten umfasst.³ Als GmbH & Co. KG, die trotz Beteiligung einer GmbH als Komplementärin, teilrechtsfähige Kommanditgesellschaft und damit Personengesellschaft bleibt,⁴ wäre die U GmbH & Co. KG also nicht von Art. 19 Abs. 3 GG umfasst. Doch würde dies dazu führen, dass der Anwendungsbereich des Art. 19 Abs. 3 GG in die Hand des einfachen Gesetzgebers gelegt würde.⁵ Daher ist der verfassungsrechtliche Be-

² Bethge in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 61. EL Juli 2021, § 90 Rn. 125.

³ Enders in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 50. Edition, Stand: 15.02.2022, Art. 19 Rn. 35.

⁴ Vgl. Häublein/Beyer in: Häublein/Hoffmann-Theinert, BeckOK HGB, 36. Edition, Stand: 15.04.2022, § 161 Rn. 46.

⁵ Remmert in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 95. EL Juli 2021, Art. 19 Abs. 3 Rn. 37.

griff der juristischen Person untechnisch zu verstehen und umfasst jede Organisation, der die Rechtsordnung jedenfalls in manchen Gebieten eine (Teil-)Rechtsfähigkeit einräumt.⁶ Die U GmbH & Co. KG ist gemäß § 161 Abs. 2 i.V.m. § 124 Abs. 1 HGB teilrechtsfähig und damit eine inländische juristische Person i.S.d. Art. 19 Abs. 3 GG.

2. Anwendbarkeit der Grundrechte dem Wesen nach

Diese juristischen Personen sind gem. Art. 19 Abs. 3 GG aber nur insoweit grundrechtsfähig, und damit auch beschwerdefähig,⁷ als die fraglichen Grundrechte dem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Grundrechte sind dort nicht dem Wesen nach auf juristische Personen anwendbar, wo der Grundrechtsschutz an Eigenschaften, Äußerungsformen oder Beziehungen anknüpft, die nur natürlichen Personen „wesenseigen“ sind.⁸ Maßgeblich ist dabei, ob ein Grundrecht nur individuell oder aber auch korporativ, also gemeinschaftlich betätigt werden kann.⁹

Hier rügt die U GmbH & Co. KG mit den Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG zunächst zwei Grundrechte, die sich auf die Ausübung wirtschaftlicher Freiheiten beziehen. Diese sind nicht nur natürlichen Personen wesenseigen, sondern können korporativ ausgeübt werden und sind damit auch auf juristische Personen anwendbar.¹⁰ Der Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG knüpft ebenso wenig an Eigenschaften an, die nur natürlichen Personen wesenseigen sind, sodass auch dieser seinem Wesen nach auf inländische juristische Personen anwendbar ist.¹¹ Mithin ist die U GmbH & Co. KG hinsichtlich der Art. 3 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG beschwerdefähig.

III. Prozessfähigkeit

Die U GmbH & Co. KG wird im Verfassungsbeschwerdeverfahren gem. §§ 164, 170 HGB durch ihre Komplementär-GmbH vertreten, die ihrerseits gem. § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG durch ihren Geschäftsführer vertreten wird.

IV. Beschwerdegegenstand, § 90 Abs. 1 BVerfGG

Zudem müsste ein tauglicher Beschwerdegegenstand vorliegen. Gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG kann dies jeder Akt öffentlicher Gewalt sein. Davon umfasst ist dabei sämtliches Handeln der drei staatlichen Gewalten: Legislative, Exekutive und Judikative.¹² Legislativakte können dabei sowohl Bundes- als auch Landesgesetze sein.¹³ Hier wendet sich die U GmbH & Co. KG unmittelbar gegen die Bestimmungen des BüGembeteilG, die den Vorhabenträgern in Mecklenburg-Vorpommern eine Pflicht zur Gründung einer Projektgesellschaft und zur Beteiligung der angrenzenden Gemeinden sowie Bürgerinnen und Bürgern auferlegen. Bei diesen Bestimmungen des BüGembeteilG handelt es sich um ein Landesgesetz und damit um einen Akt öffentlicher Gewalt i.S.d. § 90 Abs. 1 BVerfGG.

Weiterhin muss die U GmbH & Co. KG auch beschwerdebefugt sein. Die Beschwerdebefugnis liegt vor, wenn zumindest die Möglichkeit besteht, dass der Beschwerdeführer selbst, gegenwärtig und unmittelbar durch die öffentliche Gewalt in seinen grundrechtlich geschützten Positionen verletzt ist.¹⁴

V. Beschwerdebefugnis, § 90 Abs. 1 BVerfGG

Zunächst muss also die Möglichkeit einer Verletzung der Grundrechte der U GmbH & Co. KG bestehen. Dies ist der Fall, wenn eine solche Verletzung nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausscheidet.¹⁵ Die Verpflichtung zur Errichtung einer projektbezogenen Gesellschaft für jedes Vorhaben zur Errichtung von Windenergieanlagen und die Pflicht zur Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an deren Anteilen durch das BüGembeteilG lässt eine Verletzung der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG und der Eigentumsfreiheit aus Art. 14 Abs. 1 GG nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausscheiden. Hinsichtlich Art. 3 Abs. 1 GG erscheint dagegen keine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes, sondern lediglich eine Verletzung der, insoweit spezifischeren, abgabenrechtlichen Belastungsgleichheit durch die Pflicht zur Zahlung einer Ausgleichsabgabe gem. § 11 BüGembeteilG als möglich.¹⁶

Schließlich beabsichtigt die U GmbH & Co. KG die Errichtung von Windenergieanlagen in Mecklenburg-Vor-

⁶ Enders in: BeckOK GG (Fn. 3), Art. 19 Rn. 35; Remmert in: Dürig/Herzog/Scholz GG (Fn. 5), Art 19 Abs. 3 Rn. 37.

⁷ Grünewald in: Walter/Grünewald, BeckOK BVerfGG, 12. Edition, Stand: 01.12.2021, § 90 Rn. 23.

⁸ BVerfGE 95, 220 (242); 106, 28 (42).

⁹ BVerfGE 42, 212 (219); 122, 342 (355).

¹⁰ BVerfGE 66, 116 (130); 105, 252 (265); vgl. auch Bethge in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge BVerfGG (Fn. 2), § 90 Rn. 140.

¹¹ Kischel in: BeckOK GG (Fn. 3), Art. 3 Rn. 6.

¹² Grünewald in: BeckOK BVerfGG (Fn. 7), § 90 Rn. 47.

¹³ Bethge in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge BVerfGG (Fn. 2), § 90 Rn. 209.

¹⁴ Fleury, Verfassungsprozessrecht, 10. Aufl. 2017, Rn. 299 ff.

¹⁵ Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2020, § 51 Rn. 23.

¹⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.3.2022, 1 BvR 1187/17, juris, Rn. 30ff.

pommern und hat bereits die dafür erforderliche immissionsschutzrechtliche Genehmigung beantragt. Als Vorhabenträger im Sinne des § 2 Nr. 1 BüGemBeteilG ist sie daher selbst und aufgrund der fehlenden Notwendigkeit eines Vollzugsaktes auch unmittelbar betroffen. Zwar steht die beantragte immissionsschutzrechtliche Genehmigung bislang noch aus, doch zwingt § 4 Abs. 3 S. 2 und 3 BüGemBeteilG die Vorhabenträger dazu, unverzüglich nach Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung gewisse Informationspflichten zu erfüllen. Daher muss der Vorhabenträger bereits vor Erteilung der Genehmigung in Vorleistung treten, um die, ihn womöglich treffenden, Informationspflichten rechtzeitig erfüllen zu können.¹⁷ Damit ist die U GmbH & Co. KG auch gegenwärtig betroffen. Sie ist mithin beschwerdebefugt.

VI. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität,

§ 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG

Die U GmbH & Co. KG müsste zudem gem. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG den Rechtsweg erschöpft haben; dies aber nur, sofern er auch zulässig hätte beschritten werden können. Beschwerdegegenstand ist hier indes das BüGemBeteilG selbst, gegen das als formelles Gesetz kein direkter Rechtsweg im Sinne einer *prinzipalen* Normenkontrolle zur Verfügung steht.¹⁸ Daher bleibt nur die Wahrung des vom BVerfG entwickelten allgemeinen Subsidiaritätsprinzips zu fordern. Demnach muss der Beschwerdeführer vor Erhebung einer Verfassungsbeschwerde alle ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ergreifen, um eine Korrektur der geltend gemachten Verfassungsverletzung zu erreichen oder sie gar zu verhindern.¹⁹ Dazu zählt insbesondere die Inanspruchnahme der fachgerichtlichen Möglichkeiten einer *inzidenten* Normenkontrolle,²⁰ sofern dies erforderlich ist, um zu vermeiden, dass das BVerfG seine Entscheidungen auf ungesicherter Tatsachen- und Rechtsgrundlage trifft.²¹ Indes sind die hier angegriffenen Normen nicht auslegungsbedürftig oder bedürfen einer eingehenden tatsächlichen Klärung, sodass der Erfolg der Verfassungsbeschwerde allein von der Beantwortung spezifisch verfassungsrechtlicher Fragen abhängt.²² Mithin bedarf es in diesem Fall keiner vorausgehenden fachgerichtlichen Entscheidung und das Subsidiaritätsprinzip

ist gewahrt.

VII. Form und Frist

Die Formvorschriften (§§ 92, 23 Abs. 1 S. 1, S. 2 BVerfGG) und die Frist (§ 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG) müssten von der U GmbH & Co. KG bei Erhebung einer Verfassungsbeschwerde beachtet werden.

VIII. Ergebnis der Prüfung der Zulässigkeit

Die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde durch die U GmbH & Co. KG wäre zulässig.

B. Begründetheit einer Verfassungsbeschwerde

Weiterhin müsste eine Verfassungsbeschwerde der U GmbH & Co. KG begründet sein. Dies wäre der Fall, wenn ein verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigter Eingriff in die Grundrechte der U GmbH & Co. KG vorliegt, diese also in ihren Grundrechten verletzt ist.

I. Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG

Zunächst kommt eine Verletzung der Berufsfreiheit der U GmbH & Co. KG aus Art. 12 Abs. 1 GG in Betracht.

1. Schutzbereich

Dafür müsste der Schutzbereich der Berufsfreiheit eröffnet sein. In persönlicher Hinsicht umfasst die Berufsfreiheit zunächst gem. Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG alle natürlichen Personen deutscher Staatsangehörigkeit. Sie ist zudem aber, wie bereits erörtert, auch dem Wesen nach auf inländische juristische Personen im Sinne des Art. 19 Abs. 3 GG anwendbar. Mithin ist der persönliche Schutzbereich für die U GmbH & Co. KG eröffnet.

In sachlicher Hinsicht umfasst Art. 12 Abs. 1 GG ein einheitliches Recht zur freien Berufswahl und zur freien Berufsausübung.²³ Unter Beruf ist dabei jede auf Dauer angelegte Tätigkeit zu verstehen, die der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.²⁴ Hier ist die U GmbH & Co. KG Betreiberin von Windanlagen. Dies ist eine auf Dauer angelegte Tätigkeit, die der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.²⁵ Damit ist der Schutzbereich der Berufsfreiheit eröffnet.

¹⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.3.2022, 1 BvR 1187/17, juris, Rn. 35.

¹⁸ Vgl. zum fehlenden Rechtsweg bei formellen Gesetzen Manssen, Staatsrecht II – Grundrechte, 18. Aufl. 2021, Rn. 958.

¹⁹ BVerfGE 108, 370 (386); 140, 229 (232).

²⁰ Bethge in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge BVerfGG (Fn. 2), § 90 Rn. 402.

²¹ BVerfGE 123, 148 (173); 138, 261 (271).

²² BVerfG, Beschl. v. 23.3.2022, 1 BvR 1187/17, juris, Rn. 37.

²³ Scholz in: Dürig/Herzog/Scholz GG (Fn. 5), Art 12 Rn. 266.

²⁴ BVerfGE 7, 377 (397); 54, 301 (313); vgl. auch Manssen, Staatsrecht II (Fn. 18), Rn. 651.

²⁵ BVerfG, Beschl. v. 23.3.2022, 1 BvR 1187/17, juris, Rn. 44, juris; ebenso zum Betreiben eines Offshore-Windparks BVerfGE 155, 238 (276f.).

2. Eingriff

Die Pflicht zur Gründung einer Projektgesellschaft (§ 3 Abs. 1 S. 1 BüGembeteilG), die Beteiligungspflicht gegenüber den Gemeinden sowie Bürgerinnen und Bürgern (§ 4 Abs. 1 S. 1 BüGembeteilG bzw. §§ 10 Abs. 5, 11, 12 BüGembeteilG) und die Informationspflichten (§ 4 Abs. 3 BüGembeteilG) müssten weiterhin Eingriffe in Art. 12 Abs. 1 GG darstellen. Ein solcher Eingriff liegt im klassischen Sinne bei einem rechtsförmigen Vorgang vor, der unmittelbar, final und imperativ zu einer Verkürzung grundrechtlicher Freiheiten führt.²⁶

Bei den oben genannten Pflichten aus dem BüGembeteilG handelt es sich um Normen, also um einen rechtsförmigen Akt der Legislative. Sie sind zudem gem. § 14 Abs. 1 BüGembeteilG bußgeldbewehrt und mit aufsichtsrechtlichen Mitteln durchsetzbar (§ 13 Abs. 1 BüGembeteilG), sodass sie als Gebote imperativ auf die Berufsfreiheit der U GmbH & Co. KG wirken. Sie zielen auch gerade darauf ab, den Betrieb von Windparks unter einschränkende Regelungen und Pflichten zu stellen, um deren Akzeptanz in der Bevölkerung zu steigern, sodass der Akt auch final ist. Schließlich liegt die beeinträchtigende Wirkung dieser Pflichten bereits in dem Rechtsakt selbst, ohne dass weitere Faktoren hinzutreten, sodass diese Pflichten auch unmittelbar wirken.²⁷ Mithin liegt ein Eingriff im klassischen Sinne vor.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Fraglich ist, ob der Eingriff in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann. Dies ist bei Rechtssatzverfassungsbeschwerden der Fall, wenn das den Grundrechtseingriff bewirkende Gesetz eine zulässige Grundrechtsschranke darstellt und es seinerseits formell und materiell verfassungsgemäß ist.²⁸

a) Grundrechtsschranke

Das BüGembeteilG müsste also zunächst eine zulässige Schranke der Ausübung der Berufsfreiheit darstellen. Nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG kann die Berufsausübung durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden. Da Art. 12 Abs. 1 GG jedoch ein einheitliches Recht der Berufsfreiheit gewährt, gilt dessen Schrankenregelung über den Wortlaut hinaus auch für die Berufswahl.²⁹ Insofern handelt es sich bei Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG um einen einfachen

Gesetzesvorbehalt für die Einschränkung der Berufswahl und Berufsausübung.³⁰ Bei dem BüGembeteilG handelt es sich um ein formelles Gesetz, das ohne weitere Vollzugsakte in Grundrechte eingreift; die daraus folgende Beschränkung der Berufsausübung erfolgt also durch Gesetz. Das BüGembeteilG ist mithin eine zulässige Schranke der Ausübung der Berufsfreiheit.

b) Verfassungsmäßigkeit der Grundrechtsschranke

Diese Grundrechtsschranke müsste nun ihrerseits formell und materiell verfassungsgemäß sein.

aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit

(1) Gesetzgebungskompetenz

Zunächst müsste das BüGembeteilG durch eine Gesetzgebungskompetenz des Landes gedeckt sein. Die Länder sind nach Art. 70 Abs. 1 GG grundsätzlich für die Gesetzgebung zuständig, soweit nicht dem Bund die Gesetzgebungskompetenz zusteht. Fraglich ist also, ob die Regelungsmaterie des BüGembeteilG einer Gesetzgebungskompetenz der Art. 73 Abs. 1, 74 Abs. 1 GG zuzuordnen ist.

(a) Raumordnung und Bodenrecht

In Betracht kämen zunächst die konkurrierenden Gesetzgebungskompetenzen des Bundes für die Raumordnung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG und das Bodenrecht nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG. Eine solche Zuordnung hätte zur Folge, dass die Länder gem. Art. 72 Abs. 3 Nr. 3, 4 GG trotz womöglich bereits bestehender Bundesregelungen abweichende Regelungen treffen dürften. Raumordnung ist dabei die überfachliche und übergeordnete Planung, die nicht selbst unmittelbar mit Außenwirkung die rechtlichen Beziehungen des Menschen zum Grund und Boden regelt, sondern auf eine Konkretisierung durch nachfolgende staatliche Planung angelegt ist.³¹ Das BüGembeteilG enthält jedoch gerade Regelungen mit unmittelbarer Wirkung gegenüber den Vorhabenträgern und bedarf keiner nachfolgenden Konkretisierung. Mithin fällt das BüGembeteilG nicht unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG.

Das Bodenrecht umfasst demgegenüber diejenigen Vorschriften, die den Grund und Boden unmittelbar zum Gegenstand rechtlicher Ordnung haben, also die rechtlichen Beziehungen des Menschen zum Grund und Boden

²⁶ Vgl. BVerfGE 105, 279 (300); 149, 86 (114).

²⁷ Vgl. allgemein zum Begriff der Unmittelbarkeit *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht (Fn. 15), § 23 Rn. 5.

²⁸ Vgl. *Manssen*, Staatsrecht II (Fn. 18), Rn. 197, *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht (Fn. 15), § 24 Rn. 13, 22.

²⁹ BVerfGE 7, 377 (402f.).

³⁰ Vgl. *Ruffert* in: BeckOK GG (Fn. 3), Art. 12 Rn. 73.

³¹ BVerfG, Beschl. v. 23.3.2022, 1 BvR 1187/17, juris, Rn. 69, juris; vgl. auch BVerfGE 3, 407 (425).

regeln.³² Zwar war die bodenrechtliche Spannungslage zwischen der Wohnnutzung und den durch die Windenergie verursachten Beeinträchtigung des Landschaftsbildes Anlass für den Erlass des BüGembeteilG.³³ Doch wird zu diesem Zweck nicht unmittelbar bodenrechtlich die Ordnung der Nutzung von Grund und Boden verändert. Das BüGembeteilG hat vielmehr allein eine Veränderung der Organisations- und Eigentümerstruktur der Betreiber von Windenergieanlagen zum Gegenstand.³⁴ Mithin fällt das BüGembeteilG auch nicht unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG.

(b) Recht der Wirtschaft

Die Regelungen des BüGembeteilG könnten jedoch dem Recht der Wirtschaft gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zuzuordnen sein. Dieses ist weit zu verstehen und umfasst sämtliche Normen, die das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung als solche regeln.³⁵ Das BüGembeteilG knüpft zahlreiche Pflichten an die Betätigung als Betreiber von Windenergieanlagen, sodass es die Ausübung der wirtschaftlichen Betätigung als solche regelt und damit dem Recht der Wirtschaft gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zuzuordnen ist. Dies gilt schließlich auch für die Regelung der Zahlung einer Ausgleichsabgabe an die Gemeinden gem. § 11 BüGembeteilG. Denn bei dieser handelt es sich nicht um eine Steuer i.S.d. Art. 105 GG, sondern um eine nichtsteuerliche Abgabe, die der Sachgesetzgebungskompetenz für das Recht der Wirtschaft nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zufällt.³⁶

(c) Sperrwirkung durch bundesgesetzliche Regelungen

Zwar unterfällt das BüGembeteilG als Teil des Rechts der Wirtschaft der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes. Eine Sperrwirkung für die Länder resultierte daraus gem. Art. 72 Abs. 1 GG aber nur, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht hat. Fraglich ist daher, welchem Teilbereich des Rechts der Wirtschaft das BüGembeteilG zugeordnet werden kann. In Frage kämen insoweit nämlich das Energiewirtschaftsrecht und das Gesellschaftsrecht, wobei der Bund von der Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Gesellschaftsrechts bereits umfassend Gebrauch gemacht

hat,³⁷ sodass eine Zuordnung zum Gesellschaftsrecht das Fehlen einer Landesgesetzgebungskompetenz zur Folge hätte. Folglich ist hier eine Abgrenzung vorzunehmen.

Dem Gesellschaftsrecht gehören alle Regelungen an, welche die Rechtsform und konkrete Ausgestaltung solcher Zusammenschlüsse unmittelbar zum Gegenstand haben.³⁸ Dem Energiewirtschaftsrecht unterfallen dagegen diejenigen Regelungen, die spezifisch die wirtschaftliche Betätigung in dem Wirtschaftszweig der Energiewirtschaft betreffen, wozu Regelungen zur Organisation der Energiewirtschaft und der handelnden Rechtssubjekte gehören, soweit sie nicht – gesellschaftsrechtlich – unmittelbar die Ausgestaltung der in dieser Branche tätigen Gesellschaften zum Gegenstand haben.³⁹ Hier regelt § 3 Abs. 1 BüGembeteilG zwar die Pflicht zur Gründung einer projektbezogenen Gesellschaft, an der den Kaufberechtigten nach § 5 BüGembeteilG eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung gem. § 4 Abs. 1 BüGembeteilG bzw. eine wirtschaftliche Beteiligung gem. § 10 Abs. 5 i.V.m. §§ 11, 12 BüGembeteilG zu offerieren ist. Doch diese Normen legen nicht etwa einen neuen Typus „Projektgesellschaft“ mitsamt Regelung von Rechtsform und konkreter Ausgestaltung fest. Sie verpflichten den Vorhabenträger lediglich, eine Projektgesellschaft für den Betrieb von Windenergieanlagen zu gründen, setzen also im Gegenteil das bestehende Gesellschaftsrecht gerade voraus. Auch die weitergehenden Vorgaben für die konkrete Ausgestaltung der Gesellschaft in § 3 Abs. 2, 3 BüGembeteilG richten sich lediglich als Pflicht an den Vorhabenträger eine, diesen Vorgaben entsprechende, Gesellschaft im Rahmen des bestehenden Gesellschaftsrecht zu gründen.⁴⁰ Mithin sind die Regelungen des BüGembeteilG dem Recht der Energiewirtschaft zuzuordnen.

In diesem Teilbereich der Gesetzgebung besteht auch keine Sperrwirkung bundesgesetzlicher Regelungen gem. Art. 72 Abs. 1 GG. Denn das in Betracht kommende Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) sieht in seinem § 36g Abs. 5 einen ausdrücklichen Regelungsvorbehalt vor. Den Ländern ist es demnach erlaubt, weitergehende Regelungen

³² Vgl. BVerfGE 3, 407 (424); 34, 139 (144).

³³ Vgl. LT MV Drucks. 6/4568, S. 23, 30.

³⁴ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.3.2022, 1 BvR 1187/17, juris, Rn. 71.

³⁵ BVerfGE 5, 25 (28f.); 8, 143 (148f.); 116, 202 (215f.); 135, 155 (196).

³⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.3.2022, 1 BvR 1187/17, juris, Rn. 75ff.

³⁷ BVerfGE 98, 145 (157).

³⁸ BVerfG, Beschl. v. 23.3.2022, 1 BvR 1187/17, juris, Rn. 61.

³⁹ BVerfG, Beschl. v. 23.3.2022, 1 BvR 1187/17, juris, Rn. 62, juris; vgl. auch Oeter in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 89.

⁴⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.3.2022, 1 BvR 1187/17, juris, Rn. 65.

zur Bürgerbeteiligung und zur Steigerung der Akzeptanz für den Bau von neuen Anlagen zu erlassen.

(2) Ordnungsgemäßes Gesetzgebungsverfahren

Es ist laut Bearbeitungsvermerk davon auszugehen, dass das Gesetzgebungsverfahren auch ordnungsgemäß durchgeführt wurde. Mithin ist das BüGembeteilG formell verfassungsgemäß.

bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit

Schließlich müsste das BüGembeteilG auch materiell verfassungsgemäß sein. Als Prüfungsmaßstab für die materielle Verfassungsmäßigkeit kommt hier der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Betracht.⁴¹

Die Anforderungen der Drei-Stufen-Lehre

Mit dem sog. Apotheker-Urteil⁴² hat das BVerfG als Folge der Annahme eines einheitlichen Schutzbereiches des Grundrechts der Berufsfreiheit differierende Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung je nach Eingriffsrichtung und -intensität gestellt.⁴³ Demzufolge sind drei unterschiedliche Eingriffsstufen zu unterscheiden, nämlich als geringste Beeinträchtigung die Berufsausübungsregeln, die subjektiven Berufswahlregeln und als stärkste Beeinträchtigung die objektiven Berufswahlregeln.⁴⁴ Diese „Stufen“ werden indes in nicht ganz einheitlicher Rechtsprechung einerseits zusätzlich und separat zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit herangezogen⁴⁵ oder andererseits lediglich als begrifflicher Anknüpfungspunkt für eine in der Sache umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung verstanden.⁴⁶ Überzeugender ist es jedoch, die Drei-Stufen-Lehre als Typisierung der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Kontext der Berufsfreiheit zu verstehen, sodass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, insbesondere im Prüfungspunkt des legitimen Zwecks und der Angemessenheit, durch die Drei-Stufen-Lehre konkretisiert wird.⁴⁷ Daher wird im Folgenden der Grundsatz

der Verhältnismäßigkeit unter Berücksichtigung der Drei-Stufen-Lehre geprüft.

(1) Legitimer Zweck

Zunächst müsste das BüGembeteilG einen legitimen Zweck verfolgen. Legitim sind grundsätzlich alle Zwecke, die im Interesse des Gemeinwohls liegen und nicht der Wertordnung des Grundgesetzes widersprechen.⁴⁸ Fraglich ist jedoch, ob die Konkretisierung durch die Drei-Stufen-Lehre hier eine Modifizierung verlangt. Dafür ist zuerst zu ermitteln, welche Stufe das BüGembeteilG betrifft. Es könnte sich zunächst um eine Berufsausübungsregelung handeln. Diese hat lediglich die Art und Weise der Berufstätigkeit zum Regelungsinhalt, nicht aber den Zugang zu dem Beruf als solchem.⁴⁹ Hier kann die U GmbH & Co. KG auch weiterhin Windparks in Mecklenburg-Vorpommern betreiben. Sie muss lediglich die bereits beschriebenen Pflichten und Auflagen des BüGembeteilG beachten. Es handelt sich daher um eine Regelung der Art und Weise der Berufstätigkeit und damit um eine Berufsausübungsregelung. Solche Berufsausübungsregelungen sind zulässig, wenn sie aufgrund vernünftiger Erwägungen des Gemeinwohls zweckmäßig erscheinen.⁵⁰ Insoweit werden an Regelungen, die die erste Stufe, nämlich die der Berufsausübung, betreffen, keine erhöhten Anforderungen im Vergleich zum allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gestellt. Mithin sind im obigen Sinne Zwecke zu verlangen, die im Interesse des Gemeinwohls liegen und nicht mit der Verfassung unvereinbar sind.

Hier verfolgt der Gesetzgeber den Zweck der Steigerung der Akzeptanz von Windenergie an Land bei den Bürgern und Bürgerinnen Mecklenburg-Vorpommerns.⁵¹ Maßnahmen, die den Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien forcieren, dienen dabei einerseits dem Schutz des Klimas,⁵² zu dem der Staat nach dem Klimaschutzgebot des Art. 20a GG verpflichtet ist.⁵³ Andererseits dienen Maßnahmen zur Begrenzung des Klimawandels, wie etwa der Ausbau von Windenergie an Land, auch dem Schutz von

⁴¹ Vgl. dazu Manssen, Staatsrecht II (Fn. 18), Rn. 215ff.; Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht (Fn. 15), § 40 Rn. 32.

⁴² BVerfGE 7, 377.

⁴³ Vgl. dazu ausführlich Ruffert in: BeckOK GG (Fn. 3), Art. 12 Rn. 93ff.

⁴⁴ BVerfGE 7, 377 (378f.); Ruffert in: BeckOK GG (Fn. 3), Art. 12 Rn. 93ff.

⁴⁵ So etwa BVerfGE 28, 364 (375); 46, 120 (145); 54, 237 (249); 58, 283 (290); 82, 18 (28); 95, 173 (183).

⁴⁶ So etwa BVerfGE 51, 193 (208); 68, 155 (171f.); 87, 287 (321f.).

⁴⁷ So Manssen in: v. Mangoldt/Klein/Starck GG (Fn. 39), Art. 12 Rn. 140f.; Ruffert in: BeckOK GG (Fn. 3), Art. 12 Rn. 101; Wieland in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Band I, 3. Auflage 2013, Art. 12 Rn. 92ff.

⁴⁸ BVerfGE 30, 292 (316); vgl. auch BVerfGE 36, 47 (59); 68, 272 (282).

⁴⁹ Manssen, Staatsrecht II (Fn. 18), Rn. 655ff.; Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht (Fn. 15), § 40 Rn. 14.

⁵⁰ BVerfGE 7, 377 (378).

⁵¹ Vgl. LT MV-Drucks. 6/4568, S. 2, 23.

⁵² BVerfG, Beschl. v. 23.3.2022, 1 BvR 1187/17, juris, Rn. 104.

⁵³ BVerfGE 157, 30 (138ff.).

Leben und Gesundheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG sowie der Freiheit des Eigentums aus Art. 14 Abs. 1 GG vor den Gefahren des Klimawandels.⁵⁴ Schließlich ist in Folge der gesetzlichen Vorgabe des § 1 Satz 3 KSG, den Anstieg der globalen Durchschnittstemperatur zu begrenzen, eine Reduzierung der fossilen Stromgewinnung erforderlich, sodass der Ausbau der erneuerbaren Energien auch der Sicherung der Stromversorgung dient.⁵⁵ Diese drei Zwecke liegen allesamt im Interesse des Gemeinwohls und widersprechen nicht der Wertordnung des Grundgesetzes. Mithin verfolgt der Gesetzgeber legitime Zwecke.

(2) Geeignetheit

Weiterhin muss das BüGembeteilG geeignet zur Erreichung der verfolgten Zwecke sein. Geeignet ist jede Maßnahme, die den verfolgten Zweck in irgendeiner Art und Weise fördert.⁵⁶ Die wirtschaftlich vorteilhafte Beteiligung von Bürgern und Bürgerinnen sowie Kommunen führt dazu, dass diese einen Anreiz für die Unterstützung bzw. Duldung der Errichtung von Windenergieanlagen haben. Der Bau und die Errichtung solcher Anlagen im Zuge des Ausbaus der erneuerbaren Energien kann aus fossiler Erzeugung stammenden Strom ersetzen und führt dadurch zu einer Reduzierung des CO₂-Ausstoßes. Er fördert mithin das Gemeinwohlziel des Klimaschutzes, das als Staatszielbestimmung aus Art. 20a GG sowie als Schutzpflicht vor Gefahren des Klimawandels aus Art. 2 Abs. 2, 14 Abs. 1 GG folgt, sowie das Ziel der Sicherung der Stromversorgung. Mithin sind die Regelungen des BüGembeteilG zur Erreichung der verfolgten Zwecke geeignet.

(3) Erforderlichkeit

Zudem müssen die Regelungen des BüGembeteilG zur Zweckerreichung erforderlich sein. Dies bedeutet, dass es kein milderes, aber gleich wirksames Mittel geben darf.⁵⁷ Fraglich ist also, ob die Akzeptanz der Bürgerinnen und Bürger sowie Kommunen für die Errichtung neuer Windenergieanlagen gleich wirksam auf eine andere, für die Vorhabenträger weniger belastende, Art und Weise erreicht werden kann.

Zunächst könnte gegenüber dem Recht der kaufberechtigten Gemeinden, eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung an der Projektgesellschaft nach § 10 Abs. 7 S. 2 BüGembeteilG

erzwingen zu können, die Einräumung einer Wahlfreiheit der Vorhabenträger eine Ausgleichsabgabe nach § 11 BüGembeteilG zu zahlen, ein milderes Mittel sein. Zwar ist grundsätzlich jede wirtschaftlich vorteilhafte Beteiligung, unabhängig davon, ob diese gesellschaftsrechtlich oder rein finanziell erfolgt, geeignet, die Akzeptanz für den Bau von Windenergieanlagen zu steigern. Doch eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung eröffnet den Gemeinden die Möglichkeit, gem. § 3 Abs. 3 BüGembeteilG i.V.m. § 69 Abs. 1 Nr. 4 Kommunalverfassung M-V einen angemessenen Einfluss auf die Projektgesellschaft, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan, auszuüben. Eine solche Einflussmöglichkeit bedeutet grundsätzlich eine höhere Involvierbarkeit der betreffenden Gemeinden und damit auch eine noch stärkere Akzeptanzsteigerung als bei einer rein finanziellen Beteiligung. Mithin ist in der Wahlfreiheit, eine Ausgleichsabgabe nach § 11 BüGembeteilG zahlen zu dürfen, zwar ein milderes, aber kein gleich geeignetes Mittel zu dem Recht der Erzwingung einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung gem. § 10 Abs. 7 S. 2 BüGembeteilG zu sehen. Somit sind die Regelungen des BüGembeteilG zur Zweckerreichung auch erforderlich.

(4) Angemessenheit

Schließlich muss das BüGembeteilG auch angemessen zur Zweckerreichung sein. Dies bedeutet, dass das Maß der Belastung für den Betroffenen nicht außer Verhältnis zu den der Allgemeinheit erwachsenden Vorteilen stehen darf.⁵⁸ Diese Frage ist im Wege einer umfassenden Abwägung der betroffenen Rechtsgüter zu bewerten.⁵⁹

(a) Informationspflicht des § 10 Abs. 6 S. 2 BüGembeteilG

Zunächst ist fraglich, ob die Informationspflicht des § 10 Abs. 6 S. 2 BüGembeteilG angemessen ist. Demnach müssen auch diejenigen Vorhabenträger, die sich gegen die Offerte von Gesellschaftsanteilen und für die Zahlung einer Ausgleichsabgabe entscheiden, den kaufberechtigten Gemeinden bereits umfangreiche Informationen über die Projektgesellschaft, wie etwa dessen Bezeichnung und den Anteilspreis zur Verfügung stellen. Um aber diese Verpflichtungen erfüllen zu können, wird das mit Aufwendungen verbundene Gründungsverfahren der Projektgesellschaft bereits in nicht unerheblichem Um-

⁵⁴ BVerfG, Beschl. v. 23.3.2022, 1 BvR 1187/17, juris, Rn. 105, juris; vgl. auch BVerfGE 157, 30 (110f., 113).

⁵⁵ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.3.2022, 1 BvR 1187/17, juris, Rn. 107.

⁵⁶ BVerfGE 30, 292 (316); 33, 171 (187).

⁵⁷ BVerfGE 30, 292 (316); 126, 112 (144f.).

⁵⁸ BVerfGE 76, 1 (51).

⁵⁹ Vgl. Grzeszick in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 5), GG, Art. 20 Rn. 117 (Stand: November 2006); Huster/Rux in: Beck OK GG (Fn. 3), Art. 20 Rn. 197f.

fang fortgeschritten oder gar abgeschlossen sein müssen. Stimmt die kaufberechtigte Gemeinde dem Angebot auf Zahlung einer Ausgleichsabgabe dann aber gem. § 10 Abs. 7 S. 2 BüGembeteilG zu, so erlöschen die Pflichten nach §§ 3, 4, 6, 7, 9 BüGembeteilG. Dazu zählt etwa auch die Pflicht, die Projektgesellschaft gem. § 3 Abs. 2, 3 BüGembeteilG so auszugestalten, dass die Kaufberechtigten nur begrenzt auf den Einlagebetrag haften und die kommunalrechtlichen Vorgaben für die Beteiligung von Gemeinden an privaten Unternehmen erfüllt sind. Ein Erlöschen dieser Pflichten hat aber unter Umständen sogar die Notwendigkeit einer entsprechenden Änderung der Satzung oder des Gesellschaftsvertrages zur Folge, die mit erneuten Aufwendungen verbunden wäre.⁶⁰ Folglich würden in einem solchen Fall einerseits bereits erhebliche Teile der Aufwendungen im Gründungsverfahren nutzlos und es könnten andererseits sogar noch weitere Aufwendungen entstehen. Hinzu kommt, dass die Gemeinden sich nach der Prognose des zuständigen Ausschusses und Ministeriums im Gesetzgebungsverfahren regelmäßig ohnehin für die Alternative der Zahlung einer Ausgleichsabgabe entscheiden würden.⁶¹ Für die wenigen Fälle also, in denen sich eine Gemeinde für die gesellschaftsrechtliche Beteiligung zu entscheiden beabsichtigt, ist es den Gemeinden zumutbar, eine verbindliche Entscheidung darüber bereits zu einem früheren, nutzlosen Belastungen der Vorhabenträger vermeiden, Zeitpunkt zu treffen.⁶² Daraus folgt, dass das Maß der Belastungen der Vorhabenträger hier außer Verhältnis zu dem Zweck der Informationspflicht steht, den Gemeinden umfassende Informationen als Entscheidungsgrundlage zur Verfügung zu stellen. Mithin ist die Informationspflicht des § 10 Abs. 6 S. 2 BüGembeteilG nicht angemessen zur Zweckerreichung. Dies gilt indes nicht für die inhaltsgleiche Pflicht des § 4 Abs. 4 S. 2, 3 BüGembeteilG, denn diese entfaltet ihre Wirkung nur dann, wenn der Vorhabenträger von sich aus eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung offeriert und hat daher keine nutzlos gewordenen Aufwendungen zur Folge.⁶³

(b) Übrige Regelungen

Indes könnten die übrigen Regelungen des BüGembeteilG angemessen sein. Hier ist zunächst hinsichtlich der Intensität des Eingriffs festzustellen, dass die Vorhaben-

träger für jedes einzelne Projekt eine eigene Gesellschaft mit entsprechendem Gründungs- und Unterhaltungsaufwand gründen müssen. Darüber hinaus werden ihnen auch umfangreiche Vorgaben zur Ausgestaltung dieser Projektgesellschaft gemacht. So darf sich diese gem. § 3 Abs. 1 S. 3 BüGembeteilG nur unter bestimmten Voraussetzungen an anderen Gesellschaften beteiligen und muss eine auf den Einlagebetrag beschränkte Haftung der Kaufberechtigten nach § 3 Abs. 2 BüGembeteilG sicherstellen. Zuletzt muss den kaufberechtigten Gemeinden gem. § 3 Abs. 3 BüGembeteilG i.V.m. § 69 Abs. 1 Nr. 4 Kommunalverfassung M-V auch ein angemessener Einfluss auf die Projektgesellschaft eingeräumt werden. Da die Gemeinden die gesellschaftsrechtliche Beteiligung auch noch gem. § 10 Abs. 7 S. 2 BüGembeteilG erzwingen können, ist der Vorhabenträger unter Umständen schließlich gezwungen, einen zur Mitwirkung berechtigten Dritten gegen seinen ausdrücklichen Willen in die Gesellschaft aufzunehmen.⁶⁴ Diese Vorgaben stellen einen ganz erheblichen und intensiven Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit dar. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass die Vorhabenträger durch die gesellschaftsrechtliche Beteiligung oder alternativ durch die Zahlung einer Ausgleichsabgabe und das Angebot eines Sparprodukts wirtschaftliche Einbußen hinnehmen müssen.

Auf der anderen Seite steht indes das Gemeinwohlziel des Klimaschutzes, das die Grundlagen des weltweiten menschlichen Lebens betrifft und daher ebenfalls von beträchtlichem Gewicht ist, sowie das Gemeinwohlziel der Sicherung der Stromversorgung. Zwar kommt einer einzelnen Maßnahme, wie hier dem BüGembeteilG, in Bezug auf die Bekämpfung des Klimawandels für sich genommen aufgrund der Globalität des Problems nur eine geringe Bedeutung zu. Doch liegt dies in der Natur der Sache des, durch zahlreiche kleine, global verteilte Emittenten verursachten Klimawandels, der deswegen nur aufgehoben werden kann, wenn diese vielen kleinen Emissionen lokal vermieden werden.⁶⁵ Der Ausbau erneuerbarer Energien und damit auch der Ausbau von Windenergie an Land ist zudem essenziell wichtig für die Bekämpfung des Klimawandels. Dabei wird die Beteiligung lokal verankerter Akteure als eine wesentliche Voraussetzung angesehen.⁶⁶ Da eine

⁶⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.3.2022, 1 BvR 1187/17, juris, Rn. 159.

⁶¹ Vgl. LT MV-Drucks. 6/5335, S. 50; LT MV-PIPr. 6/117, S. 20.

⁶² Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.3.2022, 1 BvR 1187/17, juris, Rn. 160.

⁶³ Vgl. zum Ganzen BVerfG, Beschl. v. 23.3.2022, 1 BvR 1187/17, juris, Rn. 161.

⁶⁴ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.3.2022, 1 BvR 1187/17, juris, Rn. 137.

⁶⁵ Vgl. ebd., Rn. 143.

⁶⁶ Vgl. ebd., Rn. 146.

Beteiligungspflicht, wie sie das BüGembeteilG regelt, bisher weder im Bund noch in den Ländern existiert, kommt dieser zudem ein gewisser Pilotcharakter zu, der bei erfolgreicher Erprobung bundesweite und länderübergreifende Maßnahmen ähnlicher Art mit einer entsprechend stärkeren Klimaschutzwirkung nach sich ziehen kann.⁶⁷ Mithin kommt der Beteiligungspflicht des BüGembeteilG eine erhebliche Bedeutung für die Erfüllung des Gemeinwohlziels des Klimawandels zu.

Daneben sind in der Beurteilung der Angemessenheit des erheblichen Eingriffs auch die genauen Ausgestaltungsmodalitäten zu berücksichtigen. So hat der Gesetzgeber die Pflicht zur Offerte von Anteilen an der Projektgesellschaft gem. § 4 Abs. 1 S. 1 BüGembeteilG auf einen Umfang von 20 % begrenzt und damit eine sog. Sperrminorität, die eine Blockade von besonders wichtigen Gesellschafterentscheidungen ermöglichen würde,⁶⁸ grundsätzlich nicht vorgesehen. Ebenso gilt der etwaige Zwang einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung nur gegenüber den kaufberechtigten Gemeinden und nicht etwa auch gegenüber den kaufberechtigten Bürgerinnen und Bürgern. Zudem haben auch die Unternehmen der Windenergiebranche selbst ein Interesse am gesetzlichen Ziel der Akzeptanzsteigerung des Ausbaus der Windenergie an Land, sodass ihnen das BüGembeteilG neben den nachteiligen Auswirkungen (zumindest auch) teilweise nützt.⁶⁹ Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass es sich bei dem BüGembeteilG trotz der erheblichen Eingriffsintensität um einen Eingriff auf der ersten Stufe der Berufsfreiheit handelt. Daher sind die Anforderungen an die Rechtfertigung nicht so hoch wie bei Berufswahlregelungen auf der zweiten und dritten Stufe zu setzen.

Nach alledem ist zu konstatieren, dass einerseits der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit zwar sehr erheblich ist. Diesem stehen jedoch Gemeinwohlbelange von beträchtlichem Gewicht gegenüber. Der Gesetzgeber hat bei der Ausgestaltung der konkreten Regelung dem Gemeinwohlinteresse an der Akzeptanzsteigerung bei dem Windkraftausbau zudem nicht einseitig den Vorrang gegenüber den gegenläufigen Interessen der Vorhabenträger gegeben.⁷⁰ Die konkreten Ausgestaltungsmodalitäten wirken folglich

eingriffsmildernd. Mithin überwiegen die Gemeinwohlinteressen am Klimaschutz und der Sicherung der Stromversorgung die individuellen Interessen der Vorhabenträger, ihren Beruf frei ausüben zu können. Die übrigen Regelungen des BüGembeteilG sind daher angemessen.

cc) Ergebnis

Das BüGembeteilG ist also, abgesehen von der Informationspflicht des § 10 Abs. 6 S. 2 BüGembeteilG, verfassungsmäßig und daher eine zulässige Grundrechtsschranke. Der Eingriff in die Berufsfreiheit der U GmbH & Co. KG ist mithin hinsichtlich des § 10 Abs. 6 S. 1 BüGembeteilG nicht, ansonsten aber verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

II. Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG

Weiterhin könnte das BüGembeteilG die Eigentumsfreiheit der U GmbH & Co. KG aus Art. 14 Abs. 1 GG verletzt haben. Fraglich ist aber, ob Art. 14 Abs. 1 GG hier überhaupt anwendbar ist. Denn Art. 12 Abs. 1 GG verdrängt Art. 14 Abs. 1 GG als das sachnähere Grundrecht, wenn ein Akt der öffentlichen Gewalt eher in die Freiheit der individuellen Erwerbs- und Leistungsfähigkeit eingreift und weniger die Innehabung und Verwendung vorhandener Vermögensgüter begrenzt.⁷¹ Hier statuiert das BüGembeteilG eine Pflicht für Vorhabenträger, die in Mecklenburg-Vorpommern Windenergieanlagen errichten und betreiben wollen, eine Projektgesellschaft gründen und die Gemeinden sowie Bürgerinnen und Bürger daran beteiligen zu müssen. Folglich begrenzt es weniger die Innehabung und Verwendung bereits vorhandener Vermögensgüter, sondern greift eher in die Freiheit der individuellen Erwerbs- und Leistungsfähigkeit ein. Mithin verdrängt Art. 12 Abs. 1 GG als das sachnähere Grundrecht Art. 14 Abs. 1 GG. Das BüGembeteilG verletzt mithin nicht die Eigentumsfreiheit der U GmbH & Co. KG aus Art. 14 Abs. 1 GG.

III. Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG

Schließlich könnte die Pflicht zur Zahlung einer Ausgleichsabgabe gem. § 11 BüGembeteilG die dazu verpflichteten Vorhabenträger gegenüber den dieser Abgabe nicht unterliegenden Steuerpflichtigen ungleich behandelt haben und damit gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen. Dafür müsste § 11 BüGembeteilG wesentlich Gleiches ungleich

⁶⁷ Vgl. ebd., Rn. 145ff.

⁶⁸ Vgl. etwa das Erfordernis einer Stimmenmehrheit von 3/4 für Satzungsänderungen (§ 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG, § 179 Abs. 2 S. 1 AktG) oder die Auflösung eines Unternehmens (§ 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG).

⁶⁹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.3.2022, 1 BvR 1187/17, juris, Rn. 155.

⁷⁰ Ebd.

⁷¹ BVerfGE 30, 292 (334f.); 84, 133 (157).

oder wesentlich Ungleiches gleich behandelt haben.⁷² Hier werden Unternehmen, die Windparks errichten möchten, mit der Zahlung einer Abgabe belastet, wohingegen Unternehmen, die andere, vergleichbar große, Infrastrukturprojekte verwirklichen möchten, dieser Abgabepflicht nicht unterliegen. Mithin wird durch § 11 BüGembeteilG wesentlich Gleiches ungleich behandelt. Doch verbietet Art. 3 Abs. 1 GG nicht jede Differenzierung zwischen wesentlich gleichen Regelungsobjekten. Differenzierungen bedürfen vielmehr stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Ziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind, wobei ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter, verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab gilt.⁷³ Wie bereits erläutert, verfolgt die Pflicht zur Zahlung der Ausgleichsabgabe den Gemeinwohlzweck des Ausbaus von Windenergie an Land, indem dessen Akzeptanz in der Bevölkerung und den Gemeinden gesteigert wird. In dieser gesetzgeberischen Zielsetzung liegt also zunächst einmal bereits ein Sachgrund dafür, dass gerade die Vorhabenträger von Ausbauprojekten der Windenergie an Land im Gegensatz zu Vorhabenträgern anderer großer Infrastrukturprojekte mit dieser Abgabe belastet werden. Darüber hinaus wurde die Abgabe selbst, wie geprüft, auch verhältnismäßig ausgestaltet, ist also geeignet, erforderlich und angemessen zur Erreichung des Gemeinwohlzweckes. Zusätzlich ist hier zu berücksichtigen, dass die Vorhabenträger die Zahlung der Abgabe abwenden können, indem sie den kaufberechtigten Gemeinden eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung anbieten. Es fällt also in ihre Entscheidungsfreiheit, die Ausgleichsabgabe zu zahlen.⁷⁴ Mithin steht die Belastung der Vorhabenträger mit der Abgabe nicht außer Verhältnis zu dem Ziel der Akzeptanzsteigerung des Ausbaus von Windenergie an Land. Die Ungleichbehandlung ist folglich verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG scheidet aus.

IV. Ergebnis der Prüfung der Begründetheit

Die Regelung des § 10 Abs. 6 S. 2 BüGembeteilG verletzt die U GmbH & Co. KG folglich in ihrem Recht auf Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG. Sie ist daher gem. § 95 Abs. 3 S. 1 BVerfGG nichtig. Die übrigen Regelungen des Gesetzes

sind dagegen verfassungsgemäß, verletzen die U GmbH & Co. KG somit nicht in ihren Grundrechten und bleiben daher gültig.

C. Gesamtergebnis

Die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde durch die U GmbH & Co. KG wäre zulässig und begründet hinsichtlich § 10 Abs. 6 S. 2 BüGembeteilG. Im Übrigen wäre sie zwar zulässig, aber unbegründet. Sie hat mithin nur hinsichtlich § 10 Abs. 6 S. 2 BüGembeteilG Aussicht auf Erfolg.

FAZIT

Die Prüfung einer Verfassungsbeschwerde und in diesem Rahmen eine mögliche Verletzung der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG stellt eine typische Klausurkonstellation dar. Hinzu kommt in diesem Fall die Rechtfertigung durch den Gemeinwohlzweck des Klimaschutzes. Dieser folgt einerseits aus der Staatszielbestimmung des Art. 20a GG und andererseits aus der Pflicht des Staates die Grundrechte der Art. 2 Abs. 2 S. 2, 14 Abs. 1 GG vor den Gefahren des Klimawandels zu schützen. Insoweit ist in dem vorliegenden Beschluss eine Fortsetzung des Klimaschutz-Beschlusses vom 24. März 2021 in einem anderen Kontext zu sehen. Anders als dort handelt es sich hier nämlich hinsichtlich der Einhaltung von Art. 20a GG nicht um eine Bedingung für die Verfassungsmäßigkeit eines Grundrechtseingriffes *zulasten* des Klimaschutzes, sondern um einen Grund für die Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffes *zugunsten* des Klimaschutzes.⁷⁵ Hier werden also gewissermaßen als zwingende Folge des verfassungsrechtlichen Gebotes zum Klimaschutz, das sich an den Gesetzgeber richtet, die sodann getroffenen Maßnahmen zum Schutz des Klimas überprüft.

Bisher fristete das aus Art. 20a GG folgende Klimaschutzgebot als möglicher Rechtfertigungsgrund für Klimaschutzmaßnahmen eher ein Schattendasein. So klang in dem Beschluss vom 29. März 2007 zu einem Gesetz über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen zwar bereits an, dass Art. 20a GG einen verfassungsrechtlichen Auftrag an den Gesetzgeber formuliert, eine weitere Reduktion von Treibhausgasemissionen zu erreichen.⁷⁶ Im

⁷² Vgl. zu dem aus Art. 3 Abs. 1 GG folgenden Gebot der gleichen Behandlung von wesentlich Gleichem und der ungleichen Behandlung von wesentlich Ungleichem BVerfGE 1, 14 (52); 98, 365 (385).

⁷³ BVerfGE 75, 108 (157); 138, 136 (180); 148, 147 (183f.).

⁷⁴ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.3.2022, 1 BvR 1187/17, juris, Rn. 167.

⁷⁵ Britz, Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NVwZ 2022, 825 (828f.); vgl. auch Boehl, Ein ökologischer Verfassungswandel? Eine Anmerkung zur neuen Auslegung von Art. 20a GG durch das BVerfG, VerfBlog 2022/5/10, <https://verfassungsblog.de/ein-okologischer-verfassungswandel/> (Abruf v. 29.06.2022).

⁷⁶ BVerfGE 118, 79 (110f.).

Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes stellte sodann das Urteil zur Luftverkehrssteuer vom 5. November 2014 fest, dass der Umwelt- und Klimaschutz, neben dem Ziel der Staatsfinanzierung, einen legitimen Sachgrund für eine Ungleichbehandlung darstellt und diese insoweit zu rechtfertigen geeignet ist.⁷⁷ Doch die besondere Bedeutung des Art. 20a GG für die Rechtfertigung von Klimaschutzmaßnahmen stellte erstmals der Beschluss zum Gesetz zur Entwicklung und Förderung der Windenergie auf See vom 30. Juni 2020 fest.⁷⁸ Der dadurch bewirkte Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG konnte ausschließlich durch die Verpflichtung des Gesetzgebers zum Umwelt- und Klimaschutz gerechtfertigt werden,⁷⁹ wenngleich in diesem besonderen Fall dennoch das allgemeine Vertrauensschutzgebot des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG wegen unechter Rückwirkung teilweise verletzt wurde.⁸⁰

Diese ersten Ansätze konkretisierte der Klimaschutz-Beschluss nun weiter und betonte vor allem auch die zeitliche Komponente des Gewichts des Art. 20a GG. So erlange das verfassungsrechtliche Gebot zum Klimaschutz aus Art. 20a GG in der Abwägung mit entgegenstehenden Grundrechten im Rahmen der Verhältnismäßigkeit umso größeres Gewicht, je weiter der Klimawandel fortschreite und je weiter die für die erforderliche Transformation verbleibende Zeit verstreiche.⁸¹ Perspektivisch wird also gerade diese Dimension, nämlich die Rechtfertigung von Klimaschutzmaßnahmen, mit den immer stärker zunehmenden Auswirkungen des Klimawandels erheblich an Bedeutung gewinnen. Dies fortführend zeigt die vorliegende Entscheidung, dass der Klimaschutz im Einzelfall selbst sehr intensive und in erheblicher Art und Weise in Grundrechte eingreifende Maßnahmen rechtfertigen kann. Daher und angesichts der jüngst stark gestiegenen Bedeutung von Art. 20a GG als Rechtfertigungsgrund für Grundrechtseingriffe, ist es für Studierende ratsam, sich mit dem verfassungsrechtlichen Gemeinwohlziel des Klimaschutzes und vor allem mit dessen Auswirkungen auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung zu beschäftigen. Umfangreiche Ausführungen dazu finden sich etwa in *Britz*, Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NVwZ 2022, 825 (829f.) oder auch in *Burgi*, Klimaverwaltungsrecht angesichts von BVerfG-Klimabeschluss und European Green Deal, NVwZ 2021, 1401 (1407f.).

⁷⁷ Vgl. BVerfGE 137, 350 (368f.).

⁷⁸ Siehe zu diesem Beschluss auch die Besprechung in dieser Zeitschrift *Hagedorn/Lücke*, Windenergie auf See, HanLR 2020, 275.

⁷⁹ Vgl. BVerfGE 155, 238 (278ff.).

⁸⁰ Vgl. BVerfGE 155, 238 (287ff.).

⁸¹ Vgl. BVerfGE 157, 30 (98, 132, 139).

Schlägerei mit tödlichem Ausgang

stud. iur. Dominik Stanislavchuk und stud. iur. Nils Grimmig, B.A.

BGH, Urt. v. 12.5.2020 – 1 StR 368/19

§§ 212 Abs. 1, 227 Abs. 1; 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 4, 5; 222; 231 Abs. 1 S. 1 Alt. 1; 25 Abs. 2 StGB

Sachverhalt (vereinfacht und gekürzt)

Dem 15 Jahre alten R wurde zugetragen, dass sich sein gleichaltriger Klassenkamerad M über ihn lustig gemacht hätte. R könne nicht richtig zuschlagen und seine Schläge seien „pussyhaft“. Daraufhin vereinbarten R und M auf Betreiben des R, sich am 16. April 2018 um 18 Uhr in P zu einem Zweikampf zu treffen und dazu jeweils so viele Unterstützer wie möglich mitzubringen. Beide gingen dabei stillschweigend davon aus, dass es zu Faustschlägen in das Gesicht mit entsprechenden Verletzungsfolgen kommen würde. Indes sollten zur Vermeidung schwerer Verletzungen besonders gefahrträchtige Verhaltensweisen, insbesondere Fußtritte gegen den Kopf, sowie weitere massive Gewalteinwirkungen gegen den am Boden liegenden Gegner unterbleiben. Vor Ort waren mindestens sieben Personen auf Seiten des M und mindestens 15 Personen auf Seiten des R. Unter den Sympathisanten des R befanden sich unter anderem der 25 Jahre alte und sehr muskulöse K und dessen Cousins, der 16 Jahre alte B und der 14 Jahre alte U. R eröffnete sodann, in Kenntnis und aufgrund der vorherigen Vereinbarung des Zweikampfes mit M, den Kampf mit einem Schlag mit der flachen Hand oder der Faust in das Gesicht des M. Beide schubsten und schlugen sich daraufhin, wobei R dem M in Verletzungsabsicht zwei weitere Faustschläge in das Gesicht versetzte. M erlitt Hämatome und Prellungen im Bereich des Gesichts, war aber weiterhin uneingeschränkt zu weiteren Tötlichkeiten in der Lage.

B und U griffen sodann, ohne Absprache mit R, M oder K, in den Zweikampf ein und schlugen M jeweils in das Gesicht. Dieser erlitt dadurch jedoch keine ernsthaften Verletzungen, insbesondere auch keine Bewusstseinsstörung. Schließlich konnte M die beiden erfolgreich abwehren. Aus Wut und Empörung darüber versetzte K dem M bewusst schnell agierend, um diesem jede Schutz- und Abwehrmöglichkeit zu nehmen, in Verletzungsabsicht mit der rechten Faust einen wuchtigen Schlag gegen die linke Schläfe und mit der linken Faust einen wuchtigen Schlag in den rechten Oberbauch – Schläge, die er später als „2 Punch k.o.“ bezeichnete. Da er die Wirkung dieser Schläge erkannte, beließ er es dabei. Ob sein Faustschlag gegen die Schläfe bei M zum Eintritt einer Bewusstseinsstörung führte, konnte nicht geklärt werden; jedenfalls aber führte er zu einer Bewusstseinsstörung, die dessen Fähigkeit, sich gegen weitere Angriffe zu wehren, erkennbar und erheblich beeinträchtigte. M lehnte danach sichtlich benommen mit dem Rücken an einer Schaufensterscheibe.

R trat, nachdem sich K aus dem Kampfgeschehen zurückgezogen hatte, an den deutlich gezeichneten M heran, der sich nicht mehr wehren konnte und lediglich schützend seine Fäuste vor seine Schläfen hielt. Er versetzte ihm in Verletzungsabsicht und in dem Bewusstsein, dass M wegen der bereits erlittenen Verletzungen und seiner dadurch bewirkten Schwächung nicht mit einer Fortsetzung des Zweikampfes einverstanden war, drei wuchtige Faustschläge gegen den Kopf. Dadurch erlitt M unmittelbar weitere Hämatome und Prellungen. Zudem brach er kurze Zeit später bewusstlos zusammen. Er hatte eine Bewusstseinsstörung und eine stark und ausschließlich nach innen blutende Nasenbeinfraktur. M erstickte an eingatmetem Blut, weil die Bewusstseinsstörung seinen Schluck- und Hustenreflex ausgeschaltet hatte. Die Ursache für die Bewusstseinsstörung war vor dem Eingreifen des K noch nicht gesetzt. Dessen Schläge verursachten daher entweder unmittelbar (Sachverhaltsalternative 1) die den Schluck- und Hustenreflex ausschaltende Bewusstseinsstörung oder sie taten dies mittelbar (Sachverhaltsalternative 2), weil mindestens eine Bewusstseinsstörung eintrat, die M zu einer aktiven Verteidigung außer Stande setzte, es aber dem R ermöglichte, ihm weitere wuchtige Schläge gegen den Kopf zu versetzen. Ob erst diese Schläge des R die Bewusstseinsstörung verursachten, konnte nicht

geklärt werden. Auch der ursächliche Schlag für die Nasenbeinfraktur konnte nicht mehr festgestellt werden. Durch den wuchtigen Schlag des K gegen die Schläfe wurde sie aber nicht verursacht.

Wie haben sich R und K nach dem StGB strafbar gemacht?

Bearbeitungshinweis: Erforderliche Strafanträge sind gestellt.

EINORDNUNG

Der BGH hatte in diesem Fall die Gelegenheit, die Anforderungen an die Fähigkeit von Minderjährigen, in Verletzungen ihrer körperlichen Unversehrtheit einzuwilligen, zu konkretisieren. Ebenso war die Problematik der möglichen Sittenwidrigkeit einer solchen Einwilligung anzusprechen, wenngleich diese aufgrund gruppenspezifischer Prozesse eher bei – hier aber nicht vorliegenden – Auseinandersetzungen zwischen rivalisierenden Gruppen bejaht wird. Der vorliegende Fall wird zudem durch den schlussendlichen Tod des Opfers gekennzeichnet, was bei Auseinandersetzungen zwischen Minderjährigen eher unüblich ist. Insoweit konnte das Tatgericht den Sachverhalt und die Todesursache des M indes auch nach Ausschöpfung aller Beweismittel nicht mehr zweifelsfrei aufklären. Daher musste eine Strafbarkeitsprüfung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage erfolgen, sodass der Zweifelsatz *in dubio pro reo* in verschiedenen Konstellationen Einfluss auf die Fallbearbeitung nahm.

Schließlich hatte diese Sonderkonstellation der nicht mehr zweifelsfrei zu klärenden Ursächlichkeit der verschiedenen Tathandlungen für den Tod des Opfers zur Folge, dass in mehreren Konstellationen eine jeweils gegenseitige Zurechnung der verschiedenen Tathandlungen nach § 25 Abs. 2 StGB in Betracht kam, die über das fehlende Wissen über die schlussendlich todesursächliche Tathandlung hinweghelfen könnte.

LEITSÄTZE DER BEARBEITER

1. Eine mit Einwilligung des Opfers begangene Körperverletzung ist dann als sittenwidrig zu bewerten, wenn bei objektiver Betrachtung unter Einbeziehung aller maßgeblichen Umstände die einwilligende Person durch die Körperverletzungshandlung in konkrete Todesgefahr gebracht wird. Findet indes die Tat unter Bedingungen statt, die den Grad der aus ihr hervorgehenden Gefährlichkeit für die

körperliche Unversehrtheit oder das Leben des Verletzten begrenzen, ist die Körperverletzung durch die erklärte Einwilligung gerechtfertigt, wenn das Vereinbarte in ausreichend sicherer Weise für die Verhütung gravierender, sogar mit der Gefahr des Todes einhergehender Körperverletzungen Sorge tragen kann; insoweit ist auch die Eskalationsgefahr zu berücksichtigen, die sich aus der Unkontrollierbarkeit gruppenspezifischer Prozesse ergibt.

2. Die für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Schlägerei erforderlichen wechselseitigen Tötlichkeiten zwischen mehr als zwei Personen müssen nicht gleichzeitig begangen werden. Eine Schlägerei im Sinne des § 231 Abs. 1 Alt. 1 StGB kann vielmehr auch anzunehmen sein, wenn nacheinander jeweils nur zwei Personen gleichzeitig wechselseitige Tötlichkeiten verüben, aber insgesamt mehr als zwei Personen beteiligt sind, und zwischen diesen Vorgängen ein so enger innerer Zusammenhang besteht, dass eine Aufspaltung in einzelne „Zweikämpfe“ nicht in Betracht kommt und die Annahme eines einheitlichen Gesamtgeschehens mit mehr als zwei aktiv Beteiligten gerechtfertigt ist.

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

1. Tatkomplex: Zweikampf zwischen R und M

A. Strafbarkeit des R gem. § 223 Abs. 1 StGB

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand
2. Subjektiver Tatbestand

II. Rechtfertigung

1. Disponibilität des Rechtsguts und Dispositionsbefugnis des Einwilligenden

2. Einwilligungsfähigkeit

3. Wirksame Einwilligungserklärung

4. Kein Verstoß gegen die guten Sitten, § 228 StGB

5. Subjektives Rechtfertigungselement

B. Ergebnis zum 1. Tatkomplex

2. Tatkomplex: Die Unterstützung**Sachverhaltsalternative 1: Bewusstseinsstörung**

- A. Strafbarkeit des K gem. § 212 Abs. 1 StGB
- B. Strafbarkeit des K gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 3, 5 StGB
- C. Strafbarkeit des K gem. § 227 Abs. 1 StGB
 - I. Tatbestand
 - 1. Objektiver Tatbestand
 - a) Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB
 - b) Eintritt des Todes und Kausalzusammenhang
 - c) Tatbestandsspezifischer Gefahrzusammenhang**
 - d) Fahrlässiges Herbeiführen der schweren Folge
 - II. Rechtswidrigkeit
 - III. Schuld
 - IV. Persönliche Schuldausschließungsgründe oder Schuldauflösungsgründe
 - VI. Ergebnis
 - D. Strafbarkeit des K gem. § 222 StGB
 - E. Strafbarkeit des K gem. § 231 Abs. 1 Alt. 1 StGB
 - I. Tatbestand
 - 1. Objektiver Tatbestand
 - a) Schlägerei**
 - b) Beteiligung
 - 2. Subjektiver Tatbestand
 - 3. Objektive Bedingung der Strafbarkeit (Tatbestandsannex)
 - II. Rechtswidrigkeit und Schuld
- III. Ergebnis

Sachverhaltsalternative 2: Bewusstseinsstörung

- A. Strafbarkeit des K gem. § 212 Abs. 1 StGB
- B. Strafbarkeit des K gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 3, 5 StGB
- C. Strafbarkeit des K gem. §§ 227 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB
 - I. Tatbestand
 - 1. Objektiver Tatbestand
 - a) Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB
 - b) Eintritt des Todes und Kausalzusammenhang
 - c) Tatbestandsspezifischer Gefahrzusammenhang**
 - d) Zurechnung, § 25 Abs. 2 StGB
 - 2. Zwischenergebnis
 - II. Ergebnis

D. Strafbarkeit des K gem. § 222 StGB

- I. Tatbestandsmäßigkeit
 - 1. Erfolgseintritt und Kausalität
 - 2. Objektive Zurechnung
 - 3. Objektive Sorgfaltspflichtverletzung und objektive Vorhersehbarkeit
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Schuld
- IV. Persönliche Strafausschließungsgründe oder Strafaufhebungsgründe
- V. Ergebnis
- E. Strafbarkeit des K gem. § 231 Abs. 1 Alt. 1 StGB
- F. Gesamtergebnis zu K
- G. Strafbarkeit des R gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5, 25 Abs. 2 StGB

3. Tatkomplex: Das Ende

- A. Strafbarkeit des R gem. § 212 Abs. 1 StGB
- B. Strafbarkeit des R gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB
 - I. Tatbestand
 - 1. Objektiver Tatbestand
 - a) Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB
 - b) § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB: Mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung
 - 2. Subjektiver Tatbestand
 - II. Rechtswidrigkeit
 - III. Schuld
 - IV. Ergebnis
- C. Strafbarkeit des R gem. § 227 Abs. 1 StGB
- D. Strafbarkeit des R gem. §§ 227 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB
- E. Strafbarkeit des R gem. § 222 StGB
- F. Strafbarkeit des R gem. § 231 Abs. 1 Alt. 1 StGB
- G. Ergebnis zum 3. Tatkomplex

1. Tatkomplex: Zweikampf zwischen R und M**A. Strafbarkeit des R gem. § 223 Abs. 1 StGB**

Zunächst könnte sich R gem. § 223 Abs. 1 StGB einer Körperverletzung zum Nachteil des M schuldig gemacht haben, indem er diesen mit der flachen Hand oder der Faust in das Gesicht schlug und ihm zwei Faustschläge gegen Gesicht und Kopf versetzte.

I. Tatbestand

Dafür müsste R tatbestandsmäßig gehandelt haben. Tatbestandsmäßig handelt, wer sowohl den objektiven als auch den subjektiven Tatbestand erfüllt.

1. Objektiver Tatbestand

a) Körperliche Misshandlung

R müsste den M zunächst körperlich misshandelt haben. Eine körperliche Misshandlung ist eine üble, unangemessene Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird.¹ Die Schläge des R gegen den Kopf und das Gesicht des M stellen eine üble unangemessene Behandlung dar. Die dadurch entstandenen Hämatome und Prellungen beeinträchtigen das körperliche Wohlbefinden des M nicht nur unerheblich. Mithin wurde M körperlich misshandelt.

b) Gesundheitsschädigung

Weiter könnte auch eine Gesundheitsschädigung des M vorliegen. Eine solche ist in jedem Hervorrufen oder Steigern eines vom Normalzustand der körperlichen Funktionen des Menschen nachteilig abweichenden krankhaften Zustandes zu sehen, also in einem, wenn auch nur vorübergehenden, Herbeiführen einer pathologischen Verfassung.² Die Schläge des R riefen durch die nicht unerhebliche physische Einwirkung auf das Gesicht und den Kopf des M mehrere Hämatome und Prellungen hervor, die einen vom Normalzustand abweichenden krankhaften Zustand darstellen. Eine Gesundheitsschädigung liegt mithin ebenfalls vor.

c) Kausalität

Die Schläge des R müssten auch kausal für die körperliche Misshandlung und die Gesundheitsschädigung des M sein. Kausal im Sinne der *conditio-sine-qua-non*-Formel ist jede Handlung des Täters, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiele.³ Hätte R den M nicht geschlagen, wäre dieser nicht körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt worden. Mithin sind die Schläge des R auch kausal für die körperliche Misshandlung und die Gesundheitsschädigung des M.

d) Objektive Zurechnung

Schließlich muss der Körperverletzungserfolg dem R auch objektiv zugerechnet werden können. Objektiv zurechen-

bar ist ein vom Täter verursachter Taterfolg, wenn er eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, die sich im konkreten tatbestandlichen Erfolg realisiert hat.⁴ Schläge gegen den Kopf haben regelmäßig Hämatome, Prellungen oder gar Brüche zur Folge. R hat also mit seinen Schlägen die rechtlich missbilligte Gefahr von Verletzungen des M geschaffen, die sich hier auch im konkreten Fall durch die Hämatome und Prellungen im Gesicht und am Kopf des M realisiert hat. Mithin kann der Körperverletzungserfolg dem R auch objektiv zugerechnet werden.

2. Subjektiver Tatbestand

Weiterhin müsste der subjektive Tatbestand erfüllt sein. R müsste also vorsätzlich gehandelt haben (vgl. § 15 StGB). Dies ist der Fall, wenn der Täter den Willen zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Tatbestandsmerkmale hat.⁵ R wollte den M mit seinen Schlägen verletzen und wusste um die Verletzungserfolge seiner Schläge. Mithin hat er vorsätzlich gehandelt, sodass der subjektive Tatbestand erfüllt ist. R hat somit tatbestandsmäßig gehandelt.

Die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund

Die „Einwilligung“ ist neben dem „Einverständnis“ als Unterfall der unrechtsausschließenden Zustimmung zu sehen.⁶ Während das Einverständnis bereits tatbestandsausschließend wirkt und daher im Tatbestand erläutert werden muss, ist die Einordnung der Einwilligung streitig. Insbesondere Roxin/Greco⁷ messen dieser ebenfalls eine tatbestandsausschließende Wirkung zu. Die überwiegende Meinung sieht in der Einwilligung indes unter Hinweis auf § 228 StGB, der ausdrücklich – bezogen auf § 223 StGB – die *Rechtswidrigkeit* der Tat trotz Einwilligung bei einem Sittenverstoß regelt, einen Rechtfertigungsgrund.⁸ Dieser Auffassung wird hier im weiteren Prüfungsaufbau gefolgt, sodass die Einwilligung unter dem Prüfungspunkt der „Rechtswidrigkeit“ geprüft wird.

¹ Kühl in: Lackner/Kühl, StGB-Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 223 Rn. 4.

² Eschelbach in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, 53. Ed., Stand: 01.05.2022, § 223 Rn. 24.

³ Eisele in: Schönke/Schröder, StGB-Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 13ff. Rn. 73a.

⁴ Fischer, StGB-Kommentar, 69. Aufl. 2022, Vor §§ 13ff. Rn. 25; Heger in: Lackner/Kühl (Fn. 1), Vor §§ 13ff. Rn. 14; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 13 Rn. 46.

⁵ Rengier, Strafrecht AT (Fn. 4), § 14 Rn. 5.

⁶ Hardtung in: Erb/Schäfer, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 223 Rn. 84.

⁷ Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 13 Rn. 12ff.; vgl. auch Weigend, Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, ZStW 98 (1986), 44 (60f.).

⁸ So etwa BGHSt 16, 309 (310f.); Kühl in: Lackner/Kühl (Fn. 1), Vor §§ 32 Rn. 10; Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder (Fn. 3), Vor §§ 32ff. Rn. 33; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 51. Aufl. 2021, Rn. 554.

II. Rechtswidrigkeit

Das Handeln des R könnte indes durch eine Einwilligung des M gerechtfertigt sein.

1. Disponibilität des Rechtsguts und Dispositionsbefugnis des Einwilligenden

Zunächst müsste das hier betroffene Rechtsgut dispositionsfähig und M zur Disposition darüber befugt sein. Dispositionsfähig sind dabei nur höchstpersönliche Rechtsgüter wie die körperliche Unversehrtheit und das Eigentum, wobei zur Verfügung darüber nur der Inhaber des betreffenden Rechtsguts befugt ist.⁹ Hier verfügt M ausschließlich über seine eigene körperliche Unversehrtheit. Mithin ist das hier betroffene Rechtsgut dispositionsfähig und M zur Disposition darüber befugt.

2. Einwilligungsfähigkeit

M müsste jedoch auch fähig zur Einwilligung in die Verletzung seiner körperlichen Unversehrtheit sein. Die Einwilligungsfähigkeit beurteilt sich dabei nicht nach bestimmten Altersgrenzen oder nach den Regeln, die für die zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit gelten, sondern nach einer individuellen Betrachtung der tatsächlichen Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Einwilligenden.¹⁰ Dieser muss nach seiner geistigen und sittlichen Reife imstande sein, Wesen, Bedeutung und Tragweite des fraglichen Eingriffs zu erkennen und sachgerecht zu beurteilen.¹¹ Bei einem Minderjährigen kommt es auf den individuellen Reifegrad an,¹² wobei dieser umso eher zu bejahen ist, je näher der Minderjährige der Volljährigkeitsgrenze und je geringer der Eingriff ist.¹³

M ist hier 15 Jahre alt und damit minderjährig. Zwar gingen R und M stillschweigend davon aus, dass es zu Faustschlägen in das Gesicht mit entsprechenden Verletzungsfolgen kommen könnte. Zur Vermeidung schwerer Verletzungen sollten aber besonders gefahrträchtige Verhaltensweisen, insbesondere Fußtritte gegen den Kopf, sowie weitere massive Gewalteinwirkungen gegen den am Boden liegenden Gegner unterbleiben. Bei einem diesen Regeln

entsprechenden Verlauf waren folglich gravierende oder derart schwere Verletzungen, dass langfristige Folgen zu zeitigen wären, nicht zu erwarten. Zwar ist M noch nicht nahe der Volljährigkeitsgrenze. Doch ist hier neben der zu erwartenden geringen Eingriffsintensität auch die Gleichaltrigkeit der Kontrahenten und die daraus folgende tendenzielle Ebenbürtigkeit zu berücksichtigen. Es entspricht auch dem individuellen Reifegrad eines 15-Jährigen, selbstbestimmt und autonom über seine körperliche Integrität gegenüber einem gleichaltrigen Kontrahenten bestimmen zu können.¹⁴ Mithin war M fähig, in die Verletzung seiner körperlichen Unversehrtheit einzuwilligen.

3. Wirksame Einwilligungserklärung

Weiterhin muss M die Einwilligung auch wirksam erklärt haben. Hier hat M stillschweigend, also konkludent, in die Körperverletzungshandlungen des R im Rahmen ihres Zweikampfes eingewilligt.¹⁵ Ursachen eines möglichen Willensmangels, wie etwa die Drohung, Gewalt, Täuschung oder der Irrtum,¹⁶ sind hier nicht ersichtlich. Mithin hat M wirksam in die Körperverletzung durch R eingewilligt.

4. Kein Verstoß gegen die guten Sitten, § 228 StGB

Weiterhin darf gem. § 228 StGB kein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegen. Bezugspunkt des Sittenverstößes ist jedoch nicht etwa die Einwilligung als solche, sondern die konkrete Tat.¹⁷ Ein solcher Verstoß liegt also vor, wenn die Tat gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.¹⁸ Zu berücksichtigen sind bei dieser Beurteilung insbesondere der Umfang und das Gewicht der zugefügten Körperverletzungen sowie der Grad der damit verbundenen weiteren Gefahr für Leib und Leben des Opfers.¹⁹ Nach diesen Maßstäben sind jedenfalls Taten, die das Opfer in konkrete Lebensgefahr bringen, als sittenwidrig einzuordnen.²⁰ Nicht sittenwidrig sind demgegenüber Taten, bei denen zuvor vereinbarte Regeln geeignet sind, in ausreichend sicherer Weise gravierende Folgen oder mit der Gefahr des Todes einhergehende Körperverletzungen zu verhindern.²¹ Zu berücksichtigen ist dabei aber auch die

⁹ Rengier, Strafrecht AT (Fn. 4), § 23 Rn. 9, 13.

¹⁰ Vgl. BGHSt 4, 88 (90f.); Eschelbach in: BeckOK StGB (Fn. 2), § 228 Rn. 13; Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder (Fn. 3), Vor §§ 32ff. Rn. 39.

¹¹ BGHSt 12, 379 (382f.); BGH NSTZ 2018, 537.

¹² BayObLG NJW 1999, 372; Eschelbach in: BeckOK StGB (Fn. 2), § 228 Rn. 13; Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder (Fn. 3), Vor §§ 32ff. Rn. 40.

¹³ Rengier, Strafrecht AT (Fn. 4), § 23 Rn. 16.

¹⁴ Vgl. BGH NSTZ 2021, 494 (497).

¹⁵ Vgl. BGH NSTZ 2021, 494 (496).

¹⁶ Rengier, Strafrecht AT (Fn. 4), § 23 Rn. 23.

¹⁷ BGHSt 4, 88 (91); 49, 34 (41f.).

¹⁸ BGHSt 4, 24 (32); 4, 88 (91).

¹⁹ BGHSt 49, 34 (42); vgl. auch BGH NSTZ 2021, 494 (496).

²⁰ BGHSt 53, 55 (62).

²¹ BGHSt 58, 140 (147).

Eskalationsgefahr, die sich aus der Unkontrollierbarkeit gruppenspezifischer Prozesse ergibt.²²

Hier haben R und M als gleichaltrige und in etwa gleichgroße Kontrahenten stillschweigend Vereinbarungen getroffen, die schwere Körperverletzungsfolgen zu verhindern suchten. So sollten Fußtritte gegen den Kopf und weitere massive Gewalteinwirkungen gegen den am Boden liegenden Gegner unterbleiben. Zwar bergen auch Schläge gegen den Kopf durchaus erhebliche Gesundheitsgefahren. Doch sind unter Berücksichtigung dessen, dass M grundsätzlich abwehrbereit und -fähig war sowie keine Vorschädigung vorlag, keine schweren Gesundheitsschäden oder gar eine Todesgefahr zu erwarten.²³ Zwar wurden auch Unterstützer hinzugezogen, von denen grundsätzlich in Folge gruppenspezifischer Prozesse eine gesteigerte Eskalationsgefahr ausgehen kann. Doch war hier zum einen – im Unterschied zu vereinbarten Tötlichkeiten zwischen rivalisierenden Gruppen – ein Eingreifen der Unterstützer nicht vereinbart. Zum anderen kann die Hinzuziehung von Unterstützern auch den gegenteiligen Effekt einer Deeskalation durch die Überwachung der Zweikämpfer sowie das Sicherstellen der Einhaltung der vereinbarten Regeln zur Folge haben.²⁴ Mithin wurden hier ausreichend sichere Regeln für die Verhinderung von schweren Gesundheitsfolgen und der Gefahr des Todes vereinbart. Die Tat des R verstößt folglich nicht gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, sodass kein Sittenverstoß gem. § 228 StGB vorliegt.

5. Subjektives Rechtfertigungselement

Schließlich muss das subjektive Rechtfertigungselement vorliegen. Demnach muss der Täter auf Grund oder mindestens in Kenntnis der Einwilligung handeln.²⁵ R hat M hier in Kenntnis und aufgrund dessen Einwilligung mit der flachen Hand oder der Faust in das Gesicht geschlagen und ihm zwei Faustschläge gegen Gesicht und Kopf versetzt. Mithin liegt das subjektive Rechtfertigungselement vor.

6. Zwischenergebnis

Alle Voraussetzungen der rechtfertigenden Einwilligung

liegen damit vor. Mithin ist das Handeln des R durch die Einwilligung des M gerechtfertigt.

B. Ergebnis zum 1. Tatkomplex

R hat sich folglich nicht gem. § 223 Abs. 1 StGB einer Körperverletzung zum Nachteil des M schuldig gemacht. Aufgrund dessen, dass das Grunddelikt gerechtfertigt ist, muss zudem eine an die Tathandlungen des 1. Tatkomplexes anknüpfende Strafbarkeit wegen Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 Abs. 1 StGB ausscheiden.

2. Tatkomplex: Die Unterstützung

Im vorliegenden Sachverhalt ist unklar, ob die Schläge des K unmittelbar (Sachverhaltsvariante 1) oder nur mittelbar (Sachverhaltsvariante 2) zur Bewusstseinsstörung bei M geführt haben. Eine Verurteilung auf einer solchen wahldeutigen Tatsachengrundlage ist rechtlich möglich. Dies setzt indes voraus, dass bei sämtlichen Sachverhaltsvarianten und unter Ausschluss anderweitiger Geschehensabläufe die betreffenden Tatbestände erfüllt sind.²⁶

Aufbau bei wahldeutiger Tatsachengrundlage

Stößt man in der Klausur auf einen offenen Sachverhalt, so ist eine wichtige Aufbauregel zu beachten. Demnach ist jede Sachverhaltskonstellation separat und vollständig in Bezug auf die jeweiligen Strafbarkeiten des oder der Beteiligten durchzuprüfen.²⁷ Sind also mehrere Geschehensabläufe denkbar, sind auch entsprechend mehrere Strafbarkeitsprüfungen notwendig. Hilfreich kann hier eine synoptische Gegenüberstellung der jeweiligen Lösungsskizzen sein. Dabei empfiehlt es sich, für den Aufbau unterschiedliche Überschriften zu nehmen.²⁸

Sachverhaltsalternative 1: Bewusstseinsstörung

A. Strafbarkeit des K gem. § 212 Abs. 1 StGB

K könnte sich gem. § 212 Abs. 1 StGB des Totschlages schuldig gemacht haben, indem er aus Wut und Empörung M bewusst schnell agierend mit der rechten Faust einen wuchtigen Schlag gegen die linke Schläfe und mit der linken Faust in den rechten Oberbauch versetzte und bei M dadurch unmittelbar die den Schluck- und Hustenreflex

²² BGHSt 58, 140 (149).

²³ Vgl. BGH NStZ 2021, 494 (496); aber krit. dazu v. Heintschel-Heinegg, „Wer ist der Stärkere von uns beiden?“ – Und nach „2-Punch-K.o.“ ist der eine tot geprügelt, JA 2021, 425 (429).

²⁴ Vgl. BGH NStZ 2021, 494 (496).

²⁵ Kühl in: Lackner/Kühl (Fn. 1), § 228 Rn. 9; Paeffgen/Zobel in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB-Kommentar, 5. Aufl. 2017, § 228 Rn. 113; Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder (Fn. 3), Vor §§ 32ff. Rn. 51; vgl. auch BGHSt 4, 199.

²⁶ Vgl. BGHSt 46, 85 (86).

²⁷ Norouzi, Grundfälle zur Wahlfeststellung, Präpendenz und Postpendenz, JuS 2008, 17 (18); vgl. auch Sander in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 7, 27. Aufl. 2021, § 261 Rn. 205.

²⁸ Vgl. Norouzi (Fn. 27), JuS 2008, 17 (18).

ausschaltende Bewusstseinsstörung eintrat. Indes wollte K nicht, dass seine Schläge über die Verletzung hinaus zum Tod des M führen und nahm dies auch nicht billigend in Kauf, sodass eine Strafbarkeit gem. § 212 Abs. 1 StGB wegen mangelnden Vorsatzes bereits ausscheiden muss.

B. Strafbarkeit des K gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 3, 5 StGB

K könnte sich durch dieselbe Handlung der gefährlichen Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 Nr. 3, 5 StGB schuldig gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Körperliche Misshandlung

K müsste M körperlich misshandelt haben. Ein wuchtiger Schlag mit der rechten Faust gegen die linke Schläfe und mit der linken Faust in den rechten Oberbauch stellen eine üble und unangemessene Behandlung dar. Die daraufhin eintretende Bewusstseinsstörung beeinträchtigt das körperliche Wohlergehen dabei nicht nur unerheblich. Somit hat K den M körperlich misshandelt.

b) Gesundheitsschädigung

Weiterhin könnte auch eine Gesundheitsschädigung vorliegen. Eine Bewusstseinsstörung weicht krankhaft vom Normalzustand eines Menschen ab, sodass eine Gesundheitsschädigung ebenfalls vorliegt.

c) Kausalität und objektive Zurechenbarkeit

Die Schläge des K sind ursächlich für die Bewusstseinsstörung und K auch objektiv zurechenbar.

d) Qualifikationen, § 224 Abs. 1 Nr. 3, 5 StGB

K könnte zudem einen Qualifikationstatbestand der gefährlichen Körperverletzung verwirklicht haben.

aa) § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB: Hinterlistiger Überfall

In Betracht kommt zunächst § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Danach müsste die Handlung des M einen hinterlistigen Überfall darstellen. Ein Überfall ist ein Angriff auf den Verletzten, dessen er sich nicht versieht und auf den er sich nicht vorbereiten kann.²⁹ Hinterlistig ist der Überfall, wenn sich die Absicht des Täters, dem anderen die Verteidigungsmög-

lichkeit zu erschweren, äußerlich manifestiert, wenn der Täter also planmäßig seine Verletzungsabsicht verbirgt.³⁰ Angesichts der Situation der am Tatort anwesenden Personen und der Eskalationsgefahr, die sich unterdessen durch die Schläge des B und U zeigte, konnte M sich eines Angriffes weiterer Beteiligter, mithin auch des K, versehen. Demnach liegt bereits kein Überfall vor. Somit scheidet ein hinterlistiger Überfall gem. § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB aus.

bb) § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB: Mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung

Weiter kommt der Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB, nämlich die Begehung einer Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung, in Betracht. Dabei ist streitig, ob § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB eine bloß abstrakte oder konkrete Lebensgefährdung verlangt.

Nach einer Ansicht muss die Behandlung das Opfer in eine konkrete Lebensgefahr gebracht haben.³¹ Die Bewusstseinsstörung schaltete hier die Schluck- und Hustreflexe des M aus. Sie brachte M mithin in eine konkrete Lebensgefahr.

Nach einer anderen Ansicht ist eine abstrakt-generelle Lebensgefährdung ausreichend.³² Die Bewusstseinsstörung des M ist bereits konkret lebensgefährlich. Somit liegt auch eine abstrakte Lebensgefahr vor.

Da beide Ansichten zum selben Ergebnis kommen, ist eine Stellungnahme entbehrlich. K hat folglich die Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung gem. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB begangen.

2. Subjektiver Tatbestand

K handelte vorsätzlich bezüglich des Grundtatbestandes des § 223 Abs. 1 StGB und des Qualifikationstatbestandes des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

K handelte rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

K hat sich durch dieselbe Handlung der gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB schuldig gemacht.

²⁹ BGH GA 1961, 241 (241).

³⁰ Fischer (Fn. 4), § 224 Rn. 22.

³¹ Paeffgen/Böse in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 25), § 224 Rn. 28.

³² BGHSt 2, 160 (163); BGH NStZ-RR 2010, 167 (177); Kretschmer, Die gefährliche Körperverletzung (§ 224 StGB) anhand neuer Rechtsprechung, Jura 2008, 916 (921).

C. Strafbarkeit des K gem. § 227 Abs. 1 StGB

K könnte sich durch dieselbe Handlung der Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben.

Aufbau des fahrlässigen Erfolgsdelikts

Die für Studierende wichtige Frage des Prüfungsaufbaus des fahrlässigen Erfolgsdelikts wird in Lehrbüchern unterschiedlich beantwortet. Dabei handelt es sich zum Teil um rein terminologische Unterschiede, zum Teil aber um Auswirkungen abweichender dogmatischer Grundlagen.³³ Die Fahrlässigkeit weist nach der heute überwiegenden „Zweistufigkeitslehre“³⁴ eine Doppelnatur auf, die sich entsprechend im Deliktsaufbau niederschlägt.³⁵ Sie wird nicht nur, wie es früher ganz h. M. entsprach, als Schuldform betrachtet, sondern ist bereits im Tatbestand zu berücksichtigen,³⁶ indem im ersten Schritt eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung bei objektiver Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung geprüft wird. Liegt diese vor, kann eine Strafbarkeit nur noch wegen fehlender individueller Sorgfaltspflichtverletzung oder fehlender individueller Vorhersehbarkeit an der erforderlichen Schuld scheitern.³⁷

Andere Ansichten fordern demgegenüber beispielsweise eine Subjektivierung der Feststellung einer tatbestandsmäßigen Sorgfaltspflichtverletzung³⁸ oder stehen generell dem Element der „Sorgfaltspflichtverletzung“ kritisch gegenüber.³⁹ Für die folgende Bearbeitung wird jedoch der „Zweistufigkeitslehre“ gefolgt.

I. Tatbestand**1. Objektiver Tatbestand****a) Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB**

K hat, wie soeben geprüft, den Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB erfüllt.

b) Eintritt des Todes und Kausalzusammenhang

Der qualifizierte Erfolg des § 227 Abs. 1 StGB müsste eingetreten sein und weiterhin ein Kausalzusammenhang zwi-

schen Grunddelikt und Erfolg bestehen. M ist tot. Denkt man die wuchtigen Schläge des K hinweg, entfällt auch die unmittelbar eintretende, den Schluck- und Hustreflex ausschaltende Bewusstseinsstörung, infolge derer M am eingeatmeten Blut erstickte. Somit liegt ein Kausalzusammenhang zwischen der Körperverletzung durch K und dem Tod des M vor.

c) Tatbestandsspezifischer Gefahrzusammenhang

Weiter müsste ein tatbestandsspezifischer Gefahrzusammenhang bestehen. Nach einhelliger Ansicht⁴⁰ genügt es für den objektiven Tatbestand des § 227 Abs. 1 StGB nämlich nicht, dass zwischen Körperverletzung und Todesfolge ein rein ursächlicher Zusammenhang im Sinne der Bedingungstheorie besteht.⁴¹ Vielmehr ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des § 227 StGB, dass eine engere Beziehung zwischen Körperverletzung und Todesfolge bestehen muss.⁴²

Umstritten ist indes, wie dieser Gefahrzusammenhang im Einzelfall beschaffen sein muss und welcher Anknüpfungspunkt dafür in Betracht kommt.

Nach der Handlungstheorie genügt es, dass der fahrlässig bewirkte Tod des Opfers auf die Körperverletzungshandlung als solche zurückzuführen ist, d.h. dass ein unmittelbarer Zusammenhang lediglich zwischen der Körperverletzungshandlung und dem fahrlässig bewirkten Tod des Opfers bestehen muss, soweit ihr selbst bereits das Risiko eines tödlichen Ausgangs anhaftet.⁴³ Einem wuchtigen Schlag in den Kopfbereich haftet das Risiko schwerer Verletzungen und Störungen der Vitalfunktionen an, die sich schließlich im Tod des M realisierten. Nach der Handlungstheorie würde ein tatbestandsspezifischer Gefahrzusammenhang bestehen.

Nach einer anderen Ansicht wird ein gefahrenspezifischer Zusammenhang zwischen Körperverletzungserfolg und dem Todeseintritt gefordert. Maßgebend ist, ob sich im tödlichen Ausgang gerade die Gefahr realisiert hat, die

³³ Kaspar, Grundprobleme der Fahrlässigkeitsdelikte, JuS 2012, 16 (17).

³⁴ Vgl. Roxin/Greco, Strafrecht AT (Fn. 7), § 24 Rn. 3.

³⁵ Kaspar (Fn. 33), JuS 2012, 16 (17).

³⁶ Vgl. Roxin/Greco, Strafrecht AT (Fn. 7), § 24 Rn. 3.

³⁷ Vgl. Freund/Rostalski, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 5 Rn. 16.

³⁸ Ebd., § 5 Rn. 35ff.

³⁹ So etwa Schroeder, Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung, JZ 1989, 776 (780).

⁴⁰ So etwa Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht Besonderer Teil I, 44. Aufl. 2022, Rn. 261; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 21. Aufl. 2020, § 16 Rn. 5.

⁴¹ Vgl. Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht BT I (Fn. 40), Rn. 261.

⁴² Ebd.

⁴³ BGHSt 48, 34 (37f.); BGH NStZ 2008, 278 (279).

von der Art und Schwere der Verletzung herrührt (sog. Letalitätstheorie).⁴⁴ Gerade die dem bei M eingetretenen Körperverletzungserfolg – die den Schluck- und Hustenreflex ausschaltende Bewusstseinsstörung – anhaftende Gefahr realisierte sich, indem M am eingeatmeten Blut erstickte. Somit würde auch nach dieser Ansicht ein tatbestandsspezifischer Gefahrezusammenhang bestehen.

Da beide Ansichten zum selben Ergebnis kommen, ist eine Stellungnahme entbehrlich.

d) Fahrlässige Herbeiführung der schweren Folge

Nach §§ 227, 18 StGB müsste K hinsichtlich der Todesfolge wenigstens Fahrlässigkeit zur Last fallen. Fahrlässigkeit erfordert hier eine objektive Sorgfaltswidrigkeit und objektive Vorhersehbarkeit des Erfolgs.⁴⁵ In der Begehung der Körperverletzung als Grunddelikt liegt dabei bereits eine Sorgfaltspflichtverletzung.⁴⁶ Der Todeserfolg müsste deshalb weiter objektiv voraussehbar sein. Objektiv voraussehbar ist, was eine objektive Maßstabsfigur unter den jeweils gegebenen Umständen aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung in Rechnung stellen würde.⁴⁷ Es liegt nicht außerhalb der allgemeinen Lebenserfahrung, dass nach einem wuchtigen Schlag gegen die Schläfe und den Oberbauch eine Bewusstseinsstörung eintreten kann, die infolgedessen den Schluck- und Hustenreflex ausschaltet und zum Tod führt. Demnach war der Tod objektiv vorhersehbar. Somit fällt K wenigstens Fahrlässigkeit bezüglich der Todesfolge zur Last.

III. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.

IV. Schuld

Der Schuldvorwurf hinsichtlich der fahrlässigen Todesfolge setzt einen individuellen Sorgfaltspflichtverstoß sowie individuelle Vorhersehbarkeit voraus.⁴⁸ Auch für K war der eingetretene, sich aus dem Sorgfaltspflichtverstoß ergebende Kausalverlauf einschließlich der schweren Folge individuell vorhersehbar. Die allgemeinen Sorgfaltsanforderungen entsprachen zudem den individuellen Fähigkeiten des K. Weitere Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich. K handelte somit auch schuldhaft.

gungsgründe sind nicht ersichtlich. K handelte somit auch schuldhaft.

V. Persönliche Schuldausschließungsgründe oder Schuldaufhebungsgründe

Persönliche Schuldausschließungsgründe oder Schuldaufhebungsgründe liegen nicht vor.

VI. Ergebnis

K hat sich durch dieselbe Handlung einer Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

D. Strafbarkeit des K gem. § 222 StGB

Die ebenfalls von K mitverwirklichte fahrlässige Tötung gem. § 222 StGB tritt hinter § 227 Abs. 1 StGB zurück.

E. Strafbarkeit des K gem. § 231 Abs. 1 Alt. 1 StGB

K könnte sich zudem gem. § 231 Abs. 1 Alt. 1 StGB wegen Beteiligung an einer Schlägerei strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Schlägerei

Dazu müsste zunächst eine Schlägerei vorliegen. Eine Schlägerei liegt vor bei einer mit gegenseitigen Körperverletzungen verbundenen Auseinandersetzung, an der gleichzeitig mehr als zwei Personen aktiv mitwirken und wenn zwischen den Vorgängen ein so enger innerer Zusammenhang besteht, dass eine Aufspaltung in einzelne „Zweikämpfe“ nicht in Betracht kommt.⁴⁹ Das rechtmäßige Verhalten eines Beteiligten schließt den Tatbestand nicht aus.⁵⁰ Vorliegend wird laut Sachverhalt aufeinander eingeschlagen. Eine tätliche Auseinandersetzung, die gegenseitige Körperverletzungen zur Folge hat, liegt somit vor. Durch die Eintritte von B, U und K wirken an der Auseinandersetzung zwischen R und M fünf Personen mit. Die Personen traten dabei während des fortlaufenden Kampfes zwischen R und M ein. Somit besteht ein einheitliches Gesamtgeschehen. Mithin liegt eine Schlägerei vor.

⁴⁴ Vgl. *Hardtung* in: MüKoStGB (Fn. 6), § 227 Rn. 12; *Kühl* in: Lackner/Kühl (Fn. 1), § 227 Rn. 2.

⁴⁵ Vgl. *Fischer* (Fn. 4), § 227 Rn. 7a.

⁴⁶ Vgl. BGH NJW 2006, 1822 (1823); NJW 2012, 2453 (2454); OLG Köln NJW 1963, 2381 (2382).

⁴⁷ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT (Fn. 8), Rn. 1115.

⁴⁸ Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT (Fn. 8), Rn. 1144; *Rengier*, Strafrecht AT (Fn. 4), § 52 Rn. 83.

⁴⁹ BGH NSTZ 1997, 402 (403). Siehe für die Abgrenzung zum von mehreren verübten Angriff *Fischer* (Fn. 4), § 231 Rn. 2; *Pichler*, Beteiligung an einer Schlägerei (§ 231 StGB): Ein mit der Dogmatik des Allgemeinen Teils vereinbarter Straftatbestand?, Diss. Universität Hannover 2010, S. 47.

⁵⁰ *Hohmann* in: MüKoStGB (Fn. 6), § 231 Rn. 8.

b) Beteiligung

K müsste an der Schlägerei beteiligt gewesen sein. Die Beteiligung ist im umgangssprachlichen und nicht im gesetzestechnischen Sinn der §§ 25–27 StGB zu verstehen.⁵¹ Die Beteiligten müssen bei der Schlägerei anwesend sein und physisch oder psychisch dazu beitragen, dass Gewalt ausgeübt wird.⁵² K nahm aktiv, mithin physisch, an der fortlaufenden Schlägerei teil. Somit war K an der Schlägerei beteiligt.

2. Subjektiver Tatbestand

K müsste auch vorsätzlich bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale gehandelt haben. Er wusste darum, dass B und U in die Schlägerei in einem unmittelbaren örtlich-zeitlichen Zusammenhang eingegriffen haben. Zudem hatte er den Willen Tötlichkeiten an M zu verüben. Somit handelte K vorsätzlich.

3. Objektive Bedingung der Strafbarkeit (Tatbestandsan-nex)

Schließlich müsste durch die Schlägerei eine der in § 231 Abs. 1 StGB beschriebenen schweren Folgen verursacht worden sein. Die verlangte Verursachung einer schweren Folge durch die Schlägerei stellt eine sog. objektive Bedingung der Strafbarkeit dar, auf die sich weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit erstrecken muss.⁵³ Ferner ist eine Voraussetzung das Bestehen von Kausalität im Sinne der Äquivalenztheorie zwischen der Schlägerei einerseits und der schweren Folge andererseits.⁵⁴ Vorliegend ist M tot. Wenn man die Schlägerei hinwegdenkt, entfällt auch der Tod des M. Somit ist die Schlägerei ursächlich für den Tod des M. Mithin ist die objektive Bedingung der Strafbarkeit gem. § 231 Abs. 1 StGB durch den Tod des M eingetreten.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Mangels Rechtfertigungs- und Schuldausschlussgründen handelte K rechtswidrig und schuldhaft. Insbesondere kommt § 231 Abs. 2 StGB nicht in Betracht.

III. Ergebnis

K hat sich gem. § 231 Abs. 1 Alt. 1 StGB wegen Beteiligung an einer Schlägerei strafbar gemacht.

Sachverhaltsalternative 2: Bewusstseinstrübung**A. Strafbarkeit des K gem. § 212 Abs. 1 StGB**

Eine Strafbarkeit des K gem. § 212 Abs. 1 StGB scheidet aufgrund des fehlenden Vorsatzes aus.

B. Strafbarkeit des K gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 3, 5 StGB

K könnte sich gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 3, 5 StGB der gefährlichen Körperverletzung schuldig gemacht haben, indem er M aus Wut und Empörung bewusst schnell agierend mit der rechten Faust einen wuchtigen Schlag gegen die linke Schläfe und mit der linken Faust in den rechten Oberbauch versetzte und eine Bewusstseinstrübung eintrat.

I. Tatbestand**1. Objektiver Tatbestand****a) Körperliche Misshandlung**

K müsste M körperlich misshandelt haben. Ein Schlag mit der rechten Faust gegen die linke Schläfe und mit der linken Faust in den rechten Oberbauch stellt eine üble und unangemessene Behandlung dar. Die daraufhin eintretende Bewusstseinstrübung beeinträchtigt das körperliche Wohlergehen dabei nicht nur unerheblich. Somit hat K den M körperlich misshandelt.

b) Gesundheitsschädigung

Weiterhin könnte auch eine Gesundheitsschädigung vorliegen. Eine Bewusstseinstrübung weicht krankhaft vom Normalzustand eines Menschen ab. Eine Gesundheitsschädigung liegt mithin ebenfalls vor.

c) Kausalität

Die Schläge des K müssten kausal für die Bewusstseinstrübung des M sein. Die Schläge des K können nicht hinweggedacht werden, ohne dass die Bewusstseinstrübung entfällt. Somit sind die Schläge des K kausal für die Bewusstseinstrübung.

d) Objektive Zurechnung

K müsste die Bewusstseinstrübung objektiv zurechenbar sein. K schafft durch den Schlag an die Schläfe die rechtlich missbilligte Gefahr für und mit dem Schlag in den Oberbauch die rechtlich missbilligte Gefahr von Verletzungen und Störungen des Bewusstseins. Diese Gefahr hat sich

⁵¹ Hardtung, Die Körperverletzungsdelikte, JuS 2008, 1060 (1064).

⁵² Vgl. Pichler (Fn. 49), S. 67ff.

⁵³ Vgl. Rengier, Strafrecht BT II, (Fn. 40), § 18 Rn. 6.

⁵⁴ BGH NJW 1985, 871 (872).

hier in Form einer Bewusstseinstrübung realisiert. Mithin ist K die Bewusstseinstrübung objektiv zurechenbar.

e) Qualifikationen, § 224 Abs. 1 Nr. 3, 5 StGB

K könnte zudem einen Qualifikationstatbestand der gefährlichen Körperverletzung verwirklicht haben.

aa) § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB: Hinterlistiger Überfall

Auch hier scheitert die Qualifikation bereits mangels eines Überfalls.

bb) § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB: Mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung

Weiter kommt der Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB, die Begehung der Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdende Behandlung, in Betracht. Dabei ist streitig, ob § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB eine bloß abstrakte oder konkrete Lebensgefährdung verlangt.

Nach einer Ansicht muss die Behandlung das Opfer in eine konkrete Lebensgefahr gebracht haben.⁵⁵ Die wuchtigen Schläge des K gegen M sind, wie bereits dargestellt, ursächlich für den Tod des M. Für den Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB reicht indessen eine mittelbare Folge selbst nicht aus. Vielmehr muss die Körperverletzungshandlung selbst lebensbedrohlich sein.⁵⁶ Vorliegend trat bei M durch die Schläge des K unmittelbar eine Bewusstseinstrübung ein. Eine Bewusstseinstrübung ist eine Form der qualitativen Bewusstseinsstörung, bei der die Fähigkeit gestört ist, verschiedene Aspekte der eigenen Person und der Umwelt gegenwärtig zu verstehen und sinnvoll miteinander zu verbinden. Die vorliegende Bewusstseinstrübung stellt jedoch mangels entgegenstehender Angaben noch keine konkrete Lebensgefährdung dar.

Nach einer anderen Ansicht ist eine abstrakt-generelle Lebensgefährdung ausreichend.⁵⁷ Diese soll vorliegen, wenn die jeweilige Einwirkung durch den Täter nach den Umständen des konkreten Falles wie der Art, Dauer und Stärke der Einwirkung generell geeignet ist, das Opfer in Lebensgefahr zu bringen.⁵⁸ Eine Bewusstseinstrübung, bei der die Fähigkeit gestört ist, verschiedene Aspekte der eigenen

Person und der Umwelt gegenwärtig zu verstehen und sinnvoll miteinander zu verbinden, ist abstrakt-generell ein lebensgefährlicher Zustand. Mithin läge eine das Leben gefährdende Behandlung gem. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB vor.

Beide Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass Stellung zu nehmen ist. Zunächst widerspricht die erste Ansicht dem ausdrücklich erklärten Willen des Gesetzgebers, der in Anschluss an die höchstrichterliche Rechtsprechung keine konkrete Lebensgefahr voraussetzen, sondern eine abstrakt-generelle Lebensgefährdung ausreichen lassen wollte.⁵⁹ Schließlich würde das Fordern einer konkreten Lebensgefahr § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB zu nahe an den versuchten Totschlag gem. §§ 212, 22 StGB heranrücken und in seinem Unrechtsgehalt zu weit von den anderen Varianten des § 224 Abs. 1 StGB entfernen.⁶⁰ Die besseren Argumente sprechen daher für die andere Ansicht, sodass eine das Leben gefährdende Behandlung hier vorliegt und die Voraussetzungen des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB erfüllt sind.

2. Subjektiver Tatbestand

K handelte vorsätzlich bezüglich des Grundtatbestandes des § 223 Abs. 1 StGB und des Qualifikationstatbestandes des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB.

C. Strafbarkeit des K gem. §§ 227 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

K könnte sich durch dieselbe Handlung der Körperverletzung mit Todesfolge gem. §§ 227 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB

Der Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB ist erfüllt.

b) Eintritt des Todes und Kausalzusammenhang

Der qualifizierte Erfolg des § 227 Abs. 1 StGB müsste eingetreten sein und weiterhin ein Kausalzusammenhang zwischen Grunddelikt und Erfolg bestehen. M ist tot. Wenn man die wuchtigen Schläge des K hinwegdenkt, entfällt auch die Bewusstseinstrübung, die M zu einer aktiven Verteidigung außer Stande setzt, aber R ermöglichte, ihm wei-

⁵⁵ Paeffgen/Böse in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 25), § 224 Rn. 28.

⁵⁶ BGHSt 2, 160 (163); 36, 1 (9); BGH NSTZ-RR 2021, 109 (110); vgl. auch *Hardtung* in: MüKoStGB (Fn. 6), § 224 Rn. 42; Rengier, Strafrecht AT (Fn. 4), § 14 Rn. 50.

⁵⁷ Siehe Fn. 32.

⁵⁸ Rengier, Strafrecht BT II (Fn. 40), § 14 Rn. 50.

⁵⁹ Vgl. BT-Drucks. 13/8587, S. 82f.

⁶⁰ Rengier, Strafrecht BT II (Fn. 40), § 14 Rn. 50.

tere wuchtige Schläge gegen den Kopf zu versetzen. Mithin ist die Körperverletzung des M ursächlich für den Tod des M.

c) Tatbestandsspezifischer Gefahrzusammenhang

Weiter müsste ein tatbestandsspezifischer Gefahrzusammenhang bestehen. Nach den Grundsätzen des § 227 StGB unterbricht indes das vorsätzliche – anders als leicht fahrlässiges – Handeln eines Dritten regelmäßig den Zurechnungszusammenhang.⁶¹ Die Schläge des K haben hier lediglich zu einer Bewusstseinstrübung geführt, die M zu einer aktiven Verteidigung außer Stande setzte, die es aber R ermöglichte, ihm weitere wuchtige Schläge gegen den Kopf zu versetzen. Die drei vorsätzlich begangenen wuchtigen Faustschläge des R gegen den Kopf von M unterbrechen demnach bereits den Zurechnungszusammenhang. Mithin ist der Tod des M dem K nicht objektiv zurechenbar.

d) Zurechnung, § 25 Abs. 2 StGB

Etwas anderes könnte sich indessen ergeben, wenn dem K die drei wuchtigen Schläge des R nach den Grundsätzen der § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden könnten. Indes bestand zwischen K und R kein gemeinsamer Tatplan. Eine mittäterschaftliche Zurechnung nach den Grundsätzen der sukzessiven Mittäterschaft während der Tatausführung ist zwar möglich.⁶² Doch auch dafür müsste ein gemeinsamer Tatplan, zumindest konkludent, geschlossen worden sein.⁶³ Jedoch ist kein nach außen erkennbares Verhalten des R oder M ersichtlich, das den Schluss auf einen sukzessiv gefassten gemeinsamen Tatplan zuließe. Die Schläge des R können dem K somit nicht nach § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden.

2. Zwischenergebnis

Folglich liegt der objektive Tatbestand nicht vor.

II. Ergebnis

K hat sich mithin nicht durch dieselbe Handlung der Körperverletzung mit Todesfolge gem. §§ 227 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB schuldig gemacht.

D. Strafbarkeit des K gem. § 222 StGB

K könnte sich jedoch durch dieselbe Handlung der fahrlässigen Tötung gem. § 222 StGB schuldig gemacht haben.

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Erfolgseintritt und Kausalität

Die wuchtigen Schläge des K müssten kausal für den Tod des M sein. Das Täterhandeln ist im Rahmen des § 222 StGB selbst kausal, wenn ein später handelnder Dritter durch ein auf denselben Erfolg gerichtetes Tun vorsätzlich zu dessen Herbeiführung beiträgt, sofern er dabei nur an das Handeln des Täters anknüpft, dieses also die Bedingung seines eigenen Eingreifens ist.⁶⁴ R tritt an den deutlich gekennzeichneten M nach dem Handeln des K heran, der sich nicht mehr wehren konnte. Seine Handlung knüpft demnach an das Handeln des K an. Somit sind die wuchtigen Schläge des K kausal für den Tod.

2. Objektive Sorgfaltspflichtverletzung und objektive Vorhersehbarkeit

K müsste objektiv sorgfaltswidrig gehandelt, also die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen haben. Der generelle Sorgfaltsmaßstab ergibt sich aus den Anforderungen, die bei einer *ex ante*-Betrachtung der Gefahrenlage an eine objektive Maßstabsfigur zu stellen sind.⁶⁵ K hat in Kenntnis dessen, dass lediglich ein Zweikampf zwischen R und M verabredet worden war, M ebenfalls angegriffen. Aus einer *ex-ante*-Betrachtung hat er damit trotz der Gefahrenlage eines Zweikampfes vor Zuschauern den M durch seine Schläge den Tötlichkeiten des R schutzlos ausgeliefert. Mithin hat K objektiv sorgfaltswidrig gehandelt. Der Erfolgseintritt müsste zudem objektiv vorhersehbar sein.⁶⁶ Es liegt nicht außerhalb der Lebenserfahrung, dass in der Eskalationsgefahr einer Schlägerei R noch einmal an den M herantreten wird, um weitere Schläge zu verüben, die den Zustand des M noch weiter verschlechtern und bis hin zu seinem Tod führen können. Somit war der Erfolgseintritt objektiv vorhersehbar. Mithin handelte K sorgfaltswidrig bei objektiver Vorhersehbarkeit des Erfolgseintritts.

3. Objektive Zurechnung

Der Tod des M müsste K auch objektiv zurechenbar sein. Dazu muss ein Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen dem pflichtwidrigen Täterverhalten einerseits und dem Taterfolg andererseits vorliegen. Fahrlässige Verursachung

⁶¹ Vgl. BGHSt 32, 25 (27f.); vgl. zu einer insoweit ähnlich gelagerten Fallkonstellation Fischer (Fn. 4), § 227 Rn. 5b.

⁶² Vgl. Joecks/Scheinfeld in: MüKoStGB (Fn. 6), § 25 Rn. 205ff.

⁶³ Vgl. BGH NSTz 2021, 494 (497); Rengier, Strafrecht AT (Fn. 4), § 44 Rn. 35.

⁶⁴ Vgl. BGHSt 39, 322 (324).

⁶⁵ Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT (Fn. 8), Rn. 1118.

⁶⁶ Siehe Fn. 45.

liegt also vor, wenn sich die rechtlich missbilligte Gefahr verwirklicht hat, die in der Sorgfaltspflichtverletzung des Täters geschaffen wurde.⁶⁷ Fraglich ist indes, ob die Handlungen des R nicht zu einer Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs führten. Dies richtet sich danach, in wessen Verantwortungsbereich der Taterfolg fällt, was wiederum nach dem Adäquanzzusammenhang bestimmt wird.⁶⁸ Danach soll die Zurechnung nur entfallen, wenn das Dazwischentreten eines eigenverantwortlich handelnden Dritten so sehr außerhalb der allgemeinen Lebenserfahrung liegt, dass mit ihm vernünftigerweise nicht gerechnet werden kann.⁶⁹ Die Schläge des K erfolgten während einer fortlaufenden Schlägerei mehrerer Personen, bei der die Anwesenheit von jeweils mehreren Unterstützern eine Eskalationsgefahr mit sich bringt. Dabei liegt es gerade nicht außerhalb der Lebenserfahrung, dass sich andere Beteiligte an der Schlägerei die vorangehende Schaffung einer erkennbaren Beeinträchtigung der Abwehrfähigkeit des Opfers zu Nutze machen. Die drei wuchtigen Schläge des R gegen den M liegen demnach nicht außerhalb der Lebenserfahrung. Mithin ist der Tod dem K objektiv zurechenbar.

II. Rechtswidrigkeit

K handelte rechtswidrig.

III. Schuld

Ein individueller Sorgfaltspflichtverstoß sowie individuelle Vorhersehbarkeit liegen vor.

IV. Persönliche Strafausschließungsgründe oder Strafaufhebungsgründe

Persönliche Strafausschließungsgründe oder Strafaufhebungsgründe liegen nicht vor.

V. Ergebnis

K hat sich der fahrlässigen Tötung gem. § 222 StGB schuldig gemacht.

E. Strafbarkeit des K gem. § 231 Abs. 1 Alt. 1 StGB

K hat sich zudem der Beteiligung an einer Schlägerei gem. § 231 Abs. 1 Alt. 1 StGB schuldig gemacht.

F. Gesamtergebnis zu K

Die 1. Sachverhaltsalternative unterscheidet sich von der 2. Sachverhaltsalternative ausschließlich in der Strafbarkeit wegen Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 Abs. 1 StGB. Indes ist bei einem Stufenverhältnis der Täter in *dubio pro reo* auf eindeutiger Tatsachengrundlage aus dem milderen Gesetz zu verurteilen, so dass sich eine Wahlfeststellung erübrigt.⁷⁰

Die Strafbarkeit des K nach der 1. Sachverhaltsalternative wegen Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 Abs. 1 StGB muss deshalb auf die in beiden Sachverhaltsalternativen verwirklichte fahrlässige Tötung gem. § 222 StGB reduziert werden, die einen niedrigeren Strafrahmen aufweist. Somit hat K sich wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB in Tateinheit mit fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB und der Beteiligung an einer Schlägerei gem. § 231 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht.

G. Strafbarkeit des R gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5, 25 Abs. 2 StGB

R könnte sich einer gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr., 5, 25 Abs. 2 StGB schuldig gemacht haben, indem K dem M mehrfach Schläge versetzte.

I. Tatbestand

R selbst hat M in dieser Tatphase nicht körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt. Ihm könnten jedoch die Schläge von K gem. § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden.

1. Gemeinsamer Tatplan

Dafür müsste zunächst ein gemeinsamer Tatplan vorliegen. Hier haben R und M, für alle anwesenden Unterstützer erkennbar, einen Zweikampf vereinbart, der das Eingreifen Dritter ausschließen sollte. R hat mit K vor Beginn des Zweikampfes auch nichts davon Abweichendes vereinbart, sodass ein gemeinsamer Tatplan zunächst nicht vorlag. Zwar ist hier eine mittäterschaftliche Zurechnung auch nach den Grundsätzen der sukzessiven Mittäterschaft während der Tatausführung möglich. Jedoch hat K entgegen der Vereinbarung zwischen R und M in den Zweikampf eingegriffen und es ist auch kein nach außen

⁶⁷ Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT (Fn. 8), Rn. 1129.

⁶⁸ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT (Fn. 8), Rn. 283ff.

⁶⁹ Vgl. BGH NJW 2005, 1420 (1421); 2002, 2232 (2233).

⁷⁰ Hecker in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 1 Rn. 83; zur Abgrenzung des Stufenverhältnisses von der Wahlfeststellung Kruse, Wahlfeststellung in Gutachten, Strafurteil und Anklageschrift, JURA 2008, 173.

erkennbares Verhalten des R ersichtlich, das den Schluss auf einen sukzessiv gefassten gemeinsamen Tatplan zuließe. Die Körperverletzung des K bildet zudem eine zeitlich vollständig abgeschlossene Tat, weshalb auch ein nachträgliches Einverständnis des R als *dolus subsequens* unbeachtlich wäre.⁷¹ Somit liegt kein gemeinsamer Tatplan vor.

2. Zwischenergebnis

Folglich fehlt es hier an einem gemeinsamen Tatplan mit K. Dessen Schläge können R daher nicht gem. § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden.

II. Ergebnis

R hat sich nicht einer gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5, 25 Abs. 2 StGB schuldig gemacht, indem K dem M mehrere Schläge versetzte.

3. Tatkomplex: Das Ende

A. Strafbarkeit des R gem. § 212 Abs. 1 StGB

R könnte sich eines Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem er M drei wuchtige Faustschläge gegen den Kopf versetzte.

I. Tatbestand

Dafür müsste R tatbestandsmäßig gehandelt haben. Zunächst ist M tot, sodass der Tod eines Menschen als Taterfolg vorliegt. Fraglich ist jedoch, ob die drei wuchtigen Faustschläge des R gegen den Kopf des M für dessen Tod kausal im Sinne der *conditio-sine-qua-non*-Formel waren. M erstickte an eingatmetem Blut durch eine Nasenbeinfraktur, weil er eine Bewusstseinsstörung erlitt, die seinen Schluck- und Hustreflex ausgeschaltet hatte. Insoweit ist danach zu fragen, ob die Schläge des R die Bewusstseinsstörung und Nasenbeinfraktur des M verursacht haben. Hier konnte jedoch nicht mehr festgestellt werden, ob die Schläge des R oder etwa diejenigen des K die Bewusstseinsstörung und Nasenbeinfraktur bei M hervorgerufen haben. Daher ist zugunsten des R *in dubio pro reo* davon auszugehen, dass allein die vorangegangenen Verletzungshandlungen des K die tödliche Folge verursacht haben.⁷² Demnach können die Tathandlungen des R hinweggedacht werden, ohne dass der konkrete Taterfolg entfielen, sodass diese nicht kausal für den Tod des M waren. Folglich hat R nicht tatbestandsmäßig gehandelt.

II. Ergebnis

R hat sich nicht eines Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB schuldig gemacht, indem er M drei wuchtige Faustschläge gegen den Kopf versetzte.

B. Strafbarkeit des R gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

R könnte sich jedoch einer gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB schuldig gemacht haben, indem er M drei wuchtige Faustschläge gegen den Kopf versetzte.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Körperliche Misshandlung und Gesundheitsschädigung

R müsste M körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben. R versetzte M drei wuchtige Faustschläge gegen den Kopf. Dies stellt eine üble und unangemessene Behandlung dar. Die weiteren Hämatome und Prellungen am Kopf und im Gesicht beeinträchtigen das körperliche Wohlbefinden des M dabei nicht nur unerheblich und stellen zudem einen vom Normalzustand krankhaft abweichenden Zustand dar. R hat M folglich körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt.

b) Kausalität und objektive Zurechnung

Die Faustschläge des R müssten auch kausal für den Körperverletzungserfolg und dieser ihm objektiv zurechenbar sein. Die drei wuchtigen Faustschläge des R können zunächst nicht hinweggedacht werden, ohne dass die körperliche Misshandlung und Gesundheitsschädigung entfielen, sodass sie kausal im Sinne einer *conditio sine qua non* sind. Schließlich schafft R dadurch die rechtlich missbilligte Gefahr für Verletzungen im Bereich des Kopfes und Gesichtes. Diese Gefahr hat sich hier auch in Form von Hämatomen und Prellungen realisiert, sodass der Körperverletzungserfolg dem R auch objektiv zurechenbar ist.

b) § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB: Mittels einer das Leben gefährdende Behandlung

Weiterhin müsste R die Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen haben. Dies ist nach der hier vertretenen Ansicht der Fall, wenn eine abstrakt-generelle Lebensgefährdung vorliegt. R hat M drei wuchtige Faustschläge gegen den Kopf versetzt. Massive

⁷¹ Vgl. zum unbeachtlichen nachträglichem Einverständnis Rengier, Strafrecht AT (Fn. 4), § 44 Rn. 38.

⁷² Vgl. BGH NStZ 2021, 494 (497).

Faustschläge gegen den Kopf gehen dabei schon an und für sich mit einer erheblichen Gefährlichkeit einher.⁷³ Hinzu kommt im konkreten Fall, dass M zum Zeitpunkt der Schläge bereits sichtlich und deutlich gezeichnet von den vorherigen Auseinandersetzungen war. Er konnte sich nicht mehr wehren und hielt lediglich schützend seine Fäuste vor seine Schläfen. In diesem Kontext sind drei wuchtige Faustschläge gegen den Kopf generell geeignet, das Opfer in Lebensgefahr zu bringen. R hat die Körperverletzung folglich mittels einer lebensgefährdenden Behandlung begangen.

2. Subjektiver Tatbestand

Weiter muss R vorsätzlich hinsichtlich des Grunddelikts und der Qualifikation gehandelt haben. Bezüglich der Qualifikation des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB ist es erforderlich, dass der Täter die Umstände kennt, aus denen sich die Lebensgefährlichkeit ergibt.⁷⁴ R wollte den M schlagen, um den Zweikampf endgültig für sich zu entscheiden. Er handelte dabei in dem Bewusstsein, dass M wegen der vorangegangenen Auseinandersetzungen sichtlich benommen bzw. geschwächt war und sich nicht mehr wehren konnte. Mithin wusste R um die Umstände, aus denen sich die Lebensgefährlichkeit für M ergab. Er handelte sowohl hinsichtlich des Grunddelikts als auch der Qualifikation vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit

Weiterhin müsste R auch rechtswidrig gehandelt haben. Zwar hat M zunächst in den Zweikampf mit R eingewilligt, sodass es auch hier an der Rechtswidrigkeit mangeln könnte. Doch dafür müsste die Einwilligung noch bei der jeweiligen Tatbegehung objektiv vorliegen.⁷⁵ Hier war M indes wegen der bereits erlittenen Verletzungen und seiner dadurch bewirkten Schwächung zum Zeitpunkt der drei wuchtigen Faustschläge in das Gesicht durch R nicht mehr mit einer Fortsetzung des Zweikampfes einverstanden. Mithin lag die Einwilligung zum Zeitpunkt der Tatbegehung nicht mehr vor. Dies war R laut Sachverhalt auch bewusst, sodass ein möglicher Erlaubnistatbestandsirrtum ausscheidet.⁷⁶ Andere Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Mithin handelte R auch rechtswidrig.

III. Schuld

Es sind keine Entschuldigungsgründe oder Schuldausschließungsgründe ersichtlich. R handelte mithin schuldhaft.

IV. Ergebnis

R hat sich einer gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB schuldig gemacht, indem er M drei wuchtige Faustschläge gegen den Kopf versetzte.

C. Strafbarkeit des R gem. § 227 Abs. 1 StGB

Fraglich ist weiterhin, ob sich R einer Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 Abs. 1 StGB schuldig gemacht hat, indem er M drei wuchtige Faustschläge gegen den Kopf versetzte und dieser verstarb.

I. Tatbestand

1. Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB

Wie oben geprüft, ist der Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB erfüllt.

2. Erfolgsqualifikation des § 227 Abs. 1 StGB

Weiterhin müsste die Erfolgsqualifikation des § 227 Abs. 1 StGB erfüllt sein. Zunächst müsste dafür die kausale tödliche Folge eingetreten sein. Zwar ist M hier verstorben. Doch wie oben geprüft, ist *in dubio pro reo* zugunsten des R davon auszugehen, dass ausschließlich die Schläge des K die tödliche Folge verursacht haben. Mithin fehlt es an einer durch die Schläge des R verursachten tödlichen Folge, sodass die Erfolgsqualifikation des § 227 Abs. 1 StGB nicht erfüllt ist. R hat folglich nicht tatbestandsmäßig gehandelt.

II. Ergebnis

R hat sich nicht einer Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 Abs. 1 StGB schuldig gemacht, indem er M drei wuchtige Faustschläge gegen den Kopf versetzte.

D. Strafbarkeit des R gem. §§ 227 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

Eine mittäterschaftliche Zurechnung der Erfolgsqualifikation des § 227 Abs. 1 StGB gem. § 25 Abs. 2 StGB scheidet schon daran, dass K diese nicht verwirklicht hat.

⁷³ Vgl. BGH NJW 2013, 1379 (1382).

⁷⁴ BGHSt 19, 352 (353f.); 36, 1 (15).

⁷⁵ Schlehofer in: MüKoStGB (Fn. 6), Vor §§ 32ff. Rn. 198.

⁷⁶ Vgl. zur Einordnung eines Irrtums über eine in Wahrheit nicht vorliegende oder unwirksame Einwilligung als Erlaubnistatbestandsirrtum Eschelbach in: BeckOK StGB (Fn. 2), § 228 Rn. 32.

E. Strafbarkeit des R gem. § 222 StGB

Schließlich könnte sich R gem. § 222 StGB einer fahrlässigen Tötung schuldig gemacht haben, indem er M drei wuchtige Faustschläge gegen den Kopf versetzte.

I. Tatbestand

R müsste zunächst den Tod eines anderen Menschen verursacht haben. M ist gestorben, sodass der Tod eines anderen Menschen eingetreten ist. R hat durch die wuchtigen Faustschläge gegen den Kopf auch eine taugliche Tathandlung begangen. Dadurch müsste der Tod des M jedoch verursacht worden sein. Dies bestimmt sich nach den allgemeinen Zurechnungsregeln,⁷⁷ also der Kausalität und der objektiven Zurechnung. Indessen ist, wie bereits dargestellt *in dubio pro reo* zugunsten des R davon auszugehen, dass ausschließlich die Schläge des K den Tod des M verursacht haben. Mithin fehlt es hier an der Verursachung des Todes eines anderen Menschen.

II. Ergebnis

R hat sich nicht gem. § 222 StGB einer fahrlässigen Tötung schuldig gemacht, indem er M drei wuchtige Faustschläge gegen den Kopf versetzte.

F. Strafbarkeit des R gem. § 231 Abs. 1 Alt. 1 StGB

R könnte sich zudem gem. § 231 Abs. 1 Alt. 1 StGB der Beteiligung an einer Schlägerei schuldig gemacht haben.

I. Tatbestand**1. Objektiver Tatbestand****a) Schlägerei**

Wie bereits geprüft, liegt eine Schlägerei i.S.d. § 231 Abs. 1 Alt. 1 StGB vor.

b) Beteiligung

R müsste an dieser Schlägerei auch beteiligt sein. R ist zunächst nur mit M in einen Zweikampf verwickelt. Als B und U bzw. K in diesen eingegriffen haben, also nachdem eine Schlägerei vorlag, versetzte R dem M jedoch noch drei wuchtige Faustschläge in das Gesicht. Zwar ist darin kein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken im Sinne einer Mittäterschaft, vgl. § 25 Abs. 2 StGB, zu sehen. Doch standen die drei wuchtigen Schläge in einem unmittelbaren zeitlichen und örtlichen Zusammenhang. Mithin hat R sich im Sinne der hier ausreichenden örtlich-zeitlichen Mitwirkung an der Schlägerei auch beteiligt.

2. Subjektiver Tatbestand

R müsste auch vorsätzlich bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale gehandelt haben. Er wusste darum, dass K sowie B und U den R zwischenzeitlich bereits mehrfach geschlagen hatten und sich diese Schläge in einem unmittelbaren örtlich-zeitlichen Zusammenhang zu seinen nachfolgenden Schlägen standen. Zudem hatte er den Willen, dem M drei wuchtige Faustschläge in das Gesicht zu versetzen. Mithin hat R auch vorsätzlich bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale gehandelt.

3. Objektive Bedingung der Strafbarkeit**(Tatbestandsannex)**

Schließlich ist, wie oben geprüft, auch eine der in § 231 Abs. 1 StGB beschriebenen schweren Folgen, hier der Tod eines Menschen, durch die Schlägerei verursacht worden.

II. Rechtswidrigkeit

Es sind keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich, insbesondere liegt, wie bereits geprüft, die Einwilligung des M zum Tatzeitpunkt nicht mehr vor. Mithin handelte R rechtswidrig.

III. Schuld

Es sind keine Entschuldigungsgründe oder Schuldausschlussgründe ersichtlich. R handelte mithin auch schuldhaft. Insbesondere kann der Vorwurf nicht gem. § 231 Abs. 2 StGB entkräftet werden.

IV. Ergebnis

R hat sich gem. § 231 Abs. 1 Alt. 1 StGB der Beteiligung an einer Schlägerei schuldig gemacht, indem er M drei wuchtige Faustschläge in das Gesicht versetzte.

G. Ergebnis zum 3. Tatkomplex

R hat sich wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB in Tateinheit mit Beteiligung an einer Schlägerei gem. § 231 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht, indem er M drei wuchtige Faustschläge in das Gesicht versetzte.

⁷⁷ Eser/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 222 Rn. 3; Neumann/Saliger in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 25), § 222 Rn. 2.

FAZIT

Der BGH folgte hier zunächst seiner grundsätzlichen Linie, dass die Einwilligungsfähigkeit keine starre Altersgrenze kennt oder den zivilrechtlichen Regeln über die Geschäftsfähigkeit entspricht, sondern nach der tatsächlichen Einsichts- und Urteilsfähigkeit zu beurteilen ist. In Bezug auf die mögliche Sittenwidrigkeit der Einwilligung stellte er insbesondere darauf ab, dass ausreichend sichere Regeln vereinbart wurden. Zwar ist diese Betrachtungsweise mit Verweis auf die vorherige Rechtsprechung⁷⁸ auf Kritik gestoßen. So sei nicht sichergestellt gewesen, dass das Vereinbarte tatsächlich eingehalten werde.⁷⁹ Doch zu Recht verwies der BGH auf die fehlende Vergleichbarkeit zu dieser Rechtsprechung, da es allein auf eine *ex-ante*-Betrachtung zu Beginn der Körperverletzungshandlungen ankommt und bei Vornahme einer solchen kein schwerer Gesundheitsschaden und keine konkrete Todesgefahr zu erwarten war.⁸⁰

Für Studierende macht die Entscheidung vor allem aufgrund der vielen Probleme im Allgemeinen Teil des materiellen Strafrechts – wie der möglichen Sittenwidrigkeit der Einwilligung oder den Fragen der Verursachung – deutlich, dass fundierte Kenntnisse des Allgemeinen Teils von nicht zu unterschätzender Bedeutung für eine Fallbearbeitung sein können. Darüber hinaus ist es sinnvoll sich – für den in Klausuren möglicherweise vorkommenden Fall der wahldeutigen Tatsachengrundlage – mit dem synoptischen Aufbau vertraut zu machen. Dieser ermöglicht es, auch in zunächst scheinbar komplizierten Konstellationen einen übersichtlichen und strukturierten Aufbau zu erarbeiten.

Umfangreiche Ausführungen zu dem Umgang mit wahldeutigen Tatsachengrundlagen finden sich in dem zweiteiligen Beitrag von Norouzi, Grundfälle zur Wahlfeststellung, Präpendenz und Postpendenz, JuS 2008, 17; 2008, 113.

⁷⁸ Vgl. BGHSt 58, 140 (147); BayObLG NJW 1999, 372 (373).

⁷⁹ Vgl. v. Heintschel-Heinegg (Fn. 23), JA 2021, 425 (429).

⁸⁰ Vgl. BGH NSTZ 2021, 494 (496).

RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT ZIVILRECHT

BGH – VI ZR 172/20, Urt. v. 14.06.2022 (Konkretisierung des Umfangs des quasinegatorischen Unterlassungsanspruchs)

Durch ein Relief, welches das jüdische Volk und seine Religion, mithin das Judentum als Ganzes verhöhnt und verunglimpft, wird der Geltungs- und Achtungsanspruch eines jeden in Deutschland lebenden Juden angegriffen. Ein solches stellt eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Betroffenen dar. Da das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 Var. 6 BGB ist, steht den Verletzten dem Grunde nach ein Anspruch auf Beseitigung der Störung kraft des quasinegatorischen Beseitigungsanspruchs gemäß §§ 1004 Abs. 1 S. 1, 823 Abs. 1 BGB analog zu. Allerdings ist der Abwehranspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB auf die Beseitigung des andauernden rechtswidrigen Störungszustands, nicht hingegen auf eine bestimmte Handlung gerichtet. Es muss grundsätzlich dem Störer überlassen bleiben, wie er den Störungszustand beseitigt. Dies hat seinen Grund darin, dass die Rechte des Störers nicht weitergehend eingeschränkt werden sollen, als der Schutz des Berechtigten vor Beeinträchtigungen seiner Rechte erfordert. Abgesehen davon trägt der Störer ggf. das Risiko der Zwangsvollstreckung, wenn die gewählte Maßnahme die Störung nicht beseitigt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn allein eine konkrete Maßnahme die Beeinträchtigung beseitigen kann oder andere Maßnahmen zwar möglich sind, vernünftigerweise aber nicht ernsthaft in Betracht gezogen werden können. Der rechtsverletzende Zustand, der von der zuvor genannten diffamierenden Darstellung ausgeht, kann jedoch nicht allein durch Entfernung des Reliefs, sondern auch dadurch beseitigt werden, dass sich der Störer von dem im Relief verkörperten Aussagegehalt distanziert, dieses kontextualisiert und in eine Stätte der Mahnung zum Zwecke des Gedenkens und der Erinnerung an die jahrhundertelange Diskriminierung und Verfolgung von Juden bis hin zum Holocaust umwandelt.

BGH – VI ZR 110/21, Urt. v. 14.6.2022 (Zur Frage, wann § 40 Abs. 1 BImSchG kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ist)

Eine Rechtsnorm ist ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, wenn sie zumindest auch dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsgutes oder eines bestimmten Rechtsinteresses zu schützen. Dafür kommt es nicht auf die Wirkung, sondern auf Inhalt, Zweck und Entstehungsgeschichte des Gesetzes an, also darauf, ob der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes gerade einen Rechtsschutz, wie er wegen der behaupteten Verletzung in Anspruch genommen wird, zugunsten von Einzelpersonen oder bestimmten Personenkreisen gewollt oder doch mit gewollt hat. Es genügt, dass die Norm auch das in Frage stehende Interesse des Einzelnen schützen soll, mag sie auch in erster Linie das Interesse der Allgemeinheit im Auge haben. Dies gilt auch, wenn in Bezug auf die im Einzelfall zu erlassenden Ge- und Verbote noch Konkretisierungen durch einen Verwaltungsakt notwendig sind. Andererseits soll der Anwendungsbereich von Schutzgesetzen nicht ausufern. Es reicht deshalb nicht aus, dass der Individualschutz durch Befolgung der Norm als Reflex objektiv erreicht werden kann. Soweit Fahrverbote nicht für einzelne Straßenzüge sondern grundsätzlich das gesamte Stadtgebiet aufgestellt werden, sind einzelne Teilnehmer nur als Teil der Allgemeinheit begünstigt. Dies genügt den Anforderungen des § 823 Abs. 2 BGB jedoch nicht.

BGH – V ZR 282/20, Urt. v. 06.05.2022 (Zur Kenntnis iSd § 442 Abs. 1 S. 1 BGB bei einem vollmachtlosen Vertreter)

Wird der Käufer bei Abschluss eines Grundstückskaufvertrages durch einen vollmachtlosen Vertreter vertreten und genehmigt der Käufer das Vertreterhandeln, so kommt es für die Kenntnis des Käufers vom Mangel i.S.v. § 442 Abs. 1 S. 1 BGB auf den Zeitpunkt der Abgabe der Genehmigungserklärung gem. § 177 Abs. 1 BGB an. Solange der Käufer die Genehmigungserklärung nicht in den Verkehr gebracht hat, muss er neu gewonnene Kenntnisse über Mängel der Kaufsache gegen sich gelten lassen. Denn bis zur Abgabe der Genehmigungserklärung hat der Käufer den ihn bindenden Vertragsschluss selbst in der Hand. Dieser Vertragsschluss ist aber gerade der nach § 442 Abs. 1 S. 1 BGB maßgebliche Zeitpunkt. Würde

der Käufer in einem solchen Fall genehmigen können, ohne dass § 442 Abs. 1 S. 1 BGB einschlägig wäre, so könnte der Käufer sehenden Auges einen mangelhaften Gegenstand kaufen, um anschließend Ansprüche aus der Sachmängelhaftung geltend zu machen. Genau dies sucht § 442 Abs. 1 S. 1 BGB aber zu verhindern. Diese Rechtsprechung steht zum einen nicht im Widerspruch mit der Rückwirkungsfiktion der Genehmigung nach § 184 Abs. 1 BGB. Denn bei Vertretungsverhältnissen wird die Genehmigung wie eine Weisung iSd § 166 Abs. 2 BGB behandelt, sodass auch insoweit die Kenntnis des Käufers selbst und nicht die des Vertreters maßgeblich ist. Zum anderen stellt diese Rechtsprechung keinen Widerspruch zu der Rechtsprechung dar, wonach bei einem gestreckten Vertragsschluss, bei dem der Käufer sein – dem Vertragspartner zugegangenes – Angebot in Unkenntnis eines Mangels abgegeben hat, der Käufer aber vor Annahme dieses Angebots Kenntnis von dem Mangel erhält, § 442 Abs. 1 S. 1 BGB teleologisch zu reduzieren ist. Denn in dieser Konstellation besteht eine gänzlich andere Interessenslage. Ist das Angebot des Käufers nach § 130 Abs. 1 BGB zugegangen, so ist der Käufer grds. vor Kenntnis des Mangels an seine Willenserklärung gebunden, sodass der Käufer gerade nicht sehenden Auges einen mangelhaften Gegenstand erwirbt.

BGH – V ZR 50/21, Urt. v. 6.5.2022 (Abschließender Charakter der Vorschriften zum Notwegerecht gem. §§ 917 f. BGB)

Verhindert eine vom Nachbarn errichtete Mauer die Durchquerung des Nachbargrundstücks, um auf das eigene Grundstück zu kommen, so kann dies eine Störung des eigenen Eigentums darstellen, wenn die Durchquerung des Nachbargrundstücks von einem Notwegerecht gedeckt ist. Denn ein Notwegerecht nach §§ 917 f. BGB bildet inhaltlich einen Teil des Eigentums nach §§ 903ff. BGB. In einem solchen Fall kann über § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB die Beseitigung der Mauer verlangt werden. Ob ein Notwegerecht besteht, richtet sich dabei aber ausschließlich nach den §§ 917 f. BGB. Diese Vorschriften enthalten im Hinblick auf die nicht durch dingliche Rechte oder schuldrechtliche Verträge begründeten Wegerechte eine abschließende Regelung. Sind ihre tatbestandlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, können sie weder mit Hilfe des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses umgangen noch erweitert werden. Auch der Vorwurf schikanöser Rechtsausübung nach § 226 BGB kann ein Notwegerecht nicht begründen. Denn welche Einschränkungen der Eigentümer eines Grundstücks im Verhältnis zu seinen Nachbarn hinzunehmen hat, bestimmt sich allein nach den §§ 903ff. BGB und ggf. ergänzenden landesrechtlichen Vorschriften. Deshalb handelt der Eigentümer nicht schikanös, wenn er gesetzlich nicht vorgesehene Einschränkungen nicht hinnehmen, sondern von der aus seinem Eigentum folgenden Ausschließungsbefugnis Gebrauch machen will; etwa indem er eine Überquerung des Grundstücks durch den Nachbarn mittels der Mauer verhindert. Angesichts der Schwere des Eingriffs, den ein Notweg für das Eigentum des Nachbarn bedeutet, kommt ein Notwegerecht nach § 917 Abs. 1 S. 1 BGB dabei nur in Betracht, wenn die Zugangslosigkeit des Grundstücks nicht anderweitig behoben werden kann. Daher scheidet ein Notwegerecht aus, wenn der Grundstückseigentümer in zumutbarer anderer Weise eine Verbindung zu dem öffentlichen Weg herstellen kann. Zudem muss beachtet werden, dass das Notwegerecht lediglich zur ordnungsgemäßen Nutzung des Grundstücks geeignet sein muss. Was iSd § 917 Abs. 1 BGB ordnungsmäßig ist, ist aber nicht nach den persönlichen Bedürfnissen des Eigentümers des verbindungslosen Grundstücks, sondern danach zu bestimmen, was nach objektiven Gesichtspunkten auf diesem Grundstück angemessen ist und den wirtschaftlichen Verhältnissen entspricht. Die Notwendigkeit einer Zufahrt für Kraftfahrzeuge zu dem Zweck, sie auf dem Grundstück abzustellen, kann sich bei Wohngrundstücken dabei nur aus besonderen Umständen des Einzelfalls

RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT ÖFFENTLICHES RECHT

BVerfG – 2 BvE 4/20, Urt. v. 15.6.2022 (Äußerungsbefugnisse des Bundeskanzlers)

Für den Bundeskanzler gelten die Maßgaben, die das BVerfG zur Abgrenzung des Handelns in amtlicher Funktion von der nicht amtsbezogenen Teilnahme am politischen Wettbewerb entwickelt hat, grundsätzlich in gleicher Weise wie für die sonstigen Mitglieder der Bundesregierung. Aus der Kompetenzordnung innerhalb der Bundesregierung folgt zwar – verglichen mit den übrigen Kabinettsmitgliedern – ein gegenständlich weiteres Äußerungsrecht des Bundeskanzlers, nicht jedoch ergeben sich daraus andere Anforderungen mit Blick auf die Beachtung des Neutralitäts- und Sachlichkeitsgebots. Gründe, die Ungleichbehandlungen rechtfertigen und der Bundesregierung eine Befugnis zum Eingriff in den Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien verleihen, müssen durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sein, das dem Grundsatz die Waage halten kann. Als der Chancengleichheit der Parteien gleichwertige Verfassungsgüter kommen der Schutz der Stabilität und Handlungsfähigkeit der Bundesregierung sowie das Ansehen und das Vertrauen in die Verlässlichkeit der Bundesrepublik Deutschland in der Staatengemeinschaft in Betracht. Der Bundeskanzler verfügt bei der Frage, welcher Maßnahmen es zur Erhaltung der Stabilität und Arbeitsfähigkeit der Bundesregierung bedarf, ebenso wie im Bereich der auswärtigen Politik über einen weiten Einschätzungsspielraum. Bei Eingriffen in den Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien muss plausibel dargelegt werden können oder in sonstiger Weise ersichtlich sein, dass die einen solchen Eingriff rechtfertigenden Verfassungsgüter tatsächlich betroffen sind und einen Eingriff in das Recht auf Chancengleichheit der politischen Parteien aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG erforderlich gemacht haben.

BVerfG – 1 BvR 2649/21, Beschl. v. 27.4.2022 (Einrichtungs- und unternehmensbezogene Nachweispflicht)

Die in § 20a IfSG geregelte einrichtungs- und unternehmensbezogene Pflicht, eine Covid-19-Schutzimpfung nachzuweisen, kommt nach ihrer Zielsetzung und Wirkung als funktionales Äquivalent einem direkten Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gleich: Das Gesetz knüpft an eine Entscheidung gegen die die körperliche Unversehrtheit berührende Impfung nachteilige Folgen, wobei die Konfrontation mit diesen Nachteilen nach der gesetzgeberischen Zielsetzung zu einer Entscheidung zugunsten einer Impfung bewegen soll. Die Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit ist daher nicht bloßer Reflex der gesetzlichen Regelung. Sie ist jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Der Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit dient einem legitimen Zweck und ist zur Erreichung dieses Zwecks geeignet sowie erforderlich. Insbesondere ist er unter Berücksichtigung der besonderen Schutzbedürftigkeit vulnerabler Personen nicht unverhältnismäßig im engeren Sinne.

BVerwG – 12 WRB 2.21, Beschl. v. 25.5.2022 (Zurückhaltungspflicht bei privatem Auftritt in Online-Dating-Portal)

Die außerdienstliche Wohlverhaltenspflicht verlangt, dass eine Bundeswehrosoldatin in der besonders hervorgehobenen dienstlichen Stellung einer Bataillonskommandeurin mit Personalverantwortung für ca. 1.000 Personen bei der Wahl der verwendeten Worte und Bilder im Internet Rücksicht auf ihre berufliche Stellung nimmt. Sie muss daher Formulierungen vermeiden, die den falschen Eindruck eines wahllosen Sexuallebens und eines erheblichen Mangels an charakterlicher Integrität erwecken. Die Worte „offene Beziehung auf der Suche nach Sex. All genders welcome“ erwecken auch aus der Sicht eines verständigen Betrachters Zweifel an der erforderlichen charakterlichen Integrität, weswegen diese Formulierung durch einen Verweis als mildeste Disziplinarmaßnahme beanstandet werden durfte.

BVerwG – 6 C 9.20, Urt. v. 24.5.2022 (Versammlungsrechtlicher Schutz eines Protestcamps)

Der Charakter eines Protestcamps als Dauerveranstaltung steht seiner Einordnung als durch Art. 8 GG und das Versammlungsgesetz geschützter Versammlung grundsätzlich nicht entgegen. Zwar kann die extrem lange Dauer eines Camps ein Indiz dafür sein, dass mit dem Camp tatsächlich kein versammlungsspezifischer Zweck verfolgt wird. In diesem Zusammenhang kommt es jedoch auf die Erklärungen an, die der Veranstalter bei der Anmeldung gegenüber der Versammlungsbehörde abgegeben hat. Zur Verhinderung von durch die Dauer eines Protestcamps hervorgerufenen, nicht hinnehmbaren Beeinträchtigungen von Rechten Dritter oder öffentlichen Belangen bedarf es keines Ansetzens an dem

Versammlungsbegriff. Denn die Versammlungsbehörde kann das Selbstbestimmungsrecht des Veranstalters über die Dauer einer als Versammlung zu qualifizierenden Veranstaltung nach § 15 Abs. 1 VersG bei einer unmittelbaren Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung in angemessener Weise einschränken.

BayVerfGH – Vf. 47-VII-21, Urt. v. 17.5.2022 (Verfassungsmäßigkeit des § 60a Bayerisches Polizeiaufgabengesetz) 

Eine wirksame freiwillige Zustimmung zu einer grundrechtseingreifenden Maßnahme setzt voraus, dass die betroffene Person eine echte oder freie Wahl hat, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden. Sofern die betroffene Person im Fall der Verweigerung der Zustimmung zur Zuverlässigkeitsüberprüfung nach Art. 60a Abs. 1 S. 1 PAG Nachteile befürchten muss, nämlich die Vorenthaltung des von ihr begehrten privilegierten Zugangs und/oder der beabsichtigten Tätigkeit, die Anlass für die Überprüfung war, liegt keine Freiwilligkeit der Zustimmung vor. Dass diese Nachteile nicht unmittelbar von der Polizei, sondern von anderen Stellen bewirkt werden, ist aus Sicht der Betroffenen unerheblich. Das mittelschwere Eingriffsgewicht polizeilicher Zuverlässigkeitsüberprüfungen erfordert, dass sie zu ihrer Rechtfertigung jeweils auf Gründe gestützt werden müssen, die dem Schutz von gewichtigen Rechtsgütern dienen. Hierzu zählen insbesondere Rechtsgüter wie Leib, Leben und Freiheit der Person und der Bestand und die Sicherheit des Bundes und der Länder sowie das Funktionieren des Staates. Darüber hinaus kommen aber auch Rechtsgüter in Betracht, die unterhalb dieser Schwelle liegen, wie etwa der Schutz von nicht unerheblichen Sachwerten.

VerfGH Thüringen – VerfGH 39/21, Urt. v. 6.7.2022 (finanzielle Ausstattung Parlamentarischer Gruppen)

Eine Parlamentarische Gruppe bringt nur in geringerem Umfang als eine Fraktion eine Mehrzahl politischer Ansichten zu einem Ausgleich. Das rechtfertigt es, ihr in typisierender Weise die Hälfte der einer Fraktion zustehenden Antragsrechte hinsichtlich Aktueller Stunden zuzuerkennen. Parlamentarische Gruppen, die Abgeordnete in Ausschüsse entsenden, haben Anspruch auf eine angemessene Ausstattung mit sachlichen und personellen Mitteln, sofern auch Fraktionen solche Mittel gewährt werden. Bei der Bemessung des Grundbetrags darf das Parlament typisierend davon ausgehen, dass die von Parlamentarischen Gruppen zu bewältigenden Aufgaben im Allgemeinen geringer sind als die Aufgaben von Fraktionen. Im konkreten Fall ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Parlamentarischen Gruppe ein Grundbetrag in Höhe der Hälfte des den Fraktionen gewährten Grundbetrags gewährt wird und der Zuschuss zu den Personalkosten gegenüber der zuvor der Fraktion gewährten Höhe um lediglich ca. ein Drittel reduziert worden ist.

VG Arnsberg – 2 L 102/22, Beschl. v. 9.5.2022 (Kopftuchverbot für Rechtsreferendarinnen)

Die der Antragstellerin auferlegten Einschränkungen im juristischen Vorbereitungsdienst - Verbot des Tragens eines religiösen Kopftuches bei Verfahrenshandlungen mit Außenkontakt - stellen sich im maßgeblichen Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung als rechtmäßig dar. § 2 Abs. 1 Justizneutralitätsgesetz (JNeutG) NRW i.V.m. § 1 Abs. 1 S. 2 JNeutG NRW, § 30 Abs. 1 S. 1 JAG NRW stellt eine hinreichende und verfassungskonforme gesetzliche Grundlage für die vorliegenden Einschränkungen dar. Insbesondere bestehen nach der im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes allein möglichen und gebotenen summarischen Prüfung weder Zweifel an der materiellen Verfassungsmäßigkeit des § 2 Abs. 1 JNeutG NRW noch an dessen verfassungskonformer Anwendung im Falle der Antragstellerin.

VG Gießen – 3 L 998/22.GI, Beschl. v. 16.5.2022 (Maskenpflicht aufgrund universitären Hausrechts)

Die Heranziehung des in § 44 Abs. 1 S. 4 Hessisches Hochschulgesetz (HHG) geregelten Hausrechts des Präsidenten der Hochschule als Ermächtigungsgrundlage für die Anordnung einer Maskenpflicht verstößt nicht gegen den Vorbehalt des Gesetzes. Für die Anordnung einer sowohl dem Grunde nach als auch zeitlich begrenzten Maskenpflicht mit dem Mindeststandard „OP-Maske“ genügt § 44 Abs. 1 S. 4 HHG den Anforderungen der Wesentlichkeitstheorie.

RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT STRAFRECHT

BGH 3 StR 386/20 – Beschl. v. 15.12.2020 (Hinterlistiger Überfall bei Eventualvorsatz)

Unter einem Vorwand und mit einem Springmesser bewaffnet, stieg der Angeklagte A mit Tötungsabsicht in das Auto der Nebenklägerin N. A verhielt sich friedfertig, um N in Sicherheit zu wiegen. Er spiegelte ihr vor, aussteigen zu wollen, sodass diese den Wagen anhielt und A das Messer zücken konnte. Zu diesem Zeitpunkt hatte A seinen Tötungsentschluss bereits aufgegeben. Er wollte N lediglich mit dem Tod bedrohen. Dafür setzte er die Messerspitze im Bauch- und Brustbereich der N auf, ohne ihre Kleidung zu durchstechen. N zog sich die Verletzungen, welche A billigend in Kauf nahm, durch einen Griff in die Klinge zu. Das LG verurteilte den Angeklagten unter anderem wegen Körperverletzung mittels eines hinterlistigen Überfalls gem. § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB, da dieser seine Absichten planmäßig verdeckt habe, indem er N Friedfertigkeit vorgetäuscht und sie unter einem Vorwand zum Anhalten gebracht habe. Problematisch war jedoch die für § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB erforderliche Vorsatzform. Unter Heranziehung der Auslegungsmethoden kam der BGH zu dem Schluss, dass das Vorliegen von Eventualvorsatz einem hinterlistigen Überfall nicht entgegenstehe. Zunächst verlange der Wortlaut keine Absicht des Täters. Erforderlich sei lediglich, dass eine Täuschung des Täters den überraschenden Angriff auf das Opfer ermögliche. Auch genüge zur Verwirklichung der anderen Tatalternativen der gefährlichen Körperverletzung Eventualvorsatz (Systematik). Schließlich spreche auch der Sinn und Zweck für dieses Ergebnis. Denn nicht die Vorsatzform erhöhe die abstrakte Gefährlichkeit der Handlung, sondern die Irreführung des Opfers.

BGH 1 StR 463/20 – Beschl. v. 26.01.2021 (Sittenwidrigkeit der Einwilligung in die Körperverletzung)

Zwischen dem Angeklagten A und dem Geschädigten G, beides Häftlinge einer Justizvollzugsanstalt, bestand seit längerer Zeit Streit. Beiden war bewusst, dass eine körperliche Auseinandersetzung bevorstand. Anlässlich eines Volleyballspiels trafen die beiden Kontrahenten aufeinander und schlugen mit Fäusten aufeinander ein. Dabei versetzte A dem G einen tödlichen Faustschlag gegen den Kopf. Das LG verurteilte den Angeklagten wegen Körperverletzung mit Todesfolge. Die dagegen eingelegte Revision war erfolgreich und führte zur Aufhebung des Urteils. Nach Ansicht des BGH fehle es bereits an der Verwirklichung des Grunddelikts gem. § 223 Abs. 1 StGB, da die Handlung des Angeklagten durch eine stillschweigende Einwilligung des Geschädigten gerechtfertigt werde. Diese verstoße insbesondere nicht gem. § 228 StGB gegen die guten Sitten, da weder eine schwere Gesundheitsschädigung im Raum stand noch eine konkrete Todesgefahr zu erwarten war. Die Anwesenheit weiterer Strafgefangener begründe auch unter dem Aspekt der Eskalationsgefahr keine Sittenwidrigkeit, da diese Personen auch die Möglichkeit eines deeskalierenden Eingreifens bieten würden.

BGH 4 StR 403/20 – Urt. v. 04.02.2021 (Tatentschluss zur Tötung bei Suizid)

Der stark angetrunkene Angeklagte A fasste während einer Autofahrt den Entschluss, Suizid zu begehen. Er fuhr ohne Vorfahrtsberechtigung mit 120 km/h in eine Kreuzung ein. Dabei hielt er eine Kollision mit einem anderen Fahrzeug und den Tod von dessen Insassen für möglich. Er kollidierte mit einem Kleintransporter, dessen Fahrerin Prellungen und Schnittwunden erlitt. Der BGH bestätigte zunächst die vorinstanzliche Verurteilung wegen versuchten Totschlags. Im Rahmen des Tötungsvorsatzes sei zwar nach ständiger Rechtsprechung zu beachten, dass eine Eigengefährdung dem Eventualvorsatz entgegenstehen könne, wenn der Täter auf einen guten Ausgang vertraut habe. Jedoch habe der suizidwillige Angeklagte eine Eigenschädigung beabsichtigt. Die riskante Fahrweise des Angeklagten beruhe darauf, dass er einen Unfall herbeiführen wollte. Weiterhin sei das Mordmerkmal der Heimtücke zutreffend verneint worden, da dem Angeklagten die Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit aufgrund der Spontanität des Tatentschlusses und seines psychischen Zustands nicht bewusst gewesen sei. Der BGH bestätigte auch die Verurteilung gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Der Einsatz eines Kraftfahrzeugs als gefährliches Werkzeug müsse die körperliche Misshandlung durch den Anstoß ausgelöst haben. Dies werde durch die Geschwindigkeit des Fahrzeugs im Moment des Aufpralls hinreichend belegt. Die Verurteilung gem. § 315c Abs. 1 Nr. 1a StGB sei hingegen nach Ansicht des BGH zu Unrecht erfolgt, da nicht die alkoholbedingte Fahruntüchtigkeit ursächlich für die Gefährdung des Tatopfers gewesen sei, sondern der Einsatz des Autos als Mittel zur Selbsttötung.

BGH 1 StR 500/20 – Beschl. v. 10.02.2021 (Mord mit gemeingefährlichen Mitteln)

Die chronisch kranke Angeklagte A lebte mit ihrem geschiedenen Ehemann E in dessen Haus, welches ca. 10-15 Meter von der Nachbarbebauung entfernt war. E forderte sie immer wieder zum Auszug auf, was die Angeklagte schwer belastete. Nach einem erneuten Streit schlug A dem E mit einem Fleischmesser auf den Kopf, der daraufhin den Rettungsdienst zu verständigen versuchte. Währenddessen schüttete A Benzin auf den Oberkörper des E und warf ein entzündetes Streichholz in seine Richtung. Dadurch bewirkte A, dass E in Brand geriet und verstarb. Der BGH hob die Verurteilung der Angeklagten wegen Mordes mit einem gemeingefährlichen Mittel auf, da das Landgericht die tatsächlichen Voraussetzungen für den subjektiven Tatbestand des Mordmerkmals nicht hinreichend dargelegt habe. In subjektiver Hinsicht müsse der Täter die mangelnde Beherrschbarkeit der Wirkung des Tötungsmittels und die daraus resultierende Möglichkeit der Gefährdung einer unbestimmten Personenanzahl an Leib und Leben für möglich halten und billigend in Kauf nehmen. Die Angeklagte habe jedoch lediglich den Tod ihres Ex-Ehemannes in ihren Vorsatz aufgenommen. Darüber hinaus seien keine Anhaltspunkte erkennbar, dass sie eine Gefährdung von Nachbarn oder Rettungskräften billigte. Insbesondere sei für eine derartige Annahme nicht ausreichend, dass für jeden verständigen Täter die Gefährdung von Feuerwehkräften auf der Hand liege, da auf das individuelle Vorstellungsbild der Angeklagten abzustellen sei.

BGH 4 StR 318/20 – Beschl. v. 03.03.2021 (Einschränkung des Notwehrrechts bei Notwehrprovokation)

Der Angeklagte A bat den O, das spätere Opfer, um eine Zigarette, welcher auf diese Bitte aber nicht reagierte. A äußerte deshalb gegenüber dem Begleiter des O, dass O betrunken sei, was dieser wiederum als Beleidigung auffasste. Daraufhin nahm A an, O wolle ihn mit einer Bierflasche schlagen, weshalb er O die Bierflasche wegnahm. Nach erfolglosem Rückverlangen holte O zu einem Schlag aus. Daraufhin schlug A mit der Bierflasche auf den Kopf des O und trat dem gestürzten O ins Gesicht. Der BGH bemängelte, dass das LG eine Rechtfertigung der Tat durch Notwehr gem. § 32 StGB ohne tragfähige Begründung abgelehnt habe. Insbesondere die Ausführungen zur sozialetischen Einschränkung des Notwehrrechts seien unzutreffend. Eine Notwehrein-schränkung wegen leichtfertiger Provokation setze voraus, dass die Notwehrlage durch ein rechtswidriges und sozialetisch zu missbilligendes Vorverhalten des Angegriffenen verursacht worden sei. Die bloße Annahme, das eigene Verhalten werde eine andere Person zu einem rechtswidrigen Angriff provozieren, könne nicht zu einer Einschränkung des Notwehrrechts führen. Den Urteilsgründen könne nicht entnommen werden, welches konkrete Verhalten des Angeklagten die Notwehrprovokation darstelle. Die Äußerung, O sei betrunken, belege jedenfalls kein ehrverletzendes Verhalten. Zudem sei nicht hinreichend belegt, dass die Provokation den Angriff ausgelöst habe. Das LG hätte überprüfen müssen, ob der Auslöser des Verhaltens des Opfers auch die Wegnahme der Bierflasche sein könnte.

BGH 5 StR 509/20 – Urt. v. 04.03.2021 (Irrtum über Kausalverlauf)

Der Angeklagte A forderte vom Zeugen Z an einem U-Bahnhof die Überlassung von Betäubungsmitteln. Nach einer Auseinandersetzung entfernten sich der Zeuge und sein Begleiter B. Enttäuscht von der ablehnenden Haltung stieß A den B ruckartig von hinten mit angewinkeltem Unterarm in den Rücken, wobei dieser in das 1,20 m tiefe Gleisbett katapultiert wurde. Zwar verletzte sich B durch den Stoß nicht, wurde aber zwei Sekunden nach dem Sturz von einer einfahrenden U-Bahn tödlich erfasst. Der BGH beanstandete in seinem Urteil die Ablehnung des Tötungsvorsatzes durch das LG. Ein Tötungsvorsatz könne zwar fehlen, wenn der Täter ernsthaft auf ein Ausbleiben des tödlichen Erfolges vertraut habe. Eine vage Hoffnung genüge dafür aber nicht. Das LG hätte sich mit den Vorstellungen des A über eine mögliche Rettung des B auseinandersetzen müssen. Dabei wäre zu berücksichtigen gewesen, dass ein Entkommen aus dem Gleisbett aus eigener Kraft nicht nahegelegen habe. Weiterhin beanstandete der BGH, dass keine vollendete Körperverletzung mit Todesfolge angenommen wurde. Zwar könne in dem ruckartigen Stoß in den Rücken keine körperliche Misshandlung gesehen werden, aber sehr wohl in dem Sturz in das Gleisbett. Zumindest aber sei in dem Überfahren durch die U-Bahn eine vollendete Körperverletzung zu sehen. Selbst wenn A davon ausgegangen wäre, dass die Körperverletzung durch den Stoß oder Sturz verursacht werde, stelle das tödliche Erfassen des B durch die U-Bahn eine unwesentliche Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf dar, da sich der eingetretene Geschehensablauf innerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorhersehbaren halte.

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 von Zwischenprüfungsleistungen mit mind. 15 Punkten; von Klausuren und Hausarbeiten aus den Großen Übungen sowie Studienarbeiten mit mind. 14 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 abzudrucken.

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.

Hausarbeit in der Übung für Fortgeschrittene im Zivilrecht, 13 Punkte

stud. iur. Johanna Lange

Die Hausarbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 in der Übung für Fortgeschrittene im Zivilrecht gestellt und ist mit 13 Punkten bewertet worden. Herzlicher Dank gebührt Herrn Professor Dr. Christian Wolf, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

Sachverhalt

Frieda und Mario kauften kurz nach ihrer Heirat im September 2017 ein mit einem Einfamilienhaus bebautes Grundstück von Ewald. Dieser hatte sich entschlossen, sein Eigentum zu Geld zu machen, um das restliche Drittel seines Lebens um die Welt zu reisen. Laut des notariellen Kaufvertrages sollten die Eheleute das Grundstück zu je hälftigem Miteigentum erwerben. Die Auflassung wurde am 15. September erklärt. Bei dem entsprechenden Notartermin wurden ordnungsgemäß die Personalien unter Vorlage der Ausweise aufgenommen. Nach Verlesung des Vertragstextes, der die Auflassungserklärungen enthielt, unterschrieb jedoch einzig Mario die Urkunde nicht, weil er in ein Gespräch mit dem Notar über die neuesten Ereignisse in der Automobilproduktion vertieft war. Auch blieb insgesamt unbemerkt, dass Ewald seit dem Tod seiner Mutter vor zwei Jahren unter einer psychischen Krankheit litt. Diese trat in unregelmäßigen Schüben auf. Dann tätigte Ewald, ohne sein Handeln bewusst und von vernünftigen Erwägungen geleitet steuern zu können, zwanghaft Geschäfte über große Summen, sei es, dass er Immobilien oder Fahrzeuge zukaufte oder, wie im September 2017, seinen gesamten Besitz veräußerte. Die der Auflassung entsprechende Umschreibung und Eintragung von Frieda und Mario als jeweils hälftige Miteigentümer im Grundbuch erfolgte noch Ende Oktober 2017.

Bereits das erste Ehejahr lief aber nicht entsprechend den Erwartungen, so dass Frieda und Mario bereits im Januar 2019 durch notariellen Ehevertrag schon einmal vorsorglich den Güterstand der Gütertrennung vereinbarten. Aufgrund dieses Vertrages übertrug Frieda mit notariellem Vertrag ihren hälftigen Miteigentumsanteil an dem Grundstück auf Mario. Dieser wurde daraufhin im April 2019 als Alleineigentümer im Grundbuch eingetragen.

Anfang Februar 2020 wurde die Ehe zwischen Frieda und Mario geschieden. Frieda blieb in dem Haus wohnen gegen eine zwischen ihnen vereinbarte monatliche Mietzahlung an Mario; dieser zog aus. Nur einen Monat darauf verstarb Mario bei einem tragischen Unfall. Außer dem Grundstück, dessen Wert von 200.000 € die Hälfte seines Vermögens ausmachte, nannte Mario insbesondere noch Wertpapiere, ein Auto sowie Konten und kleinere Gegenstände sein Eigen. Laut Testament vom 20. Februar hatte er „...den Niedersächsischen Verein zur Rettung der Honigbienen e.V. als Erben...“ eingesetzt. Weiter lautet das Testament: „Mein Grundstück mit dem Haus soll jedoch nicht an den Verein gehen.“

Nachdem der einzige Verwandte von Mario, sein unehelicher Sohn Samus, zu dem er zu Lebzeiten regelmäßigen Kontakt gepflegt hatte, sich an den Verein gewandt hatte, übertrug dieser ihm durch notariellen Vertrag das Eigentum an dem Grundstück. Samus wurde daraufhin ohne Zwischeneintrag des Vereins als Eigentümer eingetragen.

Zwar wusste Samus selbst mit dem Haus nichts anzufangen, wurde sich aber schnell über seine Chance klar, das Erbe zu Geld zu machen und sich den Traum vom eigenen Porsche zu erfüllen. Er nahm deshalb bei der B-Bank ein Darlehen auf. Zur Sicherung bestellte er der Bank eine Briefhypothek in Höhe von 100.000 €. Es stellte sich jedoch heraus, dass es sich aufgrund der explodierenden Benzinpreise kaum mehr jemand leisten möchte, Porsche zu fahren, so dass die Preise deutlich gefallen waren. Samus gelang es daher, im Juni 2020 einen Porsche zum Preis von 75.000 € zu erwerben. Entsprechend nahm er auch das Darlehen bei der B-Bank lediglich in dieser Höhe in Anspruch und ließ sich nur die 75.000 € ausbezahlen. Im Juli erfolgten die Eintragung der Hypothek in Höhe von 100.000 € im Grundbuch sowie die Übergabe des Hypothekenbriefs.

Zwischenzeitlich kehrte Ewald wieder nach Hause zurück. Die frische Seeluft hatte ihn bald von seiner Krankheit geheilt und das ewige Reisen war ihm langweilig geworden. Zu Hause angekommen ließ er sogleich einen Widerspruch gegen die Eigentümerstellung von Samus eintragen. Die B-Bank übertrug kurz darauf die Hypothek in Höhe von 100.000 € an die C-Bank und übergab ihr den Hypothekenbrief. In der Abtretungserklärung heißt es: „Die B-Bank tritt an die C-Bank den Rückzahlungsanspruch in Höhe von 100.000 € ab.“

Ewald verklagt Frieda auf Herausgabe des Hauses nach § 985 BGB mit der Begründung, er sei immer noch Eigentümer, da der damalige Kaufvertrag aufgrund seiner Krankheit unwirksam gewesen sei. In diesem Prozess verkündet Frieda dem Samus wirksam den Streit. Ewald gewinnt den Prozess; es ergeht ein rechtskräftiges Urteil, welches seinem Anspruch stattgibt.

1. Ewald verlangt die Zustimmung von Samus zur Grundbuchberichtigung, ihn als Alleineigentümer einzutragen. Zur Begründung verweist er auf das bereits erstrittene Urteil; im Übrigen sei er ohnehin rechtmäßiger Eigentümer des Hauses. Hilfsweise möchte er zumindest als hälftiger Miteigentümer eingetragen werden. Zu Recht?

2. Gleichzeitig will nun die C-Bank, nach Fälligkeit und nicht erfolgter Darlehensrückzahlung, in Höhe von 100.000 € in das Grundstück vollstrecken. Zu Recht?

3. Zusatzfrage: Angenommen, Samus ist aufgrund gutgläubigen Erwerbs Alleineigentümer des Grundstücks geworden. Kann Ewald statt der Zustimmung zur Grundbuchänderung aus einem anderen Anspruch gegen Samus das Grundstück zurückverlangen? Samus ist empört und sagt, man könne ihm im Nachhinein das Vermächtnis nicht wieder wegnehmen. Wenn er das Haus dennoch aufgeben müsse, möchte er stattdessen seinen Pflichtteil in Anspruch nehmen. Schließlich hätte er das Vermächtnis niemals angenommen, wenn er das Alles gewusst hätte.

BEARBEITUNG

1. Frage

A. Anspruch des Ewald¹ gem. § 894 BGB auf Grund des Urteils

E könnte gegen Samus² bereits einen Anspruch aus dem von ihm erstrittenen Urteil gegen Frieda³ haben. Aufgrund des Urteils hat E einen Anspruch gegen F auf Herausgabe des bebauten Grundstücks nach § 985 BGB. In diesem Prozess verkündete F dem S den Streit. Nach §§ 74, 68 ZPO bewirkt dies, dass die Streitverkündung nur zwischen dem Streitverkündendem und seinem Verhältnis zur Hauptpartei wirkt, also der Dritte in dieses Verhältnis und das Urteil nicht einbezogen werden. Das Urteil wirkt demnach nur inter partes nach § 325 ZPO, also nur zwischen E und F, nicht zwischen E und S. Die Rechtsstellung des S war in diesem Prozess zwischen E und F nicht von Bedeutung, da die Haftung des S für das Rechtsverhältnis der Prozess-

parteien nicht von Bedeutung ist. Somit hat E allein aus dem erstrittenen Urteil und der Streitverkündung keinen Anspruch gegen S.

B. Anspruch des E gem. § 894 BGB

E könnte gegen S jedoch einen Anspruch auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung gem. § 894 BGB haben. Zustimmung bedeutet dabei Eintragungsbewilligung nach § 29 Abs. 1 S. 1 GBO, § 894 ZPO.⁴

I. Grundbuchunrichtigkeit

Das Grundbuch müsste unrichtig sein. Die Grundbuchunrichtigkeit ist die Abweichung der formellen Rechtslage gem. des Grundbuchs von der wirklichen materiellen Rechtslage in Ansehung eines Grundstücksrechts, eines Rechts an einem solchen oder einer von § 892 Abs. 1 S. 2 BGB erfassten Verfügungsbeschränkung.⁵ Die Unrichtigkeit des Grundbuchs muss im Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs bzw. später zu dem für die gerichtliche Ent-

¹ Im folgendem „E“ genannt.

² Im folgendem „S“ genannt.

³ Im folgendem „F“ genannt.

⁴ Herrler in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 81. Auflage 2022, § 894 Rn. 8.

⁵ RGZ 51, 417 (420, 421); Kohler in: Limperg/Oetker/Rixecker/Säcken, Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage 2020, § 894 Rn. 4.

scheidung maßgeblichen Zeitpunkt bestehen.⁶

1. Formelle Rechtslage

S könnte nach der formellen Rechtslage der Eigentümer des Grundstücks und des Hauses sein. Eigentümer ist, wer das umfassende Herrschaftsrecht an einer Sache, beschränkt durch Gesetz und Rechte Dritter inne hat.⁷ Die formelle Rechtslage ist die Darstellung der Rechtslage laut Grundbuchinhalt.⁸ S ist gem. § 873 BGB nach dem Tod seines Vaters Mario⁹ als Alleineigentümer des Grundstücks im Grundbuch eingetragen worden. S ist nach § 94 Abs. 1 S. 1 BGB auch Eigentümer des Hauses. Hiernach gehören zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks die mit dem Grundstück und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere Gebäude. Das Haus ist ein Gebäude und ist damit wesentlicher Bestandteil des Grundstücks. Es kann nach § 93 BGB nicht Gegenstand besonderer Rechte sein. Somit wird nach § 891 Abs. 1 BGB darauf vertraut, dass S Eigentümer des Grundstücks ist und die formelle Rechtslage zeigt S als Eigentümer des bebauten Grundstücks auf.

2. Materielle Rechtslage

Fraglich ist, wer nach der materiellen Rechtslage der Eigentümer des bebauten Grundstücks ist. Die materielle Rechtslage ist die wirkliche dingliche Rechtslage.¹⁰ Ursprünglich war E Eigentümer des Grundstücks. Er könnte sein Eigentum jedoch verloren haben.

a) Eigentumsverlust an M und F,

§§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 BGB

E könnte das Eigentum an dem Grundstück an M und F verloren haben, §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 BGB.

aa) Einigung, §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 BGB

E müsste sich mit M und F dinglich geeinigt haben, §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 BGB. Die Einigung ist ein selbstständiger dinglicher Vertrag über den unmittelbaren Eintritt der Rechtsänderung bzgl. eines Grundstücks oder Grundstücksrechts.¹¹ Eine Einigung besteht aus zwei übereinstimmenden Willenserklärungen.¹² Nach § 925 Abs. 1

BGB wird die dingliche Einigung Auflassung genannt.

(1) Fehlende Unterschrift des M

Jedoch unterschrieb M den notariellen Vertrag mit der Auflassungserklärung nicht. Es könnte dadurch eine Formnichtigkeit gem. §§ 125, 126 Abs. 1 BGB vorliegen. Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig, § 125 S. 1 BGB. Ist durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben, so muss die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden, § 126 Abs. 1 BGB. Die Auflassung muss gegenüber einer zuständigen Stelle bei gleichzeitiger Anwesenheit des Veräußerers und des Erwerbers erklärt werden, § 925 Abs. 1 S. 1 BGB. Jeder Notar ist eine solche zuständige Stelle, § 925 Abs. 1 S. 2 BGB. Weitere Formvorschriften werden für die Auflassung in § 925 Abs. 1 BGB nicht vorgesehen. Die Formvorschriften der §§ 20, 29 GBO, § 415 ZPO betreffen nach dem Wortlaut der Normen die beglaubigte Urkunde als Nachweis der Auflassung für die Grundbuchbeamten zur Eintragung im Grundbuch, nicht die dingliche Einigung als solche. Grundsätzlich erklärten E und M ihren Willen gegenüber einem Notar, also einer zuständigen Stelle. E wollte, dass das Grundstück samt Gebäude je hälftig auf die Eheleute übergehen soll. M und F wollten jeweils Miteigentum erlangen. Ihre Willenserklärungen stimmten überein, sie einigten sich. Somit wirkt sich die fehlende Unterschrift des M nicht durch eine Formnichtigkeit aus und E, M und F haben sich zunächst dinglich geeinigt.

(2) Nichtig Willenserklärung des E

Die Willenserklärung des E könnte jedoch nach §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB wegen Geschäftsunfähigkeit nichtig sein. Die hierfür erforderliche unerkannte krankhafte Störung der Geisteskrankheit liegt vor, wenn jemand nicht imstande ist, seinen Willen frei und unbeeinflusst von einer Geistesstörung zu bilden und nach zutreffend gewonnenen Einsichten zu handeln.¹³ Die Störung der Geisteskrankheit muss im konkreten Zeitpunkt, also bei Abgabe der Willenserklärung, gegeben sein.¹⁴ Dabei darf die krankhafte Stö-

⁶ Eckert in: Hau/Poseck, Beck'scher Online-Kommentar, 62. Edition 2022, § 894 Rn. 7.

⁷ Herrler in: Grüneberg (Fn. 4), § 903 Rn. 1.

⁸ Kohler in: MüKoBGB (Fn. 5), § 894 Rn. 4; Staudinger in: Schulze/Dörner et. al., Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 11. Auflage 2021, § 894 Rn. 5; Schöner/Stöber in: Schöner/Stöber, Handbuch der Rechtspraxis, Grundbuchrecht, 16. Auflage 2020, Rn. 1.

⁹ Im folgendem „M“ genannt.

¹⁰ Staudinger in: Schulze/Dörner (Fn. 8), § 894 Rn. 5; Schöner/Stöber in: Schöner/Stöber (Fn. 8), Rn. 1.

¹¹ Staudinger in: Schulze/Dörner (Fn. 8), § 873 Rn. 5.

¹² Möslein in: Gsell/Krüger et. al., beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB, 2022, § 145 Rn. 2; Staudinger in: Schulze/Dörner (Fn. 8), § 873 Rn. 6.

¹³ Ellenberger in: Grüneberg (Fn. 4), § 104 Rn. 3.

¹⁴ Leipold, BGB I, Einführung und Allgemeiner Teil, 10. Auflage 2019, § 11 Rn. 15.

nung nicht vorübergehender Natur sein, es wird ein Dauerzustand vorausgesetzt.¹⁵ Ein solcher ist auch bei heilbaren Störungen gegeben, sofern die Behandlung längere Zeit beansprucht, nicht aber bei Störungen, die in Abständen periodisch auftreten.¹⁶ Im Fall des E bleibt unbemerkt, dass er seit dem Tod seiner Mutter vor zwei Jahren unter einer psychischen Krankheit leidet. Diese bewirkt, dass er ohne sein Handeln bewusst und ohne von vernünftigen Erwägungen geleitet, zwanghaft Geschäfte über große Summen tätigte. Somit leidet er unter einer krankhaften Geistesstörung i.S.d. § 104 Nr. 2 BGB. Fraglich ist jedoch, ob der gebotene Dauerzustand vorliegt. Die psychische Erkrankung des E tritt in unregelmäßigen Schüben auf und in diesen tätigt er immer wieder Geschäfte, die er ohne die Erkrankung nicht tätigen würde. Es ist nicht klar ersichtlich, in welchen Abständen diese Schübe auftreten und ob sie dabei periodisch sind. Jedenfalls weist die Unregelmäßigkeit der Erkrankung nicht auf einen periodischen Verlauf hin. Letztendlich kann dies aber dahinstehen, denn selbst wenn E geschäftsfähig wäre, handelte E im Zeitpunkt der Veräußerung in einem Zustand vorübergehender Störung der Geistestätigkeit, die nach § 105 Abs. 2 BGB ebenfalls zur Nichtigkeit führt. Somit konnte sich E nicht über den Eigentumsübergang des Grundstücks einigen.

bb) Zwischenergebnis

Somit ist das Eigentum an dem Grundstück nicht nach §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 BGB an M und F übergegangen.

b) Gutgläubiger Eigentumserwerb von E an M und F

Ein gutgläubiger Eigentumserwerb von E an M und F ist ausgeschlossen, da sich die geforderte Gutgläubigkeit auf die Rechtsstellung des Veräußerers beziehen muss und nicht, wie vorliegend, auf die Geschäftsfähigkeit.¹⁷

c) Gutgläubiger Eigentumserwerb von F an M

M könnte gutgläubig einen Miteigentumsanteil von F erworben haben, §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1, 892 BGB.

aa) Einigung, § 873 Abs. 1 BGB

F und M müssten sich dinglich nach § 873 Abs. 1 BGB einig haben. Im Januar 2019 beschlossen F und M durch einen notariellen Ehevertrag den Güterstand der Gütertrennung. Bei der Gütertrennung bleiben die Vermögen rechtlich gesondert, jeder Ehegatte verwaltet sein eigenes Vermögen selbst, kann ohne Zustimmung des anderen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte schließen und führt die sein Vermögen betreffenden Rechtsstreitigkeiten selbst.¹⁸ Aufgrund des Ehevertrages einigten sich F und M dinglich, dass der vermeintliche Miteigentumsanteil der F und M übergehen soll. Somit liegt eine Einigung nach § 873 Abs. 1 BGB vor.

bb) Eintragung ins Grundbuch, § 873 Abs. 1 BGB

M müsste als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen worden sein, § 873 Abs. 1 BGB, § 19 GBO. Eine Rechtsänderung wird nur nach § 873 Abs. 1 BGB wirksam, wenn ihre Eintragung ins Grundbuch erfolgt.¹⁹ Es gibt demnach keinen Erwerb, keine Veränderung und keine Aufhebung von Eigentum und sonstigen Rechten an Grundstücken ohne Eintragung in das Grundbuch²⁰. M wurde im April 2019 als Alleineigentümer ins Grundbuch eingetragen. Somit liegt die notwendige Eintragung ins Grundbuch nach § 873 Abs. 1 BGB vor.

cc) Einigsein, § 873 Abs. 2 BGB

M und F müssten sich zum Zeitpunkt der Eintragung ins Grundbuch weiterhin nach § 873 Abs. 2 BGB einig gewesen sein. Die Eintragung muss grundsätzlich im Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs noch vorliegen.²¹ Mangels gegenteiliger Angaben ist davon auszugehen, dass M und F sich zum Zeitpunkt der Eintragung weiterhin einig waren.

dd) Berechtigung der F

F müsste zudem berechtigt gewesen sein, das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen. Berechtigt ist, wer hinsichtlich des durch die Verfügung betroffenen Rechts Verfügungsbefugt ist.²² Dies ist grundsätzlich der Rechtsinhaber, also der Eigentümer des Grundstücks bzw. der Inhaber des Grundstücksrechts.²³ Zwar ist F im Grundbuch

¹⁵ Ellenberger in Grüneberg (Fn. 4), § 104 Rn. 4.

¹⁶ Ellenberger in Grüneberg (Fn. 4), § 104 Rn. 4.

¹⁷ Schüßler/Thomale, Das innere System des Rechtsscheins, ZfpW 2015, 454 (458).

¹⁸ Budzikiewicz in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Auflage 2021, § 1414 Rn. 5.

¹⁹ Staudinger in: Schulze/Dörner (Fn. 8), § 873 Rn. 8.

²⁰ Schöner/Stöber in: Schöner/Stöber (Fn. 8), Rn. 1.

²¹ Staudinger in: Schulze/Dörner (Fn. 8), § 873 Rn. 13.

²² Staudinger in: Schulze/Dörner (Fn. 8), § 873 Rn. 14.

²³ Staudinger in: Schulze/Dörner (Fn. 8), § 873 Rn. 14.

als Miteigentümerin eingetragen, sie erwarb aber von E wegen dessen geistiger Störung kein Eigentumsanteil.²⁴ Folglich fehlt ihr die Berechtigung.

ee) gutgläubiger Erwerb

M könnte jedoch das Eigentum an dem Grundstück auch gutgläubig erworben haben, § 892 BGB.

(1) Rechtsgeschäft i.S.e. Verkehrsgeschäfts

Dafür müsste zunächst ein Rechtsgeschäft i.S.e. Verkehrsgeschäfts vorliegen. Verkehrsgeschäfte sind nur solche Rechtsgeschäfte, bei denen der Verfügende und der Erwerber personenverschieden sind, also auf Erwerberseite mindestens eine Person beteiligt ist, die nicht zur Veräußererseite gehört.²⁵ F und M sind zunächst verschiedene Personen, die in einer Ehe nach § 1353 Abs. 1 S. 1 BGB leben. Beide sind bereits ohne Berechtigung²⁶ als Miteigentümer im Grundbuch eingetragen worden.

(a) Verkehrsgeschäft trotz Ehe

Es könnte ein Fall der wirtschaftlichen Identität durch die Ehe zum Zeitpunkt des Erwerbes von M und F vorliegen und dadurch an einem Verkehrsgeschäft mangeln. Eine wirtschaftliche Identität liegt vor, wenn der Erwerber wirtschaftlich der Veräußererseite angehört und es nicht zu einem wirtschaftlichen, sondern nur zu einem rechtstechnischen Güterumsatz kommt.²⁷ M und F vereinbarten den Güterstand der Gütertrennung.²⁸ Ihre Vermögen bleiben voneinander getrennt und sie können nach § 747 Abs. 1 BGB jeweils über ihren Teil des Miteigentums frei verfügen. Eheleute sind mithin als eigenständige wirtschaftliche Identitäten anzusehen.²⁹ Somit liegt kein Fall der wirtschaftlichen Identität vor.

(b) Verkehrsgeschäft, wenn Miteigentümer Miteigentum erlangen

Es ist umstritten, ob ein Verkehrsgeschäft vorliegt, wenn jemand, der – zu Recht oder zu Unrecht – als Miteigentümer nach Bruchteilen (§§ 1008 ff., 741 ff. BGB) im Grundbuch eingetragen ist, einen anderen Miteigentumsanteil erwirbt und diesen somit nach § 892 Abs. 1 BGB gutgläubig erwerben kann.³⁰ Eine Ansicht ist der Auffassung, dass die Anwendung der Vorschrift solche Anteilsübertragungen insgesamt abgelehnt werden sollte.³¹ Das hätte zur Folge, dass M nicht gutgläubig von F erwerben kann. Außerdem lässt sich nach einer weiteren Ansicht das Problem lösen, indem § 892 Abs. 1 BGB auf die Übertragung von Anteilen zwischen Miteigentümern nicht anzuwenden ist, wenn das Miteigentum des Veräußerers und des Erwerbers in gleicher Weise von der Unrichtigkeit des Grundbuchs betroffen sind.³² In diesem Fall ist der vermeintliche Miteigentumsanteil der F ebenso von der Nichtigkeit der Willensbildung des E³³ betroffen, wie der vermeintliche Miteigentumsanteil des M. Auch nach dieser Ansicht kann somit kein Verkehrsgeschäft vorliegen. Eine weitere Ansicht vertritt, dass sich der Schutz des § 892 Abs. 1 BGB auch auf die Anteilsübertragung unter Miteigentum erstreckt.³⁴ Im vorliegenden Fall könnte M somit mit den vermeintlichen Miteigentumsanteil der F gutgläubig erwerben. Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, es ist eine Stellungnahme erforderlich. Gegen die dritte Ansicht spricht, dass eine Transaktion innerhalb einer personenidentischen Gesellschaft oder Gemeinschaft (also der Miteigentümergeinschaft), wie es auch bei der Übertragung von Gesamthandsvermögen vorliegt, keine unterschiedlichen Identitäten darstellen kann.³⁵ Dies vermag nicht zu überzeugen, da Miteigentum generell keine rechtliche oder wirtschaftliche Identität zwischen Veräußerer und Erwerber begründet.³⁶ Die Miteigentümer

²⁴ Geprüft in: 1. Frage, B. I. 2. a).

²⁵ BGH NJW 2007, 3204 (3205); Staudinger in: Schulze/Dörner (Fn. 8), § 892 Rn. 14.

²⁶ Geprüft in: 1. Frage, B. I. 2. a).

²⁷ Glaube in: MüKoBGB (Fn. 5), § 892 Rn. 33.

²⁸ Geprüft in: 1. Frage, B. I. 2. c) aa).

²⁹ BGH NJW 2007, 3204 (3207); OLG München BeckRS 2009, 07380; Hertel in: BO-GK (Fn. 12), § 892 Rn. 31; Herrler in: Grüneberg (Fn. 4), § 892 Rn. 7; Berger in: Jauernig (Fn. 18), § 892 Rn. 10; Gursky in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 2019, § 892 Rn. 10.

³⁰ BGH NJW 2007, 3204 (3205).

³¹ Mangoldt, Löschung von Hypotheken in der Rückwirkungszeit, Unrichtigkeit des Grundbuchs und Anwendung des § 892 BGB im Aufwertungsrecht, AcP 1931, 81 (89).

³² BGH, Urt. v. 29.06.2007 - V ZR 5/07.

³³ Geprüft in: 1. Frage, B. I. 2. a) aa) (2).

³⁴ BGH NJW 2007, 3204 (3205); Herrler in: Grüneberg (Fn. 4), § 892 Rn. 8; Lorenz in: Grunewald/Meier-Reimer/Westermann, Erman BGB, 16. Auflage 2020, § 892 Rn. 20; Lutter, Die Grenzen des sogenannten Gutglaubensschutz im Grundbuch, AcP 1964, 123 (162 f.); Koller, Der gutgläubige Erwerb bei der Übertragung von Miteigentum, JZ 1972, 646 (648); Schmidt in: MüKoBGB (Fn. 5), § 747 Rn. 19; Schreiner, Die Mitwirkung erbscheinberechtigter Scheinerben bei Gesellschafterbeschlüssen und Anteilsübertragungen, NJW 1978, 921 (924); Langhein in: Staudinger (Fn. 29), § 747 Rn. 27f., Rn. 70; Gursky in: Staudinger (Fn. 29), § 892 Rn. 114ff.

³⁵ BGH NJW 1959, 1635 (1635); BGH NJW-RR 1998, 1057 (1058).

³⁶ BGH NJW 2007, 3204 (3205); Lutter (Fn. 34), AcP 1964, 123 (162).

stehen sich vielmehr als Dritte gegenüber³⁷, denn gem. § 747 S. 1 BGB kann jeder Miteigentümer ohne Mitwirkung der anderen Gemeinschaftler über seinen Teil verfügen. M und F sind unterschiedliche Personen, die je als Miteigentümer eingetragen worden sind. Sie stehen sich als Dritte gegenüber und können einzeln über ihre Anteile verfügen. Der einzelne Miteigentumsanteil wird so zu einem selbstständigen Gegenstand des Rechtsverkehrs, dessen rechtliches Schicksal, von dem der übrigen Anteile unabhängig ist.³⁸ Das hat zur Folge, dass ein Miteigentümer bei dem Erwerb weiterer Anteile denselben Gefahren ausgesetzt und damit ebenso schutzbedürftig ist, wie ein außenstehender Dritter.³⁹ Die Argumente für die dritte Ansicht überzeugen mehr. Es wird dieser Ansicht gefolgt, womit M und F auch als vermeintliche Miteigentümer als unterschiedliche Identitäten anzusehen sind, die voneinander auch gutgläubig erwerben können.

(c) Verkehrsgeschäft, wenn Miteigentümer gemeinschaftlich erworben haben

Weiterhin ist fraglich, wie sich das gemeinschaftliche Ersterwerben auf den gutgläubigen Erwerb eines Miteigentumsanteils auswirkt, wenn die Miteigentümer das Grundstück gemeinschaftlich erworben haben und der erwerbende Miteigentümer bei jenem Erwerbsgeschäft in gleicher Weise wie der veräußernde Miteigentümer von der Nichtigkeit des Ersterwerbs betroffen war.⁴⁰ Eine Ansicht ist der Überzeugung, dass es an dem von den Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb vorausgesetzten Schutzbedürfnis des Erwerbers fehle, wenn er bereits vor der Veräußerung an ihn von dem Mangel im Recht betroffen gewesen sei und deshalb kein Verkehrsgeschäft vorliegen kann.⁴¹ M und F hätten bei vorliegender Geschäftsfähigkeit das bebaute Grundstück gemeinsam als Miteigentümer erworben. Nach dieser Ansicht wäre M nicht schutzbedürftig und es läge kein Verkehrsgeschäft vor. Eine weitere Ansicht vertritt die Auffassung, dass der erwerbende Miteigentümer wohl schutzbedürftig ist und gemeinsam ersterworbenes Miteigentum einem Verkehrsgeschäft

nicht entgegensteht.⁴² M wäre nach dieser Ansicht Dritter und schutzwürdig, es läge ein Verkehrsgeschäft vor. Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, es folgt eine Stellungnahme. Für die erste Ansicht spricht, dass der an dem vorangegangenen unwirksamen Erwerbsgeschäft beteiligte Miteigentümer dem Gegenstand des Veräußerungsgeschäfts nicht wie ein Dritter fern stehe und er auf den Informationsgehalt des Grundbuchs nicht angewiesen sei.⁴³ Allerdings spricht gegen diese Ansicht, dass der gutgläubige Erwerb eines anderen Miteigentumsanteils durch einen Miteigentümer nach § 892 BGB weder wegen dessen Beteiligung an dem vorangegangenen nichtigen Erwerbsgeschäft, noch unter Hinweis auf eine verminderte Schutzbedürftigkeit dieses Miteigentümers in Bezug auf die Richtigkeit des Grundbuchs bei dem nachfolgenden Erwerbsgeschäfts ausgeschlossen werden kann.⁴⁴ Das würde andernfalls dazu führen, dass bei dem gemeinschaftlichen Erwerb durch mehrere Miteigentümer die auf dem Mangel der ersten Übertragungsgeschäfts beruhende Nichtigkeit bei einem Zweiterwerb mit dem Eingetragenen zu Lasten des Erwerbers fortwirke.⁴⁵ Das ist jedoch mit der Rechtsfolge des § 892 Abs. 1 BGB unvereinbar, wonach zu Gunsten des Erwerbers der Inhalt des Grundbuchs als richtig gilt.⁴⁶ Der durch die Eintragung begründete öffentliche Glaube [...] gilt für die Eintragung des Rechts, so dass ein Zweiterwerb auch für ein nicht wirksam begründetes Recht möglich ist.⁴⁷ Es kommt weiterhin für den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nicht darauf an, aus welchen Gründen das erste Übertragungsgeschäft unwirksam war.⁴⁸ Diese Argumente entkräften die erste Ansicht, es ist der zweiten vertretenen Meinung zu folgen. Somit steht gemeinschaftlich erworbenes Miteigentum einem Verkehrsgeschäft nicht entgegen.

(d) Zwischenergebnis

Somit liegt ein Verkehrsgeschäft vor.

³⁷ BGH NJW 2007, 3204 (3205, 3206); Lorenz in: Erman BGB (Fn. 34), § 892 Rn. 20.

³⁸ BGH NJW 2007, 3204 (3206); Koller (Fn. 34), JZ 1972, 646 (648); Gursky in: Staudinger (Fn. 29), § 892 Rn. 114.

³⁹ BGH NJW 2007, 3204 (3206); Langhein in: Staudinger (Fn. 29), § 747 Rn. 27.

⁴⁰ BGH NJW 2007, 3204 (3206).

⁴¹ Mangoldt (Fn. 31), AcP 1931, 81 (90); Wacke in: MüKoBGB (Fn. 5), § 892 Rn. 38.

⁴² BGH NJW 2007, 3204 (3206); Lutter (Fn. 34), AcP 1964, 122 (162); Schmidt in: MüKoBGB (Fn. 5), § 747 Rn. 19; Gursky in: Staudinger (Fn. 29), § 892 Rn. 114.

⁴³ BGH NJW 2007, 3204 (3206).

⁴⁴ BGH NJW 2007, 3204 (3206).

⁴⁵ BGH NJW 2007, 3204 (3206).

⁴⁶ BGH NJW 2007, 3204 (3206).

⁴⁷ RGZ 69, 263 (268); RGZ 88, 83 (89); RGZ 128, 276 (279); BGH NJW 2007, 3204 (3206).

⁴⁸ BGH NJW 2007, 3204 (3206).

(2) Rechtsscheintatbestand

Es müsste ein Rechtsscheintatbestand vorliegen, auf den M vertrauen kann. Ein Rechtsschein ist der äußerliche Anschein für das Bestehen eines Rechts.⁴⁹ Ist im Grundbuch für jemand ein Recht eingetragen, so wird nach § 891 Abs. 1 BGB vermutet, dass ihm dieses Recht zustehe. F wurde im Oktober 2017 im Grundbuch als Miteigentümerin des bebauten Grundstücks eingetragen. M darf demnach nach § 891 Abs. 1 BGB darauf vertrauen. Somit liegt ein Rechtsschein vor.

(3) Keine Zerstörung des Rechtsscheintatbestands

Der Rechtsschein dürfte nicht zerstört werden. Ein eingetragener Widerspruch (§ 899 BGB) gegen die rechtlich oder, soweit dies für Gutgläubensverlautbarung erheblich ist, in tatsächlicher Hinsicht fehlerhafte Grundbuchverlautbarung oder Grundbuchunvollständigkeit, auch ein Amtswiderspruch oder ein Rechtshängigkeitsvermerk, entkräften die Richtigkeitsvermutung des § 892 BGB und verhindern den gutgläubigen Erwerb, selbst wenn der Erwerber redlich ist.⁵⁰ Ein solcher Widerspruch oder ein anderer Vermerk war nicht zum Zeitpunkt des Erwerbes in das Grundbuch eingetragen. Somit wurde der Rechtsscheintatbestand nicht zerstört.

(4) Gutgläubigkeit

M müsste gutgläubig gewesen sein. Guter Glaube fehlt nach Maßgabe des in § 932 Abs. 2 BGB niedergelegten zivilrechtlichen Grundsatzes bei Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis.⁵¹ F steht als Miteigentümerin im Grundbuch eingetragen und M vertraute nach § 891 Abs. 1 BGB darauf. Er glaube daran, dass F rechtmäßige Miteigentümerin ist. Somit war M gutgläubig.

ff) Zwischenergebnis

Folglich hat M einen Miteigentumsanteil an dem bebauten Grundstück von F gutgläubig erworben und E verlor diesen Miteigentumsanteil.

d) Eigentumsübergang von M an den Verein

Dem Niedersächsischen Verein zur Rettung der Honigbienen e.V.⁵² könnte aufgrund des Testaments der Erbe des M sein. Der Erbe ist der Gesamtrechtsnachfolger; er rückt

mit dem Erbfall in die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers gem. § 1922 BGB unmittelbar ein.⁵³ Eine Erbsetzung liegt vor, wenn mit dem Eintritt des Erbfalls der Nachlass oder ein Bruchteil hiervon als Ganzes auf den Eingesetzten übergehen soll, § 2087 Abs. 1 BGB.⁵⁴ Nach § 2087 Abs. 1 BGB ist die Verfügung als Erbsetzung anzusehen, wenn der Erblasser sein Vermögen oder einen Bruchteil seines Vermögens dem Bedachten zugewendet hat, auch wenn der Bedachte nicht als Erbe bezeichnet ist. M schrieb in seinem eigenhändigen Testament explizit nieder, dass er den Verein als Erben einsetzt. Das Grundstück mit dem Haus solle jedoch nicht an den Verein gehen. Somit ist das Miteigentum an dem Grundstück nicht an den Verein übergegangen.

e) Eigentumsübergang von M an S

Jedoch könnte S Alleineigentum von M erlangt haben. S wurde im Testament nicht explizit von dem verstorbenen M erwähnt.

aa) Vermächtnisnehmer

Er könnte von M als Vermächtnisnehmer eingesetzt worden sein. Ein Vermächtnis nach § 1939 BGB entsteht, wenn der Erblasser durch Testament einen anderen, ohne ihn als Erben einzusetzen, einen Vermögensvorteil zuwendet. M hat S jedoch nicht ausdrücklich im Testament erwähnt. Hat der Erblasser bestimmt, dass dem eingesetzten Erben ein Erbgegenstand nicht zufallen soll, so gilt der Gegenstand als den gesetzlichen Erben vermacht, § 2149 BGB. S ist gesetzlicher Erbe erster Ordnung nach § 1924 Abs. 1 BGB. Andere Verwandte sind nicht ersichtlich. S wäre Vermächtnisnehmer des Alleineigentums. Jedoch könnte das Vermächtnis teilunwirksam nach §§ 2085, 2169 BGB sein, weil M und S irrig annahmen, dass M Alleineigentum an dem Grundstück hat. Nach § 2169 BGB ist das Vermächtnis eines bestimmten Gegenstands unwirksam, soweit der Gegenstand zur Zeit des Erbfalls nicht zur Erbschaft gehört. Nach § 2085 BGB hat die Unwirksamkeit einer von mehreren in einem Testament enthaltenen Verfügungen die Unwirksamkeit der übrigen Verfügungen nur zu Folge, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser diese ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen hätte. Dies ist von M nicht anzunehmen. Mithin bleibt die Verfügung

⁴⁹ Ott, Rechtsschein im Zivilrecht, JuS 2019, 745 (745).

⁵⁰ Kohler in: MüKoBGB (Fn. 5), § 892 Rn. 14.

⁵¹ Mörsdorf in: BeckOK BGB (Fn. 6), Art. 16 EGBGB Rn. 45.

⁵² Im folgendem nur „Verein“ genannt.

⁵³ Leipold in: MüKoBGB (Fn. 5), § 1939 Rn. 2.

⁵⁴ Gottschalk in: Gebel/Gottschalk/Jülicher, Erbschaftssteuer- und Schenkungsgesetz mit Bewertungsrecht und Verfahrensrecht, 63. Auflage 2022, § 3 ErbStG Rn. 44.

über den übrigen Miteigentumsanteil bestehen. Somit ist S Vermächtnisnehmer des Miteigentumsanteils, welchen M gutgläubig von F erworben hat.

bb) Eigentumsübergang

Das Eigentum an dem Grundstück müsste nun dem Vermächtnisnehmer übertragen worden sein. Das Vermächtnis geht nicht automatisch auf den Vermächtnisnehmer über, sondern begründet nach § 2174 BGB vielmehr einen schuldrechtlichen Anspruch gegenüber dem Erben. S wandte sich an den Verein, dieser übertrug ihm durch einen notariellen Vertrag ohne Zwischeneintragung das Eigentum. Somit machte S seinen schuldrechtlichen Anspruch geltend und das Miteigentum ist übergegangen.

f) Gutgl. Eigentumserwerb des Alleineigentums von V an S

S könnte den anderen Miteigentumsanteil, der bei E verblieben ist und den M nicht erworben hatte, gutgläubig nach § 892 BGB vom Verein erworben haben. Damit würde S Alleineigentümer des bebauten Grundstücks werden.

aa) Einigung, Eintragung ins Grundbuch, Einigsein

Eine dingliche Einigung gem. §§ 872 Abs. 1, 925 Abs. 1 BGB liegt wie gezeigt vor. S wurde auch als Alleineigentümer im Grundbuch eingetragen. Der Verein und S waren sich zum Zeitpunkt der Eintragung einig.

bb) Keine Berechtigung und gutgläubiger Erwerb

Der Verein dürfte für die Übertragung nicht berechtigt sein und S müsste gutgläubig erwerben können. Der Verein wurde von M als Erben eingesetzt.⁵⁵ Jedoch konnte M nur über die von ihm gutgläubig erworbene Hälfte des Miteigentums verfügen, nicht über die Hälfte, die zu diesem Zeitpunkt weiterhin im Eigentum des E stand. Demnach war der Verein nicht dazu berechtigt, S das Alleineigentum zu verschaffen.

(1) Rechtsgeschäft i.S.e. Verkehrsgeschäfts

Für den gutgläubigen Erwerb müsste zunächst ein Rechtsgeschäft i.S.d. Verkehrsgeschäfts vorliegen. Fraglich ist, ob ein Eigentumsübergang durch Vermächtnis ein Verkehrsgeschäft ist. Nach einer Ansicht soll ein Vermächtnis kein

Verkehrsgeschäft darstellen.⁵⁶ Es läge kein Verkehrsgeschäft vor. Nach anderer Ansicht soll die Grundstücksübertragung auf einen Dritten zur Erfüllung eines Vermächtnisses ein Verkehrsgeschäft darstellen.⁵⁷ Nach dieser Ansicht läge ein Verkehrsgeschäft vor. Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, es folgt eine Stellungnahme. Für die erste Ansicht spricht, dass der Vermächtnisnehmer kein unbeteiligter Dritte ist, wenn er ohne das Vermächtnis die Stellung eines gesetzlichen Erben erlangt hätte.⁵⁸ Dagegen steht jedoch, dass das Vermächtnis dem begünstigten nur einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Erben auf Erfüllung (§ 2174 BGB) gibt.⁵⁹ Geht es dabei um das Eigentum an Grundstücken, hat die Erfüllung über §§ 873 Abs. 1, 925 BGB durch dingliche Einigung und Eintragung zu erfolgen, was genau der Situation entspricht, die den Erwerber dem Schutz des § 892 BGB unterstellt.⁶⁰ Des Weiteren ist der Erwerber bei einem Vermächtnis nicht personengleich oder wirtschaftlich identisch mit dem Verfügenden, also meist dem Alleinerben.⁶¹ Die Argumente der zweiten Ansicht überzeugen mehr, sodass dieser gefolgt wird und ein Verkehrsgeschäft vorliegt.

(2) Rechtsscheintatbestand

S müsste auf einen Rechtsschein vertrauen können. S kannte als Sohn des M das Testament und darf nach § 891 Abs. 1 BGB davon ausgehen, dass M als Eingetragener im Grundbuch rechtmäßiger Alleineigentümer ist und dadurch der Erbe rechtmäßig erwirbt. Somit liegt ein Rechtsschein vor.

(3) Keine Zerstörung des Rechtsscheintatbestandes

Gründe für eine Zerstörung des Rechtsscheins sind nicht ersichtlich.

(4) Gutgläubigkeit

Zudem müsste S gutgläubig gewesen sein. S vertraute auf die Richtigkeit des Grundbuchs nach der Richtigkeitsvermutung aus § 891 Abs. 1 BGB. Er war gutgläubig.

cc) Zwischenergebnis

Somit hat S auch den zweiten Miteigentumsanteil gutgläubig vom Verein erworben. Folglich hat E sein Alleineigentum vollständig an S verloren. S ist auch nach der materiel-

⁵⁵ Geprüft in: 1. Frage, B. I. 2. d).

⁵⁶ RGZ 123, 53 (56); *Vieweg/Werner*, Sachenrecht, 9. Auflage 2022, § 5 Rn. 11.

⁵⁷ OLG Naumburg, NJW 2003, 3209 (3210).

⁵⁸ OLG Naumburg, NJW 2003, 3209 (3210).

⁵⁹ OLG Naumburg, NJW 2003, 3209 (3210).

⁶⁰ OLG Naumburg, NJW 2003, 3209 (3210).

⁶¹ OLG Naumburg, NJW 2003, 3209 (3210).

len Rechtslage Alleineigentümer des Grundstücks.

3. Zwischenergebnis

Mithin fallen formelle und materielle Rechtslage nicht auseinander.

II. Ergebnis

Mithin hat E keinen Anspruch auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung

2. Frage

A. Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung, § 1147 BGB

Die C-Bank könnte gegen S und E einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück aus § 1147 BGB haben. Grundsätzlich ist die Vollstreckung rechtmäßig, wenn der C-Bank Hypothek und Forderung zustehen.

I. Anspruch entstanden

Der Anspruch müsste zunächst entstanden sein.

1. Entstehen des Grundpfandrechts

Dazu müsste zunächst ein Grundpfandrecht entstanden sein.

a) Ersterwerb der Hypothek der B-Bank, §§ 873, 1113 ff. BGB

Die B-Bank könnte eine Hypothek auf das bebaute Grundstück nach §§ 873, 1113 ff. BGB erworben haben.

aa) Zu sichernde Forderung, § 1113 Abs. 1 BGB

Es müsste zunächst eine zu sichernde Forderung nach § 1113 Abs. 1 BGB entstanden sein. Der Hypothek ist bei Bestellung eine nach Gläubiger und Schuldner, Leistungsgegenstand und Schuldgrund individualisierbare Geldforderung durch Einigung und Eintragung zugrunde zu legen.⁶² Die in Betracht kommende Forderung ist eine Darlehensrückzahlung aus einem Darlehensvertrag. Ein Darlehensvertrag ist ein gegenseitiger [...] Vertrag, der den Darlehensgeber zur Überlassung eines Geldbetrags (des Darlehens) an den Darlehensnehmer und den Darlehensnehmer zur [...] Rückzahlung des Darlehens verpflichtet.⁶³ Die Höhe muss bei Vertragsschließung nicht zwingend abschließend feststehen, sondern kann sich nach einer zu

finanzierenden Sache richten.⁶⁴ S nahm bei der B-Bank ein Darlehen auf, um sich einen Porsche zu finanzieren. Dafür nahm er nach einer Preissenkung des gewünschten Objekts statt 100.000 € nur 75.000 € in Anspruch. Demnach ist die zusichernde Forderung i.H.v. 75.000 € entstanden.

bb) Einigung, §§ 873 Abs. 1, 1113 Abs. 1 BGB

Die B-Bank und S müssten sich über die Hypothek geeinigt haben, §§ 873 Abs. 1, 1113 Abs. 1 BGB. Beide Parteien einigten sich auf eine Hypothek i.H.v. 100.000 €. Die Forderung besteht i.H.v. 75.000 €. Jedoch sind Forderung und Hypothek nach § 1153 Abs. 2 BGB streng akzessorisch. Fraglich ist deshalb, in welcher Höhe sich die Parteien über das Bestehen der Hypothek geeinigt haben. Grundsätzlich geht die Hypothek mit der Forderung mit und kann nach dem Wortlaut des § 1153 Abs. 1 BGB nur in der Höhe entstehen, in der die Forderung besteht. Demnach wurde sich auf eine Hypothek i.H.v. 75.000 € geeinigt.

cc) Eintragung ins Grundbuch, §§ 873 Abs. 1, 1115 BGB

Die Hypothek müsste ins Grundbuch eingetragen worden sein, §§ 873 Abs. 1, 1115 BGB. Die Hypothek wurde i.H.v. 100.000 € ins Grundbuch eingetragen. Demnach liegt die Eintragung nach §§ 873 Abs. 1, 1115 BGB vor.

dd) Einigsein zum Zeitpunkt der Eintragung

Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass die B-Bank und S sich zum Zeitpunkt der Eintragung nicht weiterhin einig gewesen wären.

ee) Übergabe des Hypothekenbriefs, §§ 1116 Abs. 1, 1117 BGB

Der Hypothekenbrief müsste übergeben worden sein, §§ 1116 Abs. 1, 1117 BGB. Mangels gegenteiliger Angaben ist davon auszugehen, dass der Hypothekenbrief übergeben worden ist.

ff) Berechtigung

S müsste berechtigt gewesen sein, eine Hypothek auf das bebaute Grundstück zu bestellen. Berechtigt eine Hypothek zu bestellen, ist nur der Eigentümer als Inhaber aller besonderen Rechte nach § 903 BGB. S ist Alleineigentümer. Demnach war er zur Bestellung berechtigt.

⁶² Herrler in: Grüneberg (Fn. 4), § 1113 Rn. 9.

⁶³ Berger in: Jauernig (Fn. 18), § 488 Rn. 1.

⁶⁴ Berger in: MüKoBGB (Fn. 5), § 488 Rn. 32.

gg) Zwischenergebnis

Die Hypothek wurde von der B-Bank erworben.

b) Zweiterwerb der Hypothek

Die B-Bank wollte der C-Bank die Hypothek übertragen, dies ist jedoch durch §§ 1152 Abs. 1, Abs. 2 BGB nicht möglich. Es wird davon ausgegangen, dass die Beteiligten den Übergang der hypothekarisch gesicherten Forderung meinten. Die C-Bank könnte demnach die Hypothek durch Abtretung der bestehenden Forderung erworben haben, §§ 398, 1154, 1153 Abs. 1 BGB. Abtretung ist Übertragung der Forderung mit Hypothek auf einen neuen Gläubiger durch Rechtsgeschäft.⁶⁵ Mit Wirksamwerden der Abtretung tritt der neue Gläubiger (Zessionar) an die Stelle des bisherigen Gläubigers der Hypothekenforderung.⁶⁶

aa) Übertragung der zu sichernden**Forderung, §§ 398 ff. BGB**

Zunächst müsste die zu sichernde Forderung übertragen, also wirksam abgetreten worden sein, §§ 398 ff. BGB.

(1) Abtretbare Forderung

Demnach müsste eine abtretbare Forderung bestehen. Zwischen der B-Bank und S besteht ein Darlehensvertrag, aus welchem die Forderung der Darlehensrückzahlung von S an die B-Bank hervorgeht.⁶⁷ Das Darlehen ist i.H.v. 75.000 € entstanden.⁶⁸ Folglich besteht eine abtretbare Forderung.

(2) Einigsein über die Abtretung der**Forderung, §§ 1154 Abs. 1, 398 BGB**

Weiterhin müssten sich die B-Bank und die C-Bank über die Forderungsabtretung geeinigt haben, §§ 145 ff., 1154 Abs. 1, 398 BGB. Diese muss nach § 1154 Abs. 1 S. 1 BGB schriftlich erfolgen. In der Abtretungserklärung heißt es: „Die B-Bank tritt an die C-Bank den Rückzahlungsanspruch i.H.v. 100.000 € ab.“ Die Abtretungserklärung ist schriftlich niedergelegt worden. Sie einigten sich.

(3) Briefübergabe, Eintragung ins Grundbuch,**§§ 1115 Abs. 1, 1154 Abs. 1 S. 1 BGB**

Weiterhin müsste der Hypothekenbrief nach § 1154 Abs. 1 S. 1 BGB übergeben worden und die C-Bank als neuer Hypothekeninhaber ins Grundbuch eingetragen worden sein, § 1115 Abs. 1 BGB. Der Hypothekenbrief wurde an die C-Bank übergeben, es ist davon auszugehen, dass diese im Grundbuch vermerkt wurde.

(4) Berechtigung

Die B-Bank müsste dazu berechtigt gewesen sein, die Forderung abzutreten. Der Abtretungsberechtigte ist der Zedent als Forderungsinhaber.⁶⁹ Die B-Bank war Forderungsinhaber für die von S in Anspruch genommenen 75.000 €. Sie war jedoch nicht dazu berechtigt, die restlichen 25.000 € der Rückzahlungsforderung abzutreten, da diese nicht entstanden sind. Demnach war die B-Bank berechtigt, eine Forderung i.H.v. 75.000 € abzutreten.

(5) Keine Zerstörung des Rechtsscheins

Es könnte eine Zerstörung des Rechtsscheins in Form eines Widerspruchs nach § 899 BGB vorliegen. Der Widerspruch ist ein grundbuchrechtlicher Schutzvermerk.⁷⁰ Voraussetzung des Widerspruchs ist eine gegenwärtig bestehende Grundbuchunrichtigkeit in Ansehung eines Grundstücksrechts oder einer relativen Verfügungsbeschränkung, wodurch ein Rechtsverlust nach §§ 892 f. BGB bei Gutgläubigkeit Dritter droht.⁷¹ Der Widerspruch soll den Fortbestand des Grundbuchberichtigungsanspruchs gem. § 894 BGB bis zu seiner Erfüllung sichern, daher müssen dessen Voraussetzungen bei Erwirken eines Widerspruchs erfüllt sein.⁷² E hat, bevor die Darlehensrückzahlungsforderung an die C-Bank abgetreten wurde, einen Widerspruch nach § 899 BGB gegen die Eigentümerstellung des S in das Grundbuch eintragen lassen. Er hat zu diesem Zeitpunkt keinen Anspruch auf Grundbuchberichtigung.⁷³ S ist bereits Alleineigentümer des bebauten Grundstücks geworden.⁷⁴ Zudem betrifft der Widerspruch von E die Eigentümerstellung und nicht die Hypothek, die bereits erworben wurde. Demnach entfaltet der Widerspruch keine Wirkung.

⁶⁵ Schöner/Stöber in: Schöner/Stöber (Fn. 8), Rn. 2377.

⁶⁶ Schöner/Stöber in: Schöner/Stöber (Fn. 8), Rn. 2377.

⁶⁷ Geprüft in: 2. Frage, A. I. 1. a) aa).

⁶⁸ Geprüft in: 2. Frage, A. I. 1. a) aa).

⁶⁹ Roth/Kieninger in: MüKoBGB (Fn. 5), § 398 Rn. 28.

⁷⁰ Schöner/Stöber in: Schöner/Stöber (Fn. 8), Rn. 1613.

⁷¹ Kohler in: MüKoBGB (Fn. 5), § 899 Rn. 3.

⁷² Kohler in: MüKoBGB (Fn. 5), § 899 Rn. 1.

⁷³ Geprüft in: 1. Frage, B. I.

⁷⁴ Geprüft in: 1. Frage, B. I. 2.

(6) Zwischenergebnis

Folglich hat die B-Bank den Rückzahlungsanspruch nur i.H.v. 75.000 € an die C-Bank abgetreten.

bb) Übergang der Hypothek kraft Gesetzes,**§§ 401 Abs. 1, 1153 Abs. 1 BGB**

Die Hypothek könnte übergegangen sein. Nach §§ 401 Abs. 1, 1153 Abs. 1 BGB geht die Hypothek kraft Gesetzes mit der Übertragung der Forderung über. Fraglich ist, wie damit umzugehen ist, dass die Forderung lediglich 75.000 € betrug, die Hypothek aber für 100.000 € eingetragen wurde. Grundsätzlich sind Hypothek und Forderung streng akzessorisch⁷⁵ und nach § 1153 Abs. 2 BGB kann die Forderung nicht ohne die Hypothek und die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden. Jedoch könnte ein Fall der sog. forderungsentkleideten Hypothek (auch forderungslose Hypothek genannt) vorliegen. Dabei wird die Akzessorietät der Forderung zur Hypothek im Fall einer Kollision mit dem überindividuellen Interessen des redlichen Besitzes nach §§ 1138, 1156 BGB gelockert.⁷⁶ Anders als der Wortlaut des § 1138 BGB vermuten lässt, ist kein gutgläubiger Forderungserwerb möglich⁷⁷, es mangelt an einem tauglichen Rechtsscheinträger.⁷⁸ Nur die Hypothek nimmt am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil und kann redlich erworben werden.⁷⁹ Dementsprechend führt § 1138 BGB im Interesse des Verkehrsschutzes zu einer Lockerung der Akzessorietät⁸⁰ und es entsteht eine forderungslose Hypothek.⁸¹ Demnach geht die Hypothek i.H.v. 75.000 € unproblematisch nach §§ 401 Abs. 1, 1153 Abs. 1 BGB über. Die restlichen 25.000 € stellen eine forderungsentkleidete Hypothek dar, die nach §§ 1138, 892 BGB auch an die C-Bank übergeht. Demnach geht die Hypothek i.H.v. 100.000 € vollständig an die C-Bank über.

c) Zwischenergebnis

Demnach hat die C-Bank die Hypothek i.H.v. 100.000 € erworben.

2. Anspruchsgegner ist Eigentümer des Grundstücks

Die C-Bank müsste den Anspruch gegen den Eigentümer des Grundstücks richten. S ist Eigentümer des Grund-

stücks, aus das die C-Bank vollstrecken will.⁸² Folglich richtet sich der Anspruch gegen Eigentümer S.

3. Anspruchsberechtigter ist Inhaber der Hypothek

Die C-Bank erwarb die Hypothek i.H.v. 100.000 € von der B-Bank und ist somit Inhaber dieser und auch Anspruchsberechtigter.

4. Fälligkeit der Hypothek

Die Hypothek müsste weiterhin fällig sein. Die Hypothek ist fällig.

II. Anspruch nicht erloschen

Es sind keine Einwendungen ersichtlich. Der Anspruch ist nicht erloschen.

III. Anspruch durchsetzbar

Es sind keine Einreden ersichtlich. Demnach ist der Anspruch durchsetzbar.

IV. Ergebnis

Somit kann die C-Bank nach § 1147 BGB in das Grundstück des S vollstrecken.

B. Weitere Ansprüche sind nicht ersichtlich**3. Frage****A. Ansprüche des E gegen S auf Rückübertragung des Grundstücks**

E könnte gegen S Anspruch auf Rückübertragung des Grundstücks haben.

I. Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB

E könnte gegen S zunächst einen Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB haben. § 280 Abs. 1 BGB kann einen Anspruch auf Naturalrestitution, also die Herstellung des ursprünglichen Zustandes gem. § 249 Abs. 1 BGB begründen. Dafür müsste ein Schuldverhältnis bestehen. Ein Schuldverhältnis i.S.d. § 241 Abs. 1 BGB ist eine zwischen zwei bestimmten Personen bestehende rechtliche Sonderverbindung, durch die Ansprüche begründet werden.⁸³ Zwischen E und S bestand

⁷⁵ Lieder in: MüKoBGB (Fn. 5), § 1184 Rn. 5; Lieder in: MüKoBGB (Fn. 5), § 1191 Rn. 13, 14.

⁷⁶ Lieder/Selentin, Die forderungsentkleidete Hypothek, JuS 2017, 1052 (1052).

⁷⁷ Jahr/Kropf, Bürgerliches Recht: Die pfiffigen Miterben, JuS 1963, 356 (357); Lieder/Selentin (Fn. 76), JuS 2107, 1052 (1053); Vieweg/Werner, Sachenrecht (Fn. 56), § 15 Rn. 41.

⁷⁸ Lieder/Selentin (Fn. 76), JuS 2107, 1052 (1053); Lieder in: MüKoBGB (Fn. 5), § 1153 Rn. 19; Thomale, Der gutgläubige Forderungserwerb im BGB, JuS 2010, 857 (860 f.).

⁷⁹ Lieder/Selentin (Fn. 76), JuS 2107, 1052 (1053).

⁸⁰ Jahr/Kropf (Fn. 77), JuS 1963, 356 (357); Lieder/Selentin (Fn. 76), JuS 2107, 1052 (1053); Vieweg/Werner, Sachenrecht (Fn. 56), § 15 Rn. 41.

⁸¹ Lieder/Selentin (Fn. 76), JuS 2107, 1052 (1053); Lieder in: MüKoBGB (Fn. 5), § 1153 Rn. 15.

⁸² Geprüft in: 1. Frage, B. I. 2.

⁸³ Mansel in: Jauernig (Fn. 18), § 241 Rn. 1.

keinem Zeitpunkt ein Schuldverhältnis. Somit hat E keinen schuldrechtlichen Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB.

II. Anspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB ist nicht einschlägig, da der redliche Erwerber nicht widerrechtlich handelt.⁸⁴

III. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB

Auch ein deliktischer Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB kommt nicht in Betracht; dieser ist, wie hier vorliegend, bei fahrlässiger Unkenntnis des Erwerbers aus Gründen der fehlenden Widerrechtlichkeit nicht anwendbar.⁸⁵

IV. Anspruch aus § 822 BGB

E könnte einen Anspruch aus § 822 BGB haben. Jedoch ist umstritten, ob der § 822 BGB eine Anspruchsgrundlage darstellt. Eine Ansicht sieht den § 822 BGB als bloße Regelung zur Rechtsfolge.⁸⁶ E hätte nach dieser Ansicht keinen Anspruch aus § 822 BGB. Die andere Ansicht ist anderer Meinung, sie sieht den § 822 BGB als Anspruchsgrundlage.⁸⁷ Somit könnte E einen Anspruch aus § 822 BGB haben. Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, es erfolgt eine Stellungnahme. Für die erste Ansicht spricht, dass der § 822 BGB auf diese Art als gesetzliche Schuldübernahme angesehen wird und dadurch die Anwendung des § 822 BGB festgelegt wird.⁸⁸ Dagegen argumentiert jedoch, dass der Gesetzgeber den § 822 BGB als Anspruchsgrundlage sah.⁸⁹ Aufgrund dieser Historie ist der zweiten Ansicht zu folgen und der § 822 BGB stellt eine Anspruchsgrundlage dar. Für einen Anspruch müsste es nun eine unentgeltliche Verfügung von F an M gegeben haben. Eine Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, durch das bestehende Rechte aufgehoben, übertragen, belastet oder inhaltlich verändert werden.⁹⁰ Der Begriff der Unentgeltlichkeit ist nach allgemeinen Grundsätzen danach zu bestimmen, ob der Erwerber eine Gegenleistung erbracht hat oder erbringen sollte.⁹¹ Mangels gegenteiliger Angaben ist davon auszugehen, dass die Verfügung von F an M, den Miteigentumsanteil von ihr zu übereignen, entgeltlich ist. Davon wird ausgegangen, da die Eheleute eine Gütertren-

nung vereinbarten und es dabei lebensfern ist, dass sich Eheleute kurz vor der Scheidung Miteigentumsanteile an Immobilien unentgeltlich übereignen. Somit scheidet ein Anspruch aus § 822 BGB aus.

V. Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 2 BGB

E könnte zudem einen solchen Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 2 BGB haben.

1. Unentgeltliche Verfügung eines Nichtberechtigten

Dazu müsste zunächst eine unentgeltliche Verfügung eines Nichtberechtigten vorliegen. Der Verein übertrug S, wenn auch teils nur gutgläubig, Alleineigentum an dem Grundstück. Dies ist eine Übertragung eines bestehenden Rechtes und somit eine Verfügung. Die generelle Vermächtnisübertragung ist als unentgeltlich anzusehen.⁹² S entrichtete keine Gegenleistung für das Erlangen des Vermächtnisses. Demnach war die Verfügung unentgeltlich. Nichtberechtigter ist, wer weder unbeschränkter Inhaber des betreffenden Rechts noch kraft Gesetzes oder Rechtsgeschäft mit dem Inhaber zur Verfügung über das Recht befugt war.⁹³ Der Verein war berechtigt, den bereits vor dem Vermächtnisübergang bei M liegenden Miteigentumsanteil (den M gutgläubig von F erworben hatte) an S zu übertragen. Für den anderen Teil (den M ursprünglich von E erwerben wollte) hatte der Verein jedoch keine Berechtigung. Diesen Miteigentumsanteil erwarb S gutgläubig von dem Verein. Dies wird als nichtberechtigte Verfügung seitens des Vereins angesehen. Demnach liegt eine unentgeltliche Verfügung eines Nichtberechtigten nur für den Miteigentumsanteil vor, den S gutgläubig von dem Verein erwarb.

2. Wirksamwerden gegenüber dem Berechtigten

Die Verfügung müsste gegenüber dem eigentlich Berechtigten Wirkung entfaltet haben. Berechtigter ist der Inhaber desjenigen Rechts, über das verfügt wurde bzw. das durch die Verfügung untergegangen ist.⁹⁴ Die Verfügung wirkt gegenüber dem Berechtigten, wenn die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs gem. §§ 892 ff. BGB [...]

⁸⁴ BGH NJW 1973, 323 (324); Kohler in: MüKoBGB (Fn. 5), § 892 Rn. 74.

⁸⁵ Kohler in: MüKoBGB (Fn. 5), § 892 Rn. 74.

⁸⁶ Lorenz in: Staudinger (Fn. 29), § 822 Rn. 2.

⁸⁷ Schwab in: MüKoBGB (Fn. 5), § 822 Rn. 2.

⁸⁸ Schwab in: MüKoBGB (Fn. 5), § 822 Rn. 3.

⁸⁹ Schwab in: MüKoBGB (Fn. 5), § 822 Rn. 2.

⁹⁰ Bayreuther in: MüKoBGB (Fn. 5), § 185 Rn. 3; Schwab in: MüKoBGB (Fn. 5), § 816 Rn. 9.

⁹¹ Buck-Heeb in: Erman BGB (Fn. 34), § 816 Rn. 12; Schwab in: MüKoBGB (Fn. 5), § 816 Rn. 66.

⁹² Vetter in: Krauß/Weise, Beck'sche Online-Formulare Vertrag, 60. Edition 2022, Rn. 12; Weber, Zum Voreintragungsgrundsatz und seinen Ausnahmen bei der Veräußerung von Grundstücken, DNotZ 2018, 884 (891).

⁹³ Wendehorst in: BeckOK BGB (Fn. 6), § 816 Rn. 10.

⁹⁴ Wendehorst in: BeckOK BGB (Fn. 6), § 816 Rn. 11; Stadler in: Jauernig (Fn. 18), § 816 Rn. 13.

erfüllt sind.⁹⁵ E war bis zum Zeitpunkt des gutgläubigen Erwerbes berechtigter Eigentümer des Miteigentumsanteils an dem Grundstück. Nach der Verfügung, bei der ein Miteigentumsanteil gutgläubig von S erworben wurde⁹⁶, konnte er nicht mehr darüber verfügen. Das Recht ist demnach untergegangen. Demnach wirkt die Verfügung gegenüber dem Berechtigten.

3. Rechtsfolge

Es tritt die Rechtsfolge des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB ein. Der Erwerber haftet auf das unmittelbar durch die Verfügung Erlangte selbst.⁹⁷ Das bedeutet, dass E gegen den S Anspruch darauf hat, den gutgläubig erworbenen Miteigentumsanteil eingeräumt zu bekommen.

4. Kein Ausschluss

Ausschlussgründe sind nicht ersichtlich. Es liegt kein Ausschluss vor.

5. Ergebnis

Somit hat E einen bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Rückübertragung des Miteigentumsanteils.

B. Anspruch des S auf den Pflichtteil gem.

§§ 2303 Abs. 1, 2307 Abs. 1 BGB

S könnte gegen den Verein einen Anspruch auf seinen gesetzlichen Pflichtteil des Nachlasses aus §§ 2303 Abs. 1, 2307 Abs. 1 BGB.

I. Tatbestand

Dazu müsste S Pflichtteilsberechtigter und gesetzlicher Erbe eines Erbfallers sein, von der Erbfolge durch Verfügung von Todes wegen ausgeschlossen sein und seinen Anspruch gegen den Erben richten. Als Sohn des verstorbenen M ist E Erbe erster Ordnung nach § 1924 BGB. S wurde in dem Testament von der Erbfolge ausgeschlossen und zum Vermächtnisnehmer. Der Anspruch richtet sich zudem gegen den Erben, den Verein. Somit sind alle Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt.

II. Rechtsfolge, § 2307 Abs. 1 S. 1 BGB

Um den Pflichtteil zu erlangen, müsste S jedoch das Vermächtnis ausgeschlagen haben, § 2307 Abs. 1 S. 1 BGB. Nach § 2180 BGB kann der Vermächtnisnehmer das Vermächtnis nicht mehr ausschlagen, wenn er es angenommen hat. S schlug das Vermächtnis jedoch nicht aus, sondern nahm es an. Jedoch könnte er seine Willenserklärung anfechten. Die Anfechtung richtet sich aufgrund des Ausscheidens einer Analogie des § 2308 BGB wegen des Ausnahmecharakters und des anderen Normzwecks, nach den allgemeinen Vorschriften aus §§ 119 ff. BGB.⁹⁸ Es müsste ein Anfechtungsgrund vorliegen. In Betracht kommt ein Eigenschaftsirrhum nach § 119 Abs. 2 BGB. Dazu müsste ein Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft vorliegen. Verkehrswesentliche Eigenschaften sind alle wertbildenden Faktoren, die die Sache unmittelbar kennzeichnen.⁹⁹ Es ist problematisch, ob das Eigentum an einer Sache als eine solche Eigenschaft angesehen werden kann. Eine Ansicht ist der Auffassung, dass die Eigentumslage eine verkehrswesentliche Eigenschaft ist.¹⁰⁰ Wäre die Eigentümerstellung des Veräußerers eine solche Eigenschaft läge ein Anfechtungsgrund vor. Die andere Ansicht argumentiert, dass sich das Eigentum nicht um eine verkehrswesentliche Eigenschaft handelt, da sich verkehrswesentliche Eigenschaften einer Sache nur an solchen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen ergeben könnten, welche die Beziehung der Sache zur Umwelt betreffen.¹⁰¹ Demnach wäre die Eigentümerstellung des M, bzw. des Vereins keine wesentliche Verkehrseigenschaft. Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, es folgt eine Stellungnahme. Für die erste Ansicht spricht, dass die Eigentümerstellung wohl als rechtliche „Umweltbeziehung“ angesehen werden kann.¹⁰² Dagegen wird argumentiert, es müsse sich mithin um Verhältnisse handeln, die durch außerhalb der Sache selbst liegende Umstände bedingt sind, was für das Eigentum nicht zutrefte.¹⁰³ Überdies sei laut der zweiten Ansicht nicht ersichtlich, inwiefern das Eigentum die Brauchbarkeit und den Wert der Sache beeinflussen könne.¹⁰⁴ Die Argumente der zweiten Ansicht überzeugen indessen mehr. Demnach ist die Eigentümerstellung keine verkehrswesentliche Eigenschaft. Jedoch könnte der Umfang des Ver-

⁹⁵ Wendehorst in: BeckOK BGB (Fn. 6), § 816 Rn. 11.

⁹⁶ Geprüft in: 1. Frage, B. I. f).

⁹⁷ Wendehorst in: BeckOK BGB (Fn. 6), § 816 Rn. 24.

⁹⁸ Müller-Engels in: BeckOK BGB (Fn. 6), § 2308 Rn. 8.

⁹⁹ Wendtland in: BeckOK BGB (Fn. 6), § 119 Rn. 44.

¹⁰⁰ Armbrüster in: MüKoBGB (Fn. 5), § 119 Rn. 142.

¹⁰¹ BGH NJW 1961, 772 (775); Heinrichs in: Grüneberg (Fn. 4), § 119 Rn. 27.

¹⁰² Armbrüster in: MüKoBGB (Fn. 5), § 119 Rn. 142.

¹⁰³ BGH NJW 1961, 772 (775); Heinrichs in: Grüneberg (Fn. 4), § 119 Rn. 27.

¹⁰⁴ BGH NJW 1961, 772 (775); Heinrichs in: Grüneberg (Fn. 4), § 119 Rn. 27.

mächtnisses eine verkehrswesentliche Eigenschaft sein, die einen Eigentumsirrtum rechtfertigt. Für den Umfang eines Erbes wird dies angenommen.¹⁰⁵ Es kann dahinstehen, ob dies auch für das Vermächtnis vorliegt. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass S die Vermächtnisausschlagung angefochten hätte, wenn er gewusst hätte, dass er nur Miteigentum, dennoch eine gute Wertanlage für die Finanzierung seines Porsches, übereignet bekommt. Die Ausschlagungserklärung des S bleibt somit bestehen. Die Rechtsfolge des § 2307 Abs. 1 S. 1 BGB tritt nicht in Kraft.

III. Rechtsfolge, § 2307 Abs. 1 S. 2 BGB

Es könnte jedoch die Rechtsfolge aus § 2307 Abs. 1 S. 2 BGB eintreten, da die Hälfte des Vermächtnisses, also der Miteigentumsanteil, den er E nach § 816 Abs. 1 S. 2 BGB wieder rückübertragen muss, für ihn wertlos ist. Dazu ist zu berechnen, in welcher Höhe der Pflichtteil für S besteht und durch die Hälfte des Vermächtnisses bereits gedeckt ist. S wäre nach der gesetzlichen Erbfolge als einziger Abkömmling des M der einzige Erbe erster Ordnung, § 1924 Abs. 1 BGB. Demnach wäre er gem. § 1924 Abs. 4 BGB Alleinerbe des gesamten Vermögens und würde den Nachlass i.H.v. 300.000 € vollständig übertragen bekommen. Er ist jedoch durch das Testament nicht als Erbe bedacht. Gem. § 2303 Abs. 1 S. 2 BGB steht ihm in diesem Fall die Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils, also 150.000 € zu. Aus dem Vermächtnis erlangte S zunächst diese Hälfte in Form des bebauten Grundstücks.¹⁰⁶ Jedoch muss er nach § 816 Abs. 1 S. 2 BGB dem E einen hälftigen Miteigentumsanteil i.H.v. 100.000 € einräumen.¹⁰⁷ Dieser Teil des Vermächtnisses verliert für S somit an Wert, da er die Eigentümerstellung und die damit verbundenen Rechte nicht weiter inne hat. Jedoch kann das Vermächtnis nach dem Wortlaut des § 2307 Abs. 1 S. 2 BGB auf den weiter bestehenden Pflichtteil angerechnet werden.¹⁰⁸ Der Pflichtteilberechtigte kann diesen Anspruch noch soweit geltend machen, als dieser nicht durch das Vermächtnis gedeckt wird.¹⁰⁹ S hat von seinem Pflichtteilanspruch durch das ihm bleibende Vermächtnis bereits 100.000 € von 150.000 € gedeckt. Demnach hat er weiterhin einen Pflichtteilanspruch i.H.v. 50.000 € gegen den Verein als Erben des M.

C. Gesamtergebnis zur 3. Frage

Somit hat E einen bereicherungsrechtlichen Anspruch gegen S aus § 816 Abs. 1 S. 2 BGB auf Rückübertragung des Miteigentumsanteils und S einen Anspruch aus §§ 2303 Abs. 1, 2307 Abs. 1 S. 2 BGB i.H.v. 50.000 € gegen den Verein.

ANMERKUNGEN

Es wird im Votum angemerkt, dass die Schwerpunkte der Hausarbeit gesehen, alle einschlägigen Anspruchsgrundlagen geprüft und die erkannten Probleme mit sauberer Argumentation erörtert wurden. Allerdings wurde das Problem nicht erkannt, dass M die Auflassungserklärung mündlich erklärt hat.

¹⁰⁵ Singer in: Staudinger (Fn. 29), § 119 Rn. 99.

¹⁰⁶ Geprüft in: 1. Frage, B. I. 2. e) und f).

¹⁰⁷ Geprüft in: 3. Frage, A. V.

¹⁰⁸ Lange in: MüKoBGB (Fn. 5), § 2307 Rn. 6.

¹⁰⁹ Lange in: MüKoBGB (Fn. 5), § 2307 Rn. 15.

Kurzarbeit in der Übung für Fortgeschrittene im Zivilrecht, 13 Punkte

stud. iur. Clara Parusel

Die Kurzarbeit ist in der Veranstaltung Übung für Fortgeschrittene im Zivilrecht im Sommersemester 2021 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt dabei Professor Dr. Maximilian Becker, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

Sachverhalt

V gehört eine traumhafte Stadtvilla am Rande der Eilenriede, die im 19. Jahrhundert gebaut wurde. Die Räumlichkeiten darin sind allesamt vermietet. Um das Geld gewinnbringender in seine Golfkarriere zu investieren, möchte V das Haus verkaufen. Dazu beauftragt er den Makler M, der ihn bei den Verhandlungen und auch beim Vertragsschluss vertreten soll. Schnell findet sich ein Interessent, der K. Mit diesem wird ein Vertragsentwurf aufgesetzt, der auch einen – in der Formulierung auf einen Vorschlag des K zurückgehenden Haftungsausschluss enthält:

„7. Gewährleistungsausschluss:

Die Immobilie wird gekauft wie sie steht und liegt. Aufgrund des erheblichen Alters des Altbaus werden sämtliche Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln an der Bausubstanz ausgeschlossen.“

Der Kaufvertrag samt Haftungsausschluss wird zwischen K und M – der den V ordnungsgemäß vertritt – notariell beurkundet. Nach Zahlung des Kaufpreises i.H.v. 2 Mio. EUR erhält K die Schlüssel und wird zeitnah im Grundbuch als Eigentümer eingetragen. Um das Gebäude auf Vordermann zu bringen, gibt K sofort einige Renovierungsarbeiten in Auftrag. Dabei stellt sich heraus, dass wichtige Holzkonstruktionen im Haus von einem Holzpilz befallen sind. Dies hat auch nicht der von V vor dem Kauf beauftragte Gutachter G erkannt, der das Haus auf Mängel untersuchen sollte. Dessen Gutachten wurde dem K auch vorgelegt. Allerdings hatte M das Haus vor dem Verkauf auch besichtigt und hatte mit den Mietern gesprochen, die von einem schimmligen Holzgeruch an mehreren Stellen im Haus berichteten. Die Beseitigung des Hauspilzes würde insgesamt 200.000 EUR kosten. V lässt allerdings nicht mit sich reden. Dazu kommt noch, dass die Instandsetzungsarbeiten erhebliche Lärm- und Schmutzbelastung mit sich bringen über einen Zeitraum von drei Monaten. K büßt daher durch berechtigte Mietminderungen 12.000 EUR ein. K will sich den Haftungsausschluss nicht vorhalten lassen, da er den Mangel nicht erkennen konnte und der Ausschluss im Übrigen nicht wirksam sei. Zudem wusste der M von den Mängeln im Haus.

1. Kann K von V Ersatz für die Beseitigung des Hauspilzes und die Mietminderungen verlangen?
2. Welche Ansprüche hat K gegen G?
3. Kann K sich von dem Kaufvertrag lösen?

Bearbeitervermerk: Deliktische Ansprüche sind nicht zu prüfen.

BEARBEITUNG

Frage 1:**A. Anspruch des K gegen V auf Ersatz für die Beseitigung des Holzpilzes i.H.v. 200.000 EUR gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 Alt. 2 BGB¹**

K könnte gegen V einen Anspruch auf Ersatz für die Beseitigung des Holzpilzes i.H.v. 200.000 EUR gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 Alt. 2 haben.

I. Anspruch entstanden**1. Wirksamer Kaufvertrag**

Es müsste zunächst ein wirksamer Kaufvertrag zwischen K und V vorliegen. Ein Kaufvertrag kommt zustande durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen, Angebot und Annahme, §§ 145 ff. Vorliegend wird V von M ordnungsgemäß bei der Beurkundung des Kaufvertrags vertreten. Gem. § 311b Abs. 1 bedarf ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung. Eine notarielle Beurkundung erfolgt vorliegend. K und V, vertreten durch M gem. §§ 164 ff., schließen somit einen wirksamen Kaufvertrag gem. § 433.

2. Sachmangel bei Gefahrübergang

Es müsste ein Sachmangel an der Villa bei Gefahrübergang bestanden haben.

a) Sachmangel, § 434

Gem. § 434 Abs. 1 S. 1 ist die Sache frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. Vorliegend wurde jedoch keine bestimmte Beschaffenheit vereinbart. In Betracht kommt § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, wonach die Sache frei von Sachmängeln ist, 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. Die gewöhnliche Verwendung einer Villa ist darin zu wohnen oder zu arbeiten, wobei eine Standhaftigkeit des Gebäudes und keine störenden Gerüche üblich und zu erwarten sind. Vorliegend sind wichtige Holzkonstruktionen von einem Holzpilz befallen und es gibt einen schimmlichen Holzgeruch an mehreren Stellen im Haus. Somit eignet sich das Haus nicht mehr zum Wohnen oder Arbeiten. Es liegt ein Sachmangel gem. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 vor.

b) Bei Gefahrübergang, § 446

Gem. § 446 S. 1 geht mit der Übergabe der verkauften Sache die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Bei einem Kaufvertrag über ein Grundstück mit Haus ist auf den Zeitpunkt der Schlüsselübergabe abzustellen. Diese erfolgt nach Kaufpreiszahlung durch K. Der Sachmangel lag schon vor Verkauf vor und bei Gefahrübergang auch noch.

3. Frist

Gem. § 281 Abs. 1 S. 1 muss der Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung gesetzt haben. Dies ist vorliegend nicht erfolgt. Eine Fristsetzung könnte allerdings entbehrlich sein gem. § 281 Abs. 2. Dazu müsste der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert haben oder besondere Umstände müssten vorliegen, die unter Abwägung beiderseitiger Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruches rechtfertigen. Vorliegend lässt V nicht mit sich reden. Mangels entgegenstehender Angaben im Sachverhalt ist von einer ernsthaften und endgültigen Verweigerung der Leistung auszugehen. Folglich ist die Fristsetzung entbehrlich gem. § 281 Abs. 2 Alt. 1.

4. Vertretenmüssen

V müsste den Sachmangel auch zu vertreten haben. Das Vertretenmüssen wird grundsätzlich gem. § 280 Abs. 1 S. 2 vermutet. V könnte sich vorliegend aber womöglich exkulpieren. V beauftragte vor dem Verkauf den Gutachter G, der das Haus auf Mängel untersuchen sollte. Somit wahrt V seine Sorgfaltspflichten in hohem Maße und hat alles Zumutbare getan, um den Mangel festzustellen. Er konnte sich mithin exkulpieren. Fraglich ist jedoch, ob V sich das Verhalten des M zurechnen lassen muss. M hat von mehreren Mietern erfahren, dass es einen schimmlichen Holzgeruch an vielen Stellen im Haus gibt. Gem. § 278 S. 1 hat der Schuldner ein Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. Bei M besteht Kenntnis von Berichten über schimmlichen Holzgeruch. Wenn nicht sogar positive Kenntnis angenommen werden kann, ließ M, mangels Mitteilung an V zur Überprüfung des Geruchs, zumindest die im Verkehr erforderte Sorgfalt außer Acht und handelte fahrlässig. Dieses Verhalten muss sich V gem. § 278 S. 1 zurechnen lassen. Mithin hat V den Sachmangel zu vertreten.

¹ Alle folgenden nicht benannten Normen sind solche des BGB.

5. Schaden

Es müsste weiterhin ein kausaler Schaden vorliegen. Aufgrund des Sachmangels, der von V nicht behoben wird, muss K die Kosten für die Beseitigung des Holzpilzes i. H. v. 200.000 EUR tragen. Mithin liegt ein kausaler Schaden vor.

II. Anspruch untergegangen

Der Anspruch ist nicht untergegangen.

III. Anspruch durchsetzbar

Der Anspruch müsste durchsetzbar sein.

1. Gewährleistungsausschluss durch Individualabrede § 444

Es könnte ein Gewährleistungsausschluss durch eine Individualabrede vorliegen. Der Haftungsausschluss, der in den Kaufvertrag aufgenommen wurde, erfolgt auf Vorschlag des K. Somit liegen keine AGB, sondern eine Individualabrede vor. Auf die Individualabrede könnte sich V gem. § 444 aber nicht berufen dürfen, soweit er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat. Eine Garantie wurde nicht übernommen. V selbst kannte den Mangel nicht. Er muss sich das Verhalten seines Stellvertreters M allerdings gem. § 278 S. 1 zurechnen lassen. Fraglich ist, ob M arglistig den Mangel verschwiegen hat. Arglistig handelt, wer vorsätzlich handelt. Aus dem Sachverhalt ist ersichtlich, dass Mieter von einem schimmligen Holzgeruch berichten. Dabei handelt es sich um mehrere Mieter und verschiedene Stellen, an denen der Geruch auftritt. M ist als Makler ausgebildet und verfügt somit über die Kenntnis, welche großen Probleme ein schimmliger Holzgeruch verursachen kann. Auch weiß er dadurch, dass Käufern der Zustand des Hauses wichtig ist. Mithin verschweigt er mit Willen und Kenntnis der Folgen den schimmligen Holzgeruch und handelt vorsätzlich. M hat den Mangel arglistig verschwiegen und dies ist V gem. § 278 S. 1 zuzurechnen. V kann sich mithin nicht auf dem Haftungsausschluss berufen.

2. Gewährleistungsausschluss gem. § 442 Abs. 1 S. 1

Die Rechte des Käufers wegen Mängeln sind bei Kenntnis von diesen bei Vertragsschluss gem. § 442 Abs. 1 S. 1 ausgeschlossen. M hatte nur Kenntnis von dem Gutachten, welches keinen Holzpilz nannte und keine Kenntnis oder Unkenntnis infolge grober Fahrlässigkeit von dem Mangel. Der Gewährleistungsausschluss gem. § 442 Abs. 1 S. 1 greift nicht.

3. Zwischenergebnis

Die Individualabrede hindert die Durchsetzbarkeit nicht.

IV. Ergebnis

K hat gegen V einen Anspruch auf Ersatz für die Kosten i.H.v. 200.000 EUR für die Beseitigung des Holzpilzes gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 Alt. 2.

B. Anspruch des K gegen V auf Ersatz der Mietminderung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1

K könnte gegen V einen Anspruch auf Ersatz der Mietminderung i.H.v. 11.000 EUR gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 haben.

I. Anspruch entstanden

1. Schuldverhältnis und Pflichtverletzung

Zwischen K und V besteht ein Schuldverhältnis in Form des Kaufvertrages. Das Haus hatte bei Gefahrübergang einen Sachmangel. Folglich ist die Pflicht aus dem Kaufvertrag verletzt.

2. Vertretenmüssen

V muss den Sachmangel zu vertreten haben. Das Verhalten des M wird V zugerechnet gem. § 278 S. 1. V hat die Pflichtverletzung also zu vertreten.

3. Kausaler Schaden

Durch die Pflichtverletzung (Sachmangel) müsste K ein Schaden entstanden sein. Wäre das Haus nicht von Holzpilz befallen, hätte es nicht bei Reparaturarbeiten erhebliche Lärm- und Schmutzbelastung gegeben, welche zu berechtigten Mietminderungen führen. Ein kausaler Schaden liegt mithin vor.

II. Anspruch nicht untergegangen und durchsetzbar

Der Anspruch ist nicht untergegangen und durchsetzbar.

III. Ergebnis

K hat gegen V einen Anspruch auf Ersatz der Mietminderung i.H.v. 12.000 EUR gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1.

C. Anspruch des K gegen V aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2

K könnte gegen V einen Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 haben.

I. Anwendbarkeit der c.i.c.

Fraglich ist zunächst, ob die c.i.c. neben Gewährleistungsrecht anwendbar ist. Nach Gefahrübergang gehen die Gewährleistungsregeln der §§ 434 ff. der c.i.c. grundsätzlich vor. Der Vertrag ist bereits geschlossen und c.i.c. schützt den Vorvertrag. Allerdings ist der Verkäufer bei arglistiger Täuschung nicht schutzwürdig und es besteht eine Ausnahme. Vorliegend muss sich V die arglistige Täuschung des M zurechnen lassen. Die c.i.c. ist somit anwendbar.

II. Schuldverhältnis i.S.v. § 311 Abs. 2

Es besteht in der Aufnahme von Vertragsverhandlungen gem. § 311 Abs. 2 Nr. 1 ein Schuldverhältnis.

III. Sorgfaltspflichtverletzung

Es kommt als Sorgfaltspflichtverletzung die vorvertragliche Aufklärungspflicht in Betracht. M klärte K nicht über den schimmigen Holzgeruch auf. Dieser ist für die Kaufentscheidung des K erheblich. Somit liegt eine Sorgfaltspflichtverletzung des M vor, die V sich gem. § 278 S. 1 zurechnen lassen muss.

IV. Vertretenmüssen

V muss sich die arglistige Täuschung des M gem. § 278 S. 1 zurechnen lassen.

V. Schaden

Die Pflichtverletzung muss in zurechenbarer Weise einen Schaden verursacht haben. Durch den Holzpilz fallen Reparaturkosten i.H.v. 200.000 EUR und Mietminderung i.H.v. 11.000 EUR an. Ein Schaden liegt vor.

VI. Rechtsfolge

Gem. § 249 Abs. 1 ist K so zustellen, wie er stehen würde, wenn das schädigende Ereignis ausgeblieben wäre. Der Schaden besteht in einem nachteiligen Vertrag für K. K kann mithin Ersatz für den entstandenen Schaden verlangen.

Frage 2:**A. Anspruch des K gegen G aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 i.V.m. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter**

K könnte gegen G einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 i.V.m. dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter haben.

I. Schuldverhältnis

Zunächst müsste ein Schuldverhältnis zwischen K und G bestehen.

a) Vertrag zwischen Schuldner und Gläubiger

Zwischen V und G wurde ein Vertrag für das Erstellen eines Gutachtens geschlossen. Bei dem Gutachten handelt es sich um ein (geistiges) Werk. Der Gutachter schuldet dabei einen konkreten Erfolg, das Gutachten. Mithin liegt ein Werkvertrag gem. § 631 zwischen V und G vor.

b) Einbeziehung des Dritten

K müsste als Dritter in den Vertrag zwischen V und G einbezogen sein.

aa) Leistungsnähe

Der Einzubeziehende müsste bestimmungsgemäß mit der Leistung in Berührung gekommen sein und so den Gefahren von Schutzpflichtverletzungen ebenso ausgesetzt sein, wie der eigentliche Vertragspartner. Vorliegend kommt K als Käufer des Hauses bestimmungsgemäß mit der Leistung in Berührung und ist den Gefahren von Schutzpflichtverletzungen (mangelhaftes Gutachten) ebenso ausgesetzt wie der eigentliche Vertragspartner. Leistungsnähe besteht.

bb) Gläubignähe

Weiterhin müsste Gläubignähe bestehen. Dazu müsste der Gläubiger für das "Wort und Werk" des Dritten zumindest mitverantwortlich sein oder sonst ein nennenswertes Interesse haben. Als Verkäufer muss V Schutzpflichten gem. § 241 Abs. 2 wahren. Somit besteht eine Mitverantwortlichkeit sowie ein nennenswertes Interesse des V. Gläubignähe liegt mithin vor.

cc) Erkennbarkeit der Einbeziehung für den Schuldner

Die Einbeziehung des Dritten müsste für den Schuldner auch erkennbar sein. Der Gutachter sollte das Haus auf Mängel untersuchen, weswegen V ihn vor dem Verkauf beauftragte. Dass das Gutachten somit auch für Käufer von relevanter Bedeutung ist, und diese einbezogen werden könnten, war somit für G erkennbar.

dd) Schutzbedürftigkeit des Dritten

Der Dritte, hier K, müsste auch schutzbedürftig sein. Dies ist der Fall, wenn er keine vertraglichen Ansprüche geltend machen kann. Vorliegend hat K allerdings vertragliche Ansprüche gegen V, die er geltend machen kann. Folglich ist

K nicht schutzbedürftig.

c) Zwischenergebnis

K wurde nicht wirksam in den Vertrag zwischen V und G miteinbezogen.

II. Ergebnis

K hat keinen Anspruch gegen G auf Schadensersatz aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 i.V.m. dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.

B. Anspruch des K gegen G aus §§ 280 Abs.1, 311 Abs. 2 Nr. 3, 241 Abs. 2

K könnte gegen G einen Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 3, 241 Abs. 2 haben.

I. Schuldverhältnis, § 311 Abs. 2 Nr. 3

Zwischen K und G könnte ein Schuldverhältnis i.S.v. § 311 Abs. 2 Nr. 3 in Form von ähnlichen geschäftlichen Kontakten bestehen. K ist als Käufer ebenso auf die Richtigkeit des Gutachtens angewiesen. Mithin bestehen ähnliche geschäftliche Kontakte wie zwischen V und K.

II. Pflichtverletzung

Die Pflichtverletzung gem. § 241 Abs. 2 besteht in dem mangelhaft erstellten Gutachten

III. Vertretenmüssen

Das Vertretenmüssen wird vermutet und G kann sich nicht exkulpieren.

IV. Schaden

K müsste durch die Pflichtverletzung einen Schaden erlitten haben. Dieser besteht in den Kosten für die Beseitigung des Holzpilzes sowie Mietminderungen deswegen.

V. Rechtsfolge

Wäre das mangelhafte Gutachten ausgeblieben, hätten K und V Kenntnis von dem Holzpilz gehabt und den Kaufpreis entsprechend verringert. Folglich hat G dem K die Kosten i.H.v. 212.000 EUR zu ersetzen.

Frage 3:

A. Anspruch des K gegen V auf Rückerstattung des Kaufpreises gem. §§ 346 Abs. 1, 323 Abs. 1 Alt. 2, 437 Nr. 2

K könnte einen Anspruch gegen V auf Rückerstattung des Kaufpreises gem. §§ 346 Abs. 1, 323 Abs. 1 Alt. 2, 437 Nr. 2 haben.

I. Kaufvertrag

Es liegt ein wirksamer Kaufvertrag zwischen V und K gem. § 433 vor.

II. Sachmangel bei Gefahrübergang

Ein Sachmangel lag bei Gefahrübergang vor.

III. Fristsetzung

Die Fristsetzung ist entbehrlich gem. § 323 Abs. 2 Nr. 1 aufgrund ernsthafter und endgültiger Leistungsverweigerung seitens des V.

IV. Erheblichkeit der Pflichtverletzung, § 323 Abs. 5 S. 2

Die Pflichtverletzung müsste weiterhin erheblich sein. Die Beschädigung von wichtigen Holzkonstruktionen durch Holzpilz sowie schimmlicher Geruch sind erhebliche Mängel des Hauses, die zudem nur durch erheblichen Aufwand (200.000 EUR) beseitigt werden können. Die Pflichtverletzung ist folglich erheblich, § 323 Abs. 5 S. 2.

V. Ausschluss

Die Rechte des K sind nicht nach § 442 Abs. 1 oder die Individualabrede ausgeschlossen.

VI. Rücktrittserklärung, § 349

K müsste den Rücktritt erklärt haben gem. § 349. Die Rücktrittserklärung muss gegenüber dem anderen Teil, hier Vertragspartner V, erklärt werden. Dies müsste von K noch getan werden.

VII. Ergebnis

K hat nach erfolgter Rücktrittserklärung dann einen Anspruch gegen V auf Rückerstattung des Kaufpreises gem. §§ 346 Abs. 1, 323 Abs. 1 Alt. 2, 437 Nr. 2.

B. Anfechtung gem. § 123 des K

K könnte seine Willenserklärung gem. § 123 anfechten, sodass das Geschäft als von Anfang an nichtig gem. § 142 Abs. 1 anzusehen ist.

I. Anfechtungsgrund, § 123 Abs. 1 S. 1 Alt. 1

Als Anfechtungsgrund kommt arglistige Täuschung gem. § 123 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 in Betracht. Vorliegend täuschte M den K arglistig. Ein Anfechtungsgrund besteht.

Die Lösung der Frage konnte ebenfalls überzeugen, wobei auch eine Anfechtung gem. §§ 119 Abs. 2, 142 Abs. 1 BGB zu prüfen gewesen wäre.

II. Anfechtungserklärung, § 143

K müsste die Anfechtung gegenüber dem Anfechtungsgegner V erklären. Dies müsste noch erfolgen.

Bewertung: 13 Punkte.

III. Frist, § 124 Abs. 1

Die Anfechtung müsste K binnen eines Jahres erklären.

IV. Ausschluss, §§ 144, 142 Abs. 2

Die Anfechtung ist nicht gem. § 144 oder § 142 Abs. 2 ausgeschlossen.

V. Rechtsfolgen

Das Rechtsgeschäft ist gem. § 142 Abs. 1 als von Anfang an nichtig zu betrachten. K kann somit die Rückabwicklung gem. § 812 fordern.

C. Anspruch des K gegen V aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2

K könnte einen Anspruch gegen V aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 haben.

Die c.i.c. ist anwendbar, ein Schuldverhältnis und eine Sorgfaltspflichtverletzung liegen vor. Auch das Vertretenmüssen des V besteht. In dem Schaden kann auch der für K nachteilige Vertrag gesehen werden. Die Rechtsfolge ist sodann, dass K so zu stellen ist, wie wenn das schädigende Ereignis ausgeblieben wäre, § 249. Wäre die Aufklärungspflicht gewahrt worden, hätte K den für ihn nachteiligen Vertrag nicht geschlossen. Mithin kann K die Aufhebung des geschlossenen Vertrages verlangen.

ANMERKUNGEN

Die Leistung wurde als erheblich über den durchschnittlichen Anforderungen eingestuft. Positiv wurde besonders die Lösung der Frage 1 hervorgehoben.

Bei Frage 2 hätte das Nichtbestehen vertraglicher Ansprüche erwähnt werden sollen. Die Prüfung der Ansprüche aus c.i.c. wurde als folgerichtig gewertet. Hinsichtlich der Ansprüche aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter hätten die eigenen Ansprüche des K gegen G gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 3 BGB erkannt werden müssen.

Abschlussklausur Grundkurs Strafrecht II, 16 Punkte

stud. iur. Katharina Hinz

Die Kurzarbeit wurde in der Veranstaltung Grundkurs Strafrecht II im Sommersemester 2021 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt. Herzlicher Dank gebührt Prof. Dr. Susanne Beck für das Einverständnis zur Veröffentlichung des Sachverhalts.

Sachverhalt

A und B sind gute Freunde und verbringen gerne viel Zeit im Schrebergarten und in dessen dort befindlichen 15 m² kleinen Gartenlaube des B. Die Gartenlaube wurde von B vor einiger Zeit einfach auf die Mitte des Schrebergartens gesetzt. Diese hatte er zuvor als Fertigprodukt im Internet bestellt, liefern und auf den Rasen setzen lassen. A und B übernachteten jedes Wochenende dort. Momentan wohnt der A aufgrund von Geldproblemen vorübergehend in der Gartenlaube. Die Gartenlaube des G liegt in einer Kleingartenkolonie. Jede Gartenlaube steht auf einem kleinen umzäunten Grundstück. Auf diesem können die Besitzer der Parzelle Obst und Gemüse anbauen, sich den eigenen Garten gestalten und den Ort insgesamt für sich und die Familie als Erholungs- und Freizeitort nutzen. Gestattet nach der Satzung der Gartenkolonie ist auch ein vorübergehendes Verweilen und Hausieren auf der Parzelle, sodass das Übernachten sowohl von A als auch von B in der Gartenlaube ausdrücklich gestattet ist. Zwischen den Grundstücken verläuft ein Weg.

A ist in einem Prozess vor Gericht Kläger und bewahrt in der Gartenlaube seines Freundes B ein wichtiges Beweismittel für den Prozess, ein einseitiges Schreiben, das ein Vertragsschluss enthält, auf. Davon gibt es nur noch diese Ausfertigung, Kopien o.ä. existieren nicht. Es handelt sich bei dem Schreiben um ein ausgefülltes Vertragsformular, das von A ausgedruckt und unterschrieben wurde. Sollte das Gericht Kenntnis von dem Schreiben erlangen, wird A den Prozess höchstwahrscheinlich gewinnen.

T ist Beklagter in dem Prozess und möchte auf keinen Fall verlieren. Er weiß, dass A das wichtige Schreiben in der Gartenlaube des B aufbewahrt. Auch weiß er, dass A täglich eine Runde laufen geht. Er schmiedet den Plan, das Schreiben in der Zeit der Laufrunde des A zu vernichten. Eines Abends, als A gerade auf der täglichen Laufrunde ist, macht T sich auf den Weg zu der Gartenlaube des B. Er steigt über den Zaun und geht zu der Gartenlaube. Diese hat an allen Seiten große Fenster und ist bis in den letzten Winkel gut einsehbar. T sieht das Schreiben auf dem Tisch in der Gartenlaube liegen. Da er ganz sicher sein mochte, dass das Schreiben vernichtet wird, zündet er die Gartenlaube mithilfe eines mitgebrachten Benzinkanisters an. Vorher hatte sich T mittels eines umfassenden Rundgangs um die Gartenlaube und jedem Hineinschauen der Fenster versichert, dass sich niemand in der Gartenlaube aufhält, da es ihm wirklich nur darauf ankommt, das Schreiben zu vernichten. Da die Gartenlaube nur 15 m² klein ist, mit vielen Fenstern versehen ist und auch nur aus einem Raum besteht, konnte T sicher sein, dass A nicht in der Gartenlaube ist. Die Gartenlaube brennt, nachdem T diese mit Benzin überschüttete und anschließend mit einem Feuerzeug anzündete, wie geplant samt der dort befindlichen Dokumente des A, vollständig ab.

Zufrieden macht sich T auf den Heimweg. Dabei geht er an einem Stadtwald vorbei und kommt spontan auf die Idee, sich von der Aufregung dadurch abzureagieren mittels einiger kräftiger Würfe ein paar am Weg liegende Steine in den Wald zu werfen. Dabei kommt ihm auch in den Sinn, dass er im Dunkeln jemanden mit einem Stein treffen könnte. T hofft aber inständig, dass das nicht passiert, da er an diesem Tag seiner Ansicht nach nun genug Schaden angerichtet hat. Einige Minuten später geht die O in dem Stadtwald spazieren. Sie wird von einem von T geworfenen Stein am Arm getroffen und erleidet eine starke Prellung sowie einige Blutergüsse.

Strafbarkeit des T nach dem StGB?

Bearbeitungsvermerk: Alle ggf. erforderlichen Strafanträge gelten als gestellt. § 123 StGB ist nicht zu prüfen.

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

1. Tatkomplex: Die Hütte**A. Strafbarkeit des T gem. § 306 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB**

T könnte sich der Brandstiftung gem. § 306 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er Benzin über die Gartenlaube gießt, dieses anzündet und die Gartenlaube abbrennt.

I. Tatbestand**1. Objektiver Tatbestand**

T müsste den objektiven Tatbestand erfüllt haben.

a) Fremdes Objekt der Nr. 1 – 6

Zunächst müsste ein Objekt der Nummern 1 bis 6 vorliegen. In Betracht kommt hier eine Hütte gem. § 306 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB. Hütten sind solche Gebäude, die ein selbstständiges Ganzes bilden, gegen äußere Einwirkungen abgeschlossen sind und eine nicht unerhebliche Fläche des Bodens bedecken. Hier handelt es sich um eine Gartenlaube, die auf einem eingezäunten Grundstück steht. Sie stellt damit ein selbstständiges Ganzes dar. Folglich liegt eine Hütte vor. Darüber hinaus müsste das Tatobjekt auch für den Täter fremd sein. Es darf folglich nicht in Ts Eigentum stehen. Die Gartenlaube steht im Eigentum des B und gehört mithin nicht dem Täter. Es liegt ein fremdes Tatobjekt vor.

b) Tathandlungen

Die Tathandlungen des § 306 StGB sind das in Brand Setzen und das durch Brandlegung ganz oder teilweise Zerstören. In Betracht kommt hier ersteres. Ein in Brand Setzen ist dann gegeben, wenn ein für den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Tatobjekts wesentlicher Bestandteil so vom Feuer erfasst ist, dass er auch ohne Zündstoff weiter brennen kann. Hier hat T die gesamte Hütte in Brand gesteckt, sodass diese vollständig abbrennt. Mithin wurden die wesentlichen Bestandteile auch erfasst und ein in Brand Setzen liegt vor.

2. Subjektiver Tatbestand

Zudem müsste der subjektive Tatbestand vorliegen. T müsste vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung des Tatbestandes in Kenntnis aller wesentlicher Umstände zum Zeitpunkt der Tat. In Betracht kommt hier Vorsatz im Sinne des *dolus directus* 1. Grades. Dieser liegt dann vor, wenn es dem Täter gerade auf den tatbestandlichen Erfolg ankommt. T hat die Hütte bewusst

angezündet, um das darin befindliche Dokument vernichtet zu wissen. Er wusste, dass die Hütte abbrennen würde. Folglich ist der Vorsatz i.S.d. *dolus directus* 1. Grades zu bejahen.

II. Rechtswidrigkeit

T müsste rechtswidrig gehandelt haben. Hier sind keinerlei Rechtfertigungsgründe ersichtlich. T handelte rechtswidrig.

III. Schuld

Zudem müsste T schuldhaft gehandelt haben. Es sind weder Entschuldigungs- noch Schuldausschließungsgründe ersichtlich. T handelte schuldhaft.

IV. Ergebnis

T hat sich der Brandstiftung gem. § 306 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des T gem. § 306a Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 StGB

T könnte sich der schweren Brandstiftung gem. § 306a Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht haben, indem er die Gartenlaube in Brand setzte.

I. Tatbestand**1. Objektiver Tatbestand**

T müsste den objektiven Tatbestand erfüllt haben.

a) Tatobjekt

Es müsste ein taugliches Tatobjekt vorliegen. In Betracht kommt hier eine Hütte gem. § 306a Abs. 1 Nr. 1 Var. 3. StGB. Wie oben schon festgestellt, handelt es sich bei der Gartenlaube des B um eine Hütte. Zudem müsste diese der Wohnung von Menschen dienen. Fraglich ist, ob eine Gartenlaube in einer Kleingartenkolonie dieser Anforderung gerecht wird. In der Satzung der Gartenkolonie ist festgehalten, dass ein vorübergehendes Verweilen und Hausieren auf der Parzelle gestattet ist. Im Rahmen des § 306a Abs. 1 StGB kommt es auf die tatsächliche Nutzung an, sodass leerstehende Häuser nicht erfasst werden. Laut Sachverhalt übernachtet der A momentan aufgrund von Geldproblemen in der Gartenlaube des B. Mithin wird diese auch tatsächlich genutzt. Es liegt ein taugliches Tatobjekt vor.

b) Tathandlung

Zudem müsste eine taugliche Tathandlung gegeben sein. Die Tathandlungen entsprechen denen des § 306 StGB.

Auch hier kommt ein in Brand Setzen in Betracht. Wie oben schon geprüft, hat T die Hütte in Brand gesetzt. Fraglich ist hier, ob aufgrund der hohen Strafandrohung eine restriktive Auslegung gefordert ist, sofern keine Gefahr für Menschen ausgeht. Dies ist umstritten.

aa) Eine Ansicht

Die eine Ansicht lehnt eine solche restriktive Auslegung des Tatbestandes ab. § 306a StGB ist ein abstraktes Gefährdungsdelikt, sodass es gerade nicht auf die konkrete Gefahr im Einzelfall ankommt. Vielmehr reicht schon die tatbestandliche Begehung des Delikts aus, um ein in Brand Setzen zu bejahen. Hier hat T die Hütte in Brand gesetzt, sodass die Tathandlung ohne Restriktion zu bejahen wäre.

bb) BGH

Nach Ansicht des BGH erfordere es einer restriktiven Auslegung. Nach der sog. Ein-Raum-Rechtsprechung können Tathandlungen dann ausgeschlossen werden, wenn der Täter die Räumlichkeiten so überblicken kann, dass auszuschließen ist, dass sich noch eine Person im Haus befindet. Im vorliegenden Fall besteht die Hütte nur aus einem Raum und umfasst gerade einmal 15 m². Zudem ist sie von außen durch diverse Fenster gut einsehbar. T ist vor dem in Brand Setzen gegangen und hat sich vergewissert, dass niemand mehr in der Hütte ist. Nach dieser Ansicht würde die Tathandlung aufgrund der restriktiven Auslegung verneint.

cc) Streitentscheid

Die beiden Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass ein Streitentscheid erforderlich ist. Zunächst spricht für die erste Ansicht die Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts. Bei diesen kommt es eben nicht auf die Gefährlichkeit der Handlung im Einzelfall an. Andererseits hat der Gesetzgeber im Wege der 6. StrRG keine Änderungen vorgenommen, sodass von einer konkludenten Billigung ausgegangen werden kann. Mithin ist der Ansicht des BGH zu folgen. Aufgrund der Restriktion ist die Handlung des T nicht tatbestandsmäßig.

2. Zwischenergebnis

Es liegt kein in Brand setzen vor.

II. Ergebnis

T hat sich nicht der schweren Brandstiftung gem. § 306 Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit des T gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB

T könnte sich der Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er ein ausgefülltes Vertragsformular, welches ein wichtiges Beweismittel in einem Prozess gegen ihn darstellt, vernichtet.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

T müsste den objektiven Tatbestand erfüllt haben.

a) Tatobjekt

Zunächst müsste dafür ein taugliches Tatobjekt vorliegen. Dafür müsste es sich bei dem Vertragsformular um eine Urkunde handeln. Eine Urkunde i.S.d. § 274 Abs. 1 StGB ist jede verkörperte Gedankenerklärung, die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist und die ihren Aussteller erkennen lässt. Damit müssen die Perpetuierungs-, die Beweis- und die Garantiefunktion erfüllt sein.

aa) Perpetuierungsfunktion

Zunächst müsste die Perpetuierungsfunktion gegeben sein. Es müsste eine verkörperte Gedankenerklärung vorliegen. Dafür müsste ein gedanklicher Inhalt vorliegen. Damit ist ein menschliches Verhalten gemeint, das geeignet ist, eine bestimmte Vorstellung über einen Sachverhalt hervorzurufen. Dies mangelt bei technischen Aufzeichnungen und bei Augenscheinobjekten. Bei dem Beweismittel handelt es sich um einen Vertragsschluss. Mithin liegt ein gedanklicher Inhalt vor.

Dieser müsste fest verkörpert und optisch visuell wahrnehmbar sein. Es handelt sich um ein einseitiges Schreiben, welches in ausgedruckter Form vorliegt. Folglich ist es fest fixiert und optisch visuell wahrnehmbar. Die Perpetuierungsform ist gegeben.

bb) Beweisfunktion

Darüber hinaus müsste die Beweisfunktion gegeben sein. Dafür müsste das Schreiben zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet (objektives Element) und bestimmt (subjektives Element) sein.

Die Beweiseignung liegt dann vor, wenn das Schreiben zur Beweisbildung über rechtlich erhebliche Tatsachen beiträgt. Hier handelt es sich um ein Beweismittel in einem Prozess, sodass das Schreiben zur Überzeugung über rechtlich erhebliche Tatsachen beiträgt.

Die Beweisbestimmung kann entweder als Absichts- oder als Zufallsurkunde vorliegen. Hier könnte eine Zufallsurkunde vorliegen. Dies ist bei solchen Gegenständen ge-

geben, die erst nachträglich vom Aussteller oder einem Dritten zum Beweis bestimmt wurden. Hier wurde das Schreiben noch nicht in den Prozess eingebracht, sodass die Beweisbestimmung noch nicht gegeben ist. Indes handelt es sich bei dem Schreiben um einen Vertragsschluss, sodass allenfalls das Merkmal der Absichtsurkunde gegeben ist.

Die Beweisfunktion liegt vor.

cc) Garantiefunktion

Letztlich müsste auch die Garantiefunktion vorliegen. Das heißt, das Schreiben muss seinen Aussteller erkennen lassen. Nach der Geistigkeitstheorie ist derjenige Aussteller, dem das urkundlich Erklärte zugerechnet wird und von dem die Erklärung dergestalt herrührt, dass er sich zu ihr als ihr Urheber bekennt. A hat das Schreiben unterschrieben und bekennt sich damit als ihr Urheber. Die Garantiefunktion ist erfüllt.

b) Dem Täter nicht ausschließlich gehört

Die Urkunde dürfte dem Täter nicht ausschließlich gehören. Das Schreiben steht im Eigentum des A und gehört damit nicht T.

c) Tathandlungen

T könnte die Urkunde vernichtet haben. Von einem Vernichten ist dann auszugehen, wenn sie vollends zerstört ist. Die Urkunde ist hier aufgrund des Feuers verbrannt und damit vollends vernichtet.

d) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

Neben dem Vorsatz bedarf es für den subjektiven Tatbestand der Absicht, einem anderen einen Nachteil zuzufügen.

a) Vorsatz

In Betracht kommt hier *dolus directus* 1. Grades. T kam es gerade darauf an, das Schreiben zu vernichten. Der Vorsatz liegt damit vor.

b) Absicht zum Zufügen eines Nachteils

Nach h.M. bedarf es nicht nur *dolus directus* 1. Grades, auch die Wissentlichkeit (*dolus directus* 2. Grades) ist ausreichend. Letzteres kommt hier in Betracht. Dies liegt dann vor, wenn der Täter die Erfüllung des tatbestandlichen Er-

folgs sicher voraussieht. Hier kam es T darauf an, das Beweisstück im Prozess gegen ihn vernichten zu lassen. Dass er dadurch dem A einen Nachteil zufügen würde, war dem T dabei bewusst.

Mithin liegen sowohl Vorsatz als auch die Absicht, einem anderen einen Nachteil zuzufügen, vor. Der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

II. Rechtswidrigkeit

Es liegen keine Rechtfertigungsgründe vor. T handelte rechtswidrig.

III. Schuld

Es sind keine Entschuldigungs- oder Schuldausschließungsgründe ersichtlich. T handelte schuldhaft.

IV. Ergebnis

T hat sich der Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

D. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

T hat sich wegen Brandstiftung gem. § 306 StGB strafbar gemacht. Die einfache Sachbeschädigung gem. § 303 StGB tritt im Wege der Spezialität zurück. Dazu in Tateinheit gem. § 52 StGB steht die Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1. StGB.

2. Tatkomplex

A. Strafbarkeit gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB

T könnte sich der gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er Steine in den dunklen Wald wirft, den O trifft und dieser Prellungen und Blutungen erleidet.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Taterfolg

aa) Körperliche Misshandlung

T könnte O körperlich misshandelt haben. Eine körperliche Misshandlung ist jede üble und unangemessene Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird. O erleidet Prellungen. Es liegt eine körperliche Misshandlung vor.

bb) Gesundheitsschädigung

Es könnte eine Gesundheitsschädigung vorliegen. Dies ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zu-

standes. Os Verletzungen sind ärztlich zu behandeln. Es liegt eine Gesundheitsschädigung vor.

b) Kausalität

Es müsste Kausalität vorliegen. Nach der *conditio-sine-qua-non*-Formel ist eine Handlung kausal, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der tatbestandliche Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel. Hätte T die Steine nicht geworfen, wäre O nicht verletzt. Die Kausalität ist gegeben.

c) Objektive Zurechnung

Die objektive Zurechnung müsste vorliegen. Der Täter müsste eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen haben, die sich im tatbestandlichen Erfolg realisiert. T hat eine Gefahr für die körperliche Unversehrtheit geschaffen, die sich in den Verletzungen des O realisiert. Die objektive Zurechnung ist gegeben.

d) Qualifikation

Die Steine stellen ein gefährliches Werkzeug i.S.d. § 224 StGB dar.

2. Subjektiver Tatbestand

T hat nicht vorsätzlich gehandelt.

II. Ergebnis

T hat sich nicht der gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des T gem. § 229 StGB

T könnte sich der fahrlässigen Körperverletzung gem. § 229 StGB strafbar gemacht haben, indem er die Steine in den Wald wirft und O verletzt.

I. Tatbestand

1. Erfolg und Kausalität

Diese liegen, wie oben geprüft, vor.

2. Objektive Fahrlässigkeit

a) Sorgfaltspflichtverletzung

T müsste eine Sorgfaltspflicht verletzt haben. Fraglich ist, wie sich ein besonnener gewissenhafter Mensch in der Lage verhalten hätte. Dieser hätte nicht wahllos Steine in einen dunklen Wald geworfen. Es liegt eine Sorgfaltspflichtverletzung vor.

b) Vorhersehbarkeit

Es ist vorhersehbar, dass Steinwürfe in einen dunklen Wald einen potenziellen Fußgänger treffen könnten.

3. Objektive Zurechnung

Es bedarf des Pflichtverletzungszusammenhangs. Gerade die Verletzung der Pflicht muss sich im konkreten Erfolg verwirklichen. Dies liegt hier vor.

II. Rechtswidrigkeit

Es liegen keine Rechtfertigungsgründe vor.

III. Schuld

Es sind keine Entschuldigungs- oder Schuldtauschließungsgründe ersichtlich.

1. Subjektive Sorgfaltspflichtverletzung und Vorhersehbarkeit

T war in der Lage, die Gefahr zu erkennen und hätte sie vermeiden können.

2. Zwischenergebnis

T handelte schuldhaft.

IV. Ergebnis

T hat sich der fahrlässigen Körperverletzung gem. § 229 StGB strafbar gemacht.

ANMERKUNGEN

Insgesamt handelt es sich um eine sehr gelungene Arbeit, die nur unwesentliche Schwächen aufweist. Insbesondere die Schwerpunktsetzung gelingt gut.

Die Prüfung der Brandstiftung und der Qualifikation nach § 306 StGB gelingt, wobei alle Schwerpunkte erörtert werden. Darüber hinaus wird § 274 StGB korrekt geprüft. Die Ausführungen zur Körperverletzung sind etwas zu lang, insbesondere hätte angesichts der erkennbaren zeitlichen Probleme auf die Möglichkeit einer Vorsatztat weniger ausführlich eingegangen werden können. Es wird jedoch zutreffend gesehen, dass lediglich eine fahrlässige Tat in Betracht kommt und diese korrekt geprüft.

Insgesamt wurde die Arbeit daher mit sehr gut (16 Punkte) bewertet.

Lernstrategien – Ein Wegweiser. Teil 1: Der Rahmen.

Dipl.-Jur. Victoria Fricke und Dipl.-Jur. Stefan Kaufhold

Victoria Fricke studierte Rechtswissenschaften an der Leibniz Universität Hannover und absolviert aktuell einen LL.M. an der McGill University in Montreal, Kanada. Sie hat ihr Studium im Juli 2022 erfolgreich abgeschlossen.

Stefan Kaufhold studierte Rechtswissenschaften an der Leibniz Universität Hannover und arbeitet als studentischer Mitarbeiter in der Restrukturierung bei Latham & Watkins LLP in Hamburg. Er hat sein Studium im Februar 2022 erfolgreich abgeschlossen.

I. Einleitung

Ob im ersten Semester oder in der Großen Übung, der Examensvorbereitung oder im Referendariat; lernen müssen Jurist:innen eine Menge. Während es anfangs noch ungewohnt erscheint, mehr als zwei Tage vor den Klausuren mit dem Lernen anzufangen, zeigt sich spätestens in der Examensvorbereitung, dass Lernen durchaus eine Wissenschaft für sich ist. Der stete Kampf um das Verstehen und gegen das Vergessen soll ja schließlich gewonnen werden. Dass jede:r anders lernt, ist dabei ganz selbstverständlich; ein Geheimrezept gibt es nicht. Und doch können gewisse Methoden allen Studierenden einen Mehrwert bieten.

Diese zweiteilige Reihe soll einige erprobte Methoden darstellen und ein *Buffet* an Möglichkeiten aufzeigen, die jede:r für sich ausprobieren und selbstständig evaluieren kann. Der erste Teil stellt dabei generelle Grundsätze des Lernens in den Fokus, während sich der zweite Teil auf die spezifische Erarbeitung und Wiederholung des Stoffes konzentriert.

II. Die vier Phasen des Lernens

Um das Beste aus der Lernzeit herauszuholen, ist es sinnvoll, sich der vier Phasen des Lernens nach *Joseph O'Connor* und *John Seymour*¹ bewusst zu sein. In diesen lässt sich der Prozess des Lernens gut abbilden.

Die erste Phase ist die der unbewussten Inkompetenz. Man weiß (in einem bestimmten Thema) noch nichts, ist sich dem Ausmaß der eigenen, auf das neue Thema bezogenen Inkompetenz allerdings noch nicht bewusst – schlicht, weil man noch nicht überblickt, was man eigentlich können müsste. So fühlt man sich in der Regel ganz zu Beginn eines Semesters, bevor man die Übersicht der Vorlesung gesehen hat oder das Inhaltsverzeichnis eines Lehrbuchs aufgeschlagen hat. Um dieser Phase zu entfliehen, erarbeitet man, was zu können ist, um zu realisieren, was man im

Folgenden lernen möchte.

Auf diese Phase folgt die Phase der bewussten Inkompetenz. Nach der Lektüre des Vorlesungsplans oder nach der Planungsphase der Examensvorbereitung weiß man, was man alles noch nicht kann und muss *nur noch* mit dem Lernen anfangen.

Mit dem Lernen kommt dann – manchmal früher, manchmal später – die Phase der bewussten Kompetenz. Die bewusste Kompetenz beschreibt den Zustand, in dem man Dinge schon kann, aber noch viel Energie braucht, um sie wiederzugeben. Man muss noch einiges Recherchieren und viel Nachdenken, ehe man zum Beispiel ein solides Gutachten aufs Papier bringt.

Nach dem Lernen und vor allem dem häufigen Wiederholen kommt man irgendwann in die Phase der unbewussten Kompetenz. In dieser Phase muss man über die Inhalte gar nicht mehr nachdenken, sondern kann sie fast automatisch wiedergeben. Die Lerninhalte haben sich durch stetes Wiederholen, Abfragen und Fallbearbeitung im Langzeitgedächtnis gefestigt. Fragt man eine:n Examenskandidat:in nach dem zivilrechtlichen Anspruchsaufbau, wird er:sie diesen ohne Nachzudenken aus dem *Effeff* wiedergeben können. Dieser Zustand ist sicherlich das Ziel, jedoch ist es bei der Stoffmenge unrealistisch, ihn für wirklich alle Inhalte zu erreichen. Die Grundlagen hingegen sollten in die Phase der unbewussten Kompetenz getrieben werden.

III. Der „Mythos“ der Lerntypen

Bevor in die Ausführungen zu Lernmethoden eingestiegen wird, wollen wir uns in einem kurzen Exkurs dem Thema der Lerntypen widmen. Pädagogen, Trainer und Coaches beziehen sich seit langem auf die Lerntypentheorie des deutschen Systemforschers *Frederic Vester*. In seinem Bestseller „Denken, Lernen, Vergessen“ postulierte Vester, dass Menschen Wissen auf unterschiedliche Weise und

¹ O'Connor/Seymour, *Neurolinguistisches Programmieren: Gelungene Kommunikation und persönliche Entfaltung* (1992), S. 32 ff.

über unterschiedliche Kanäle aufnehmen.² In diesem Zusammenhang unterscheidet Vester zwischen visuellen, auditiven, taktilen und intellektuellen Lerntypen.³

Diese Einteilung Vesters sollte jedoch maximal als grobe Orientierung bei der Suche nach den persönlichen Lernmethoden dienen. Kontraproduktiv ist es, wenn man die unterschiedlichen Lerntypen als Ausrede verwendet. Ein beliebtes Beispiel, von dem wohl viele schon gehört haben, ist die Aussage, dass der Besuch von Vorlesungen keinen Mehrwert mit sich brächte, weil man kein auditiver Lerntyp sei. Der Grad ist schmal, doch sollte man zumindest einmal ausprobieren, sich in Vorlesungen aktiv zu beteiligen oder die Folien mitzuverfolgen, denn so werden auch die visuelle und die taktile Seite des Lernprozesses angesprochen. Durch entsprechende Vor- und Nachbereitung, ohne Handy oder sonstige Ablenkung – und z.B. der aktiven Mitarbeit mit Fragen und Wortbeiträgen – ist die Vorlesungserfahrung eine ganz andere als durch ein bloßes Sich-Berieseln-Lassen. Hier gilt es schlicht, auszuprobieren, ob es tatsächlich an dem Format der Vorlesung liegt oder vielleicht doch eher an dem eigenen Umgang mit dieser. Nur, wenn auch das nicht erfolversprechend erscheint, ist es sinnvoller, anderweitig mit dem Stoff umzugehen.

IV. Phasen im Lernprozess

Bevor man sich die Frage stellt, welche Lernmethode auf dem schnellsten und effektivsten Weg ans Ziel – den erfolgreichen Abschluss des Studiums – führt, sollte man sich vor Augen halten, wie die eigenen Phasen im Lernprozess strukturiert werden können.⁴ Die Einteilung dieser Phasen sollte grundsätzlich an die eigenen Bedürfnisse und Gegebenheiten angepasst werden. Es hat sich allerdings folgende Untergliederung angeboten:⁵

Die Vorbereitungsphase

Die Vorbereitungsphase wirkt im ersten Moment etwas losgelöst vom eigentlichen Lernen. Sie dient dazu, sich einen Überblick darüber zu verschaffen, welche Inhalte gelernt werden sollen, mit welchen Materialien man arbei-

ten will und kann, und welcher Zeitrahmen zur Verfügung steht. Um auf die vier Phasen des Lernens zurückzukommen, sollte die Vorbereitungsphase den Übergang von der unbewussten zur bewussten Inkompetenz herstellen. Wesentlicher Bestandteil dieser Phase ist die Erstellung eines (jedenfalls groben) Lernplans.⁶

Die Erarbeitungs- und Wiederholungsphase

Diese Phase widmet sich einer ersten Annäherung ans Thema. Mit Hilfe der präferierten Lernmaterialien gilt es, sich den zu erlernenden Inhalt ein erstes Mal zu erschließen und diese vom Zustand der bewussten Inkompetenz in die bewusste Kompetenz zu übertragen. In diesem ersten Schritt sollte sich in der Erarbeitung auf die wesentlichen Grundlagen beschränkt werden. Aufgrund der später noch näher ausgeführten Relevanz der Wiederholung sollte bildlich gesprochen mit dem zweiten Tag auch schon mit der Wiederholung dieser Grundlagen begonnen werden.

Die Wiederholungs- und Anwendungsphase

Nachdem der Inhalt grundlegend erarbeitet wurde, gilt es in der nächsten Phase, das erlernte Wissen einerseits abstrakt zu wiederholen und so in den Zustand der unbewussten Kompetenz zu übertragen, sowie andererseits die Anwendung am Fall zu trainieren. Die Anwendung spielt eine umso wichtigere Rolle, da es letztlich die Arbeit im Examen widerspiegelt und die beste Art der Vorbereitung darstellt.⁷

Die Regenerationsphase

Zuletzt sollte sich vor den jeweiligen Klausuren jedoch auch noch eine kurze Phase der Regeneration genommen werden. Diese bietet dem Körper die Gelegenheit, den erlernten Stoff sacken zu lassen und die Leistung aufs Papier bringen zu können.

V. Wiederholung

Aufgrund der besonderen Relevanz wollen wir der Wiederholung noch etwas mehr Aufmerksamkeit widmen. Diese wird deutlich, wenn man sich das Ziel des Lernens noch einmal vor Augen führt: Runtergebrochen kommt es dar-

² Vester, Denken, Lernen, Vergessen, München 1998.

³ Die unterschiedlichen Kanäle der Lerntypen können dabei dem Namen dieser abgeleitet werden: Visuelle Lerntypen können den Stoff am besten mittels bildbasierter Medien und Structure Charts rezipieren. Der auditive Lerntyp muss den Stoff hingegen hören, um ihn abspeichern zu können. Für den taktilen Lerntyp gilt das Motto *Learning by doing*. So muss er Dinge handhabbar machen, um sie aufnehmen zu können. Dem intellektuellen Lerntypen hingegen nutzt der kritische Diskurs mit anderen oder sich selbst am ehesten.

⁴ Armbruster/Deppner/Feihle/Germershausen/Lehnert/Röhner/Wapler, Examen ohne Repetitorium – Leitfaden für eine selbstbestimmte und erfolgreiche Examensvorbereitung, S. 24 ff.; Sanders/Dauner-Lieb, Recht Aktiv – erfolgreich durch das Examen, S. 33 ff.; ter Haar/Lutz/Wiedenfels, Prädikatsexamen – Der selbstständige Weg zum erfolgreichen Examen, S. 38 ff.; Lange, Jurastudium erfolgreich, S. 149 f. m.w.N.

⁵ Für vertiefte Ausführungen zu den einzelnen Lernphasen vgl. Fricke/Kaufhold, Lernplan für die Examensvorbereitung – Ein Wegweiser, HanLR 2021, 201.

⁶ Für vertiefte Ausführungen zur Lernplanerstellung vgl. Fricke/Kaufhold (Fn. 5), aaO.

⁷ Vgl. Ausführungen zur Wiederholung unter V.

auf an, am Ende eine erfolgreiche⁸ Klausur zu schreiben – sei dies während des Grund- oder Hauptstudiums, der Übungen für Fortgeschrittene oder im Zuge des schriftlichen Teils des ersten oder zweiten Examens. Demnach gilt es, zu hinterfragen, was die Anforderungen sind, die an eine erfolgreiche Klausurbearbeitung gestellt werden und wie man diesen Anforderungen gerecht werden kann. Eine erste Annäherung zur Beantwortung dieser Frage bildet § 2 Abs. 1 S. 3 NJAG.⁹ Demnach dient die erste Prüfung „der Feststellung, ob der Prüfling das Recht mit Verständnis erfassen und anwenden kann [...] und damit für den juristischen Vorbereitungsdienst fachlich geeignet ist.“ Der entscheidende Abschnitt betrifft insofern die Anforderung, das Recht mit Verständnis erfassen und anwenden zu können. Es kommt gerade nicht darauf an, jede Meinungsverschiedenheit auswendig aufs Papier bringen zu können, sondern vielmehr geht es darum, mit Hilfe der Grundlagen¹⁰ eines jeden Rechtsgebiets den gegenständlichen Sachverhalt einer vertretbaren Lösung zuführen zu können. Wenn man dieses Anforderungsverständnis zu Grunde legt, sind es gerade die Grundlagen, die darüber entscheiden, ob eine Klausur mit einem *ausreichend* oder einem *mangelhaft* bewertet wird.¹¹

Allerdings führt eine stete Wiederholung unweigerlich dazu, dass die tägliche Zeit, die für die Wiederholung investiert werden muss, mit dem Lernfortschritt exponentiell ansteigt. Um diesen „Kampf gegen das Vergessen“ erfolgreich bestreiten zu können und dennoch ausreichend Zeit für die Erarbeitung neuer Themenkomplexe zur Verfügung zu haben, muss untersucht werden, welche Inhalte primär wiederholt werden sollten, um einen guten Ausgleich zwischen einem breiten Langzeitwissen und einer zu bewältigenden täglichen Wiederholungsmenge zu erhalten. In diesem Zusammenhang kann auf das oben genannte verwiesen werden. Mit Grundlagenwissen besteht man Klausuren, wohingegen Detailwissen *nur* insoweit relevant ist, als man darauf abzielt, in die oberen Punktereignisse vorzustoßen. Ziel sollte es stets sein, ersteres zu festigen und das Detailwissen – je nach Kapazität und eigenem Anspruch – *on top* zu erlangen.

Erst wenn das Fundament – mit Hilfe der eigenen Lern-

methoden – für eine Wiederholung der Grundlagen gelegt ist, sollte in der Erarbeitungsphase zum nächsten Themenkomplex gewechselt werden.¹² Auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass in dem zweiten Zyklus der Vertiefung das Grundlagenwissen bereits wiederholt werden konnte und keine Zeit darauf verwendet werden muss, die Voraussetzungen für eine Wiederholbarkeit der Grundlagen während dieser Phase zu „opfern“. Aufgrund des angesprochenen „Kampfes gegen das Vergessen“ bietet Wissen, das nicht mindestens bis zu den Klausuren gespeichert werden kann, kaum Mehrwert und stellt demnach eher eine Zeitverschwendung dar, welche es zu vermeiden gilt.

V. Gehirngerecht lernen

Damit sich der Lernaufwand auch lohnt und gleichzeitig minimal gehalten werden kann, bietet es sich an, dem Gehirn die Inhalte so aufzubereiten, dass es damit bestmöglich verfahren kann. Es kommt vor allem darauf an, den Lernprozess so zu gestalten, dass sich die Lerninhalte bestmöglich im Gehirn festsetzen. Bezüglich des gehirngerechten Lernens kann man alle Lernmethoden um folgende allgemeingültige Hinweise ergänzen:

Unser Gehirn reagiert auf positive Reize und Belohnungen.¹³ Dieser Umstand sollte sich zunutze gemacht und während des Lernalltags berücksichtigt werden. So kann ein solches gehirngerechtes Belohnungssystem wie folgt aussehen: Zwei Stunden Lerngruppe, eine halbe Stunde im Lieblingsbuch schmökern. Vier Stunden Bib, ein Eis in der Stadt. Eine Woche voller Vorlesungen, einen Ausflug am Wochenende.¹⁴ Ganz nebenbei haben diese kleinen Belohnungen den Vorteil, dass man motiviert bleibt, den aufgestellten Plan durchzuziehen.

Indem man sich den Lernstoff in viele kleine Häppchen einteilt, schlägt man gleich mehrere Fliegen mit einer Klappe. Zum einen ist der Stoff besser greifbar, weil man sich nur auf einen kleinen Teil auf einmal konzentrieren muss. Dies führt dazu, dass man schnellere Erfolgserlebnisse hat, die einen wiederum motivieren. Zum anderen wird dadurch die Schwelle, überhaupt mit dem Lernen zu beginnen, verringert, weil die geplante Aufgabe schneller und leichter zu erledigen ist.

⁸ Natürlich ist die Definition einer „erfolgreichen“ Klausur höchst individuell, allerdings können die weiteren Ausführungen für die unterschiedlichen Anforderungen entsprechend fruchtbar gemacht werden.

⁹ Für Niedersachsen – derartige gesetzliche Anknüpfungspunkte finden sich auch in den Ausbildungsgesetzen der anderen Länder.

¹⁰ Wie genau die Grundlagen der Rechtsgebiete ausgemacht werden können, wird im zweiten Teil dieser Aufsatzreihe vertieft.

¹¹ Diese Überlegungen können auch mit Hilfe des *Pareto-Prinzips* verdeutlicht werden: Vereinfacht ausgedrückt umfassen die Grundlagen etwa 20% des zu erlernenden Stoffs, machen allerdings 80% der Bewertung einer Klausur aus. Die Meinungsverschiedenheiten und besonderen Klausurkonstellationen machen hingegen 80% des Stoffes aus, während sie *nur* für die letzten 20% der Bewertung ausschlaggebend sind.

¹² Sollte beispielsweise mit Karteikarten gelernt werden, so sollte erst dann in ein neues Rechtsgebiet gewechselt werden, wenn die Karteikarten zu den Grundlagen des erarbeiteten Rechtsgebiets erstellt wurden. Gleiches gilt für die Arbeit mit Skripten oder anderen Erarbeitungsmethoden.

¹³ Lau, Wie lernen funktioniert, UGBforum 58 (60).

¹⁴ Wie die Belohnungen konkret ausgestaltet werden, ist natürlich von den eigenen Hobbys und Präferenzen abhängig.

Diese Schwelle ist häufig die größte Hürde. Sobald man einmal begonnen hat und sich ein gewisser *Workflow* eingestellt hat, läuft es häufig *fast* wie von selbst. Um diese Hürde zu überwinden, hilft es, Gewohnheiten zu etablieren. Hierbei bedarf es sicherlich einer gewissen Disziplin, aber wenn man es geschafft hat, eine Gewohnheit zu etablieren, ist es fast schwieriger, sich einmal nicht daran zu halten. Die Gewohnheiten können verschieden aussehen. Zunächst können sie auf den Lernzeitpunkt bezogen sein. Beispielsweise beginnt man seinen Tag mit einem Frühstück und setzt sich danach direkt erst einmal für eine Stunde an den Schreibtisch und rekapituliert das Gelernte vom Vortag, visualisiert sich seine Ziele für den aktuellen Tag und macht sich dann einen Kaffee. Danach startet man mit dem eigentlichen Lernen. Oder man wiederholt abends vor dem Zähneputzen noch Karteikarten. Zum anderen können sich Gewohnheiten aber auch auf den Ablauf einer Lerneinheit beziehen. Beispielsweise könnte man zu Beginn einer Lerneinheit zunächst einen Blick in die jeweiligen Gesetzesnormen werfen und anschließend einen kleinen Fall zu dem Themengebiet bearbeiten, um den Einstieg in das Thema zu erleichtern. Oder man könnte sich zu Beginn Fragen aufschreiben, die man in der Lerneinheit gerne klären möchte. Abschließen könnte man die Lerneinheit mit der Beantwortung der anfangs gestellten Fragen oder der Visualisierung des Gelernten in einer Mindmap.

Wie auch immer die Gewohnheiten aussehen mögen, in jedem Fall verhindern sie, dass man zwar lernen möchte, aber letztlich vor einem leeren Blatt sitzt und nicht weiß, wie man beginnen soll. Neben den Routinen wird dieser Effekt auch durch eine umfangreiche Planung unterstützt. Je detaillierter der eigene Lernplan im Zuge der Vorbereitungsphase ausgestaltet wurde, desto weniger Gedanken muss man sich darüber machen, was an dem jeweiligen Tag erlernt, wiederholt oder angewandt werden soll. Die Zeit und Energie, die man dadurch spart, wiegt die zunächst verloren geglaubte Zeit während der Lernplanerstellung bei weitem wieder auf.

Eine weitere Gewohnheit könnte sein, dass man vor Lernbeginn stets sein Handy im Spind der Bib einschließt oder zuhause in einen anderen Raum legt. Denn wenn wir ehrlich sind, kennen wir alle das Problem der Ablenkung. Hier die Nachricht, ob man sich zum Mittagessen in der Mensa treffen möchte, da eine E-Mail und hat man überhaupt schon ein Foto gemacht?

Aber auch sollte man sich vor lauter Motivation gar nicht

mehr halten können, mit dem Lernen fortzufahren, ist und bleibt es wichtig, Pausen einzulegen. Seien es die 5-Minuten-Füße-vertreten-Pausen oder eine solide Mittagspause – der Körper braucht die Zeit der Entspannung. Danach kann es dann häufig mit neuer Energie – oder dem allseits bekannten Mittagstief – weitergehen.

VI. Strategischer Monolog¹⁵

Wie bereits angesprochen, gibt es nicht die eine Lernstrategie, die für jede:n funktioniert und die erhofften Erfolge mit sich bringt. Umso wichtiger ist es, für sich eine effiziente Methode zu finden, die einem dabei hilft, die Herausforderungen des Studiums zu bewältigen.

Allerdings stellt sich die Frage, wie man diese Methode für sich zwischen all den Möglichkeiten und Angeboten findet. Die Antwort liegt nahezu auf der Hand und baut auf einem altbewährten Sprichwort auf: „*Probieren geht über Studieren*“.

Aufgrund der Unterschiedlichkeit der lernmethodischen Vorlieben, sollte man diverse Lernmethoden ausprobieren und für sich evaluieren, inwiefern diese dazu geeignet sind, das eigene Lernen zu bereichern.

In diesem Zusammenhang hat es sich für mich (SK) bewährt, mir jede Woche bewusst eine neue Lernmethode vorzunehmen und mit Hilfe dieser an zwei bis drei Tagen je eine Stunde zu lernen. Dafür ist es essenziell, sich im Vorfeld die Zeit zu nehmen, um die jeweilige Lernmethode zu verstehen und sich ihre Stärken und Schwächen zunächst abstrakt vor Augen zu führen. Allerdings sollte den jeweiligen Methoden auch mindestens dieser Zeitrahmen zur Verfügung gestellt werden. Nichts ist ärgerlicher, als eine grundsätzlich gute Lernmethode zu früh aufzugeben. Der zweite und fast noch wichtigere Schritt besteht darin, die jeweiligen Lernmethoden auch nachträglich und unter den eigenen Anforderungen zu bewerten. An diesem Punkt kommt der „strategische Monolog“ ins Spiel. Dieser bietet durch eine regelmäßige (alle zwei Wochen) Evaluation der angewandten, neuen Lernmethoden die Möglichkeit, mit der Zeit die **für einen selbst** bestmöglichen Routinen für das eigene Lernen zu etablieren und dieses mit Hilfe effizienter Lernmethoden auf das nächste Level zu heben. Durch diese Vorgehensweise ist der Erfolg auf lange Sicht fast deutlich wahrscheinlicher.

VII. Grundsätzliches

Was eigentlich selbstverständlich erscheint, wird im Eifer des Studiums gerne unterschätzt. Deshalb möchten wir

¹⁵ Leicht abgewandelt nach v. Feld, Die Zehn Gebote eines erfolgreichen Jura-Studiums.

auch noch an ein paar Grundsätzlichkeiten des Lernens erinnern: Wer sich wohl fühlt, lernt besser. Das bedeutet nicht, dass man (immer) im Bett lernen sollte. Wenn einem jedoch die Atmosphäre in der Bibliothek durchweg nicht guttut, kann man darüber nachdenken, ob man lieber zuhause lernt – oder vielleicht mal in einem Café oder gar draußen im Park. Die Rotation zwischen Schreibtisch, Bib und Café kann dabei genauso hilfreich sein wie die Routine eines festen Lernplatzes. Hier gilt wie so oft, erlaubt ist, was gefällt, und vor allem was einen persönlich weiterbringt. Zum Wohlfühlen gehört für viele auch, dass der Arbeitsplatz aufgeräumt ist. Dies hat den Vorteil, dass man zum einen stets das findet, was man benötigt, und zum anderen nicht während des Lernens auf den Gedanken gebracht wird, man könne ja jetzt mal aufräumen. Nicht zuletzt ist wohl aber das wichtigste, einfach anzufangen – besser werden kann man im Lernen nach und nach. Wer jedoch gar nicht erst anfängt, dem helfen die besten Lernstrategien nicht.

VIII. Fazit

Erfolgreiches Lernen im Sinne des neurolinguistischen Programmierens wird durch drei Faktoren definiert: Zunächst formuliert man seine Vorstellung als Ziel; auf dem Weg des Lernens sollte man aber wachsam sein und Sinnesschärfe für den Prozess behalten. Schließlich ist man so flexibel, seine Methode so oft zu verändern, bis man das Ziel erreicht.¹⁶ Den Blick für diese drei Schritte – Ziel, Sinnesschärfe und Flexibilität – möchten wir als Anregung für den weiteren Lernprozess, egal ob im ersten Semester oder im Referendariat, mitgeben. Denn die Worte „man lernt nie aus“ kennen wir alle – und gerade in unserem Metier sind sie wohl unerlässlich.

¹⁶ O'Connor/Seymour, Neurolinguistisches Programmieren: Gelungene Kommunikation und persönliche Entfaltung, S. 34.



HANOVER LAW REVIEW