

HANOVER LAW REVIEW

ISSN: 2568-6550

Editorial	Die Redaktion	Ein Plädoyer für ehrenamtliches Engagement
Lernbeitrag	Michelle Faber	Haus des Raubes
Entscheidungen	Anna-Lena Leiker	Kein guter Glaube nachts an der Tankstelle – OLG Oldenburg 9 U 52/22
	Anna Lange	Geburtsbeginn beim Kaiserschnitt – BGH 5 StR 256/20
	Patrick Semrau	Äußerung der Kanzlerin auf Auslandsreise – BVerfG 2 BvE 4/20, 2 BvE 5/20
Studienpraxis & Fallbearbeitung	Simon Weber	Proseminararbeit „Künstliche Intelligenz und Corporate Governance: Zur digitalisierten Unternehmensführung“, 14 Punkte
	Pierre Watermann	Proseminararbeit im Medizinrecht, 12 Punkte
	Marvin Ehrenpfort	Klausur im Grundkurs Strafrecht III, 16 Punkte
	Nina Zarth	Hausarbeit im Grundkurs BGB III/IV, 15 Punkte
Varia	Long Bui	Der lange Weg des Jurastudiums – Mut zu einem eigenen Weg und motiviert studieren

Seiten 114 bis 119

Kurz & Knapp
Mit aktueller Rechtsprechungsübersicht zu allen drei Rechtsgebieten!



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, 2 Han LR 2023, Anfangsseite (Fundstellenseite)

europäisch:
Autor, Han LR 2023, Anfangsseite (Fundstellenseite)

KONZEPT, SATZ & DESIGN

Dr. Tim Brockmann
Aron Rössig
Nils Grimmig

KONTAKT

redaktion@hanoverlawreview.de

REDAKTION

Schriftleitung
Aron Rössig
Nils Grimmig
Hanover Law Review e.V.
Königsworther Platz 1
30167 Hannover
Postfach 32

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Redaktion:

Anika Brämer, Anna Bredemeier, Anna Engel (Redaktionsleitung Strafrecht), Anna Lange, Anna Oleszewski, Anna-Lena Leiker, Benjamin-Karim Tebbe, Celina Weddige, Clara Kittelmann, Dean Weigel, Dominik Stanislavchuk, Emilia Debertin, Henrik Wichmann (Redaktionsleitung Öffentliches Recht), Jasmin Wulf (Redaktionsleitung Öffentliches Recht), Johanna Lange, Jolanda Fiss, Julia Brandt (Redaktionsleitung Zivilrecht), Kevin Riebe, Kevin Schmolowski, Laura Schlunk, Lenn von Hörsten, Lukas Müller, Marie-Christin Runkel (Redaktionsleitung Zivilrecht), Niklas Alexander Hüneburg, Nina Zarth, Morris Lennard Timme, Patrick Semrau, Pierre Maurice Watermann, Raja Mudrak, Roman-Hendrik Wilms, Sarah Lampe, Simon Weber, Sophia Mustafoska, Tim Nix, Yael Prantl.

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. Hermann Butzer,
Prof. Dr. Jan Eichelberger, LL.M.oec.,
Dr. Nassim Eslami,
RA David Faber, LL.M.,
Dr. Sven Hasenstab,
Dr. Thomas Keß,
Prof. Dr. Stephan Meder,
PD Dr. Erol Pohlreich,
Prof. Dr. Timo Rademacher, M.Jur.,
Prof. Dr. Volker Wiese, LL.M. (McGill),
Prof. Dr. Christian Wolf,
Prof. Dr. Sascha Ziemann,
Kanzlei Pfeiffer • von der Heyde,
KSB INTAX v. Bismarck PartGmbH und
Schweitzer Fachinformationen oHG

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.

Ein Plädoyer für ehrenamtliches Engagement

Mittlerweile ist die Gründung unserer Hanover Law Review schon über fünf Jahre her und seit der Erstausgabe im März 2018 erscheint nun bereits das 22. Heft. Im Vordergrund stand als ehrenamtliche – und damit für Euch von Beginn an kostenlose – Rechtszeitschrift immer das Bereitstellen von Beiträgen, die Euch bei Eurer juristischen Ausbildung ein Stück weiterhelfen können. Egal, ob es sich dabei um Aufsätze zu interessanten Klausurthemen, Entscheidungsbesprechungen zu spannenden aktuellen und examensrelevanten Entscheidungen oder auch um Varia-Beiträge handelt, die Euch einen Blick über den Tellerrand hinaus ermöglichen. Vom Grundstudium bis zur Examensvorbereitung oder sogar im Referendariat haben wir Euch damit in den unterschiedlichsten Abschnitten des Studiums erreicht. Als roter Faden durch all unsere Ausgaben hat sich immer wieder die Kernbotschaft gezogen, sich im juristischen Dschungel mit all den Möglichkeiten auszutoben.¹ Viele der publizierten Beiträge wollten dabei hauptsächlich vermitteln, dass man als guter angehender Jurist oder angehende Juristin neben dem materiellen juristischen Wissen auch in vielen anderen Bereichen versuchen sollte, sich weiterzubilden. Daher möchten wir diesen wichtigen Aspekt im Folgenden noch einmal näher beleuchten. Man kann eben nicht allein durch ständiges Lernen in der Bibliothek all die Kenntnisse und Fähigkeiten entwickeln, die für den späteren beruflichen Werdegang unerlässlich sind. Allein die guten materiell-rechtlichen Kenntnisse können einen zwar vielleicht zu einer guten Subsumtionsmaschine machen, indes fehlt es aber an weiteren wichtigen Kernkompetenzen, die von elementarer Bedeutung im Umgang mit den späteren Arbeitskollegen und Arbeitskolleginnen sind. Dies wurde auch von Arbeitgeberseite erkannt, so dass Ehrenämter als wichtiger Hebel für den Berufseinstieg zu bewerten sind. Neben fachlichen Qualitäten sind als Grundlage für eine konstruktive Teamarbeit auch die – oft schon inflationär als „Soft Skills“ bezeichneten – persönlichen Fähigkeiten, Charakterzüge, Verhaltensweisen, Einstellungen und Eigenschaften von Bedeutung. Wenn man nicht mit seinen Mitmenschen richtig umzugehen weiß, können die besten Studierenden ihre inhaltlichen

Fähigkeiten nicht richtig zur Anwendung bringen. Es bedarf Empathie und Mitgefühl. Dies sind Eigenschaften, die in einer leider oftmals verzerrten Außenwahrnehmung „den“ Juristen und Juristinnen abgesprochen werden.

Aber welche Möglichkeiten gibt es – abseits vom Pflichtstoff – sich weiterzuentwickeln und als reifer Student oder reife Studentin später einmal ins Berufsleben einzutauschen? Hier möchten wir mit besonderem Nachdruck für die Bekleidung eines oder gleich mehrerer Ehrenämter werben.

Wie wäre es zum Beispiel, wenn sich ehrenamtliches Engagement mit der Juristerei kombinieren ließe? Es gibt wohl kaum einen Studiengang, in dem man sich derart vielgestaltig mittels Ehrenämtern in der eigenen Fachdisziplin engagieren kann, wie im Studium der Rechtswissenschaften. Hier gibt es jede Menge Möglichkeiten, die uns persönlich damals zu Beginn des ersten Semesters im Rahmen der zahlreichen Infoveranstaltungen noch sehr überfordert haben. Es war für uns anfangs sehr schwer, den Überblick zu behalten, was aber ein Luxusproblem sein dürfte. Es ist natürlich erfreulich, dass einem so viele Möglichkeiten geboten werden, sich zu engagieren.

So gibt es z.B. an unserer Leibniz Universität Hannover die Möglichkeit, sich in der Fachschaft Jura zu engagieren oder als ehrenamtlicher Mentor oder Mentorin bei JurMent² für Zweitsemester die bereits gesammelten Erfahrungen zum Besten zu geben und für jegliche Fragen rund um das Studium ansprechbar zu sein. Ferner kann man bereits rechtsberatend tätig werden und bei der Refugee Law Clinic³ oder im Rahmen der Legal Clinic anderen Menschen bei ihren Rechtsproblemen Abhilfe leisten. Dies baut nicht nur Eure kommunikativen Fähigkeiten aus, sondern bietet zudem die im Jurastudium viel zu selten vorhandene Möglichkeit, bereits praktische Erfahrungen zu sammeln. Zudem kannst Du Dich in juristischen Vereinen wie bei ELSA-Deutschland e.V.⁴, InterAct Law e.V.⁵, Janus e.V.⁶ oder natürlich auch bei unserem Hanover Law Review

¹ Siehe beispielsweise die Ausführungen von Glatz/Künnen, Engagement neben dem Studium, HanLR 2/2019, S. 171ff.

² Zu diesem Projekt Nussbaum/Suchow, JurMent – oder: Wir gründen, was uns fehlt., HanLR 3/2018, S. 271f.

³ Eingehend Ordina, Refugee Law Clinic e.V, HanLR 3/2018, S. 273f.

⁴ Vorstellung von Palm/Wüstenberg, HanLR 2/2018, S. 172ff.

⁵ Siehe zu diesem Verein Köhne, InterActLaw: Du stehst im Mittelpunkt, HanLR 2/2020, S. 158f.

⁶ Hierzu Amin, Janus e.V., HanLR 2/2018, S. 163ff.

e.V. engagieren. Natürlich gibt es noch zahlreiche weitere Ehrenämter an der Universität, die jedoch nicht alle abschließend aufgeführt werden können.

Wir möchten an dieser Stelle keinen langen Werbeblock für die Hanover Law Review machen, deshalb halten wir es kurz. Eine Mitarbeit in unserer Zeitschrift bietet die Möglichkeit, bereits im Studium und abseits von Hausarbeiten wissenschaftlich zu arbeiten. Dies kann Dir im Hinblick auf die Schwerpunktarbeit oder beim Wunsch, später einmal zu promovieren bereits früh die nötigen Fähigkeiten zum präzisen Formulieren, zu sorgfältiger sowie genauer Arbeit geben und die Kompetenz, komplexe juristische Konzepte zu verstehen und zu analysieren schulen. Dadurch entwickeln und verbessern sich wichtige Fähigkeiten wie kritisches Denken, Problemlösung, Teamarbeit und Zeitmanagement. Nicht nur bezüglich aktueller Rechtsprechung bleibst Du auf dem Laufenden, sondern es besteht zudem die Möglichkeit, bereits früh im Studium schon Veröffentlichungen zu verzeichnen.

Selbstverständlich nehmen Ehrenämter aber auch etwas Zeit in Anspruch. Viele Studierende haben schon genug mit dem Studium an sich zu tun, wollen in Ihrer Freizeit noch Ihren Hobbys nachgehen und Zeit mit der Familie und Freunden verbringen oder müssen sich leider das Studium mittels eines Nebenjobs finanzieren. Es ist vor diesem Hintergrund klar, dass die Prioritäten zuvorderst in anderen Bereichen liegen. Viele Ehrenämter sind jedoch gut mit den o.g. „Zeitfressern“ zu vereinbaren und lassen sich, je nach Lebenslage und Beanspruchung im Studium, flexibel auf wenige Stunden im Monat runterbrechen. Und es lohnt sich! Abseits davon, dass sich Ehrenämter gut im Lebenslauf machen, bieten Ehrenämter – egal ob juristisch oder nicht – eine einzigartige Gelegenheit zur persönlichen Entwicklung. Du kannst neue Fähigkeiten erlernen und vorhandene Fähigkeiten verbessern, wie zum Beispiel Kommunikation, Teamarbeit, Führung und organisatorische Fähigkeiten. Ehrenämter können auch das Selbstvertrauen stärken und dazu beitragen, dass Du Dich persönlich und beruflich weiterentwickelst. Die Möglichkeit, anderen Menschen zu helfen und einen positiven Einfluss auf die Gemeinschaft zu haben, kann ein Gefühl von Sinnstiftung und Zufriedenheit vermitteln. Ehrenamtliche Arbeit gibt Dir die Möglichkeit, etwas Gutes zu tun und einen Beitrag zu leisten, was zu einem gesteigerten allgemeinen Wohlbefinden führen kann.

Auch bieten sie die Möglichkeit, neue Menschen kennenzulernen und Beziehungen aufzubauen. Du triffst auf Gleichgesinnte, die ähnliche Interessen und Werte haben, und man kann ein Netzwerk von Kontakten in verschiedenen Bereichen aufbauen. Durch Ehrenämter erhältst Du einen tieferen Einblick in die Bedürfnisse und Herausforderungen der Gemeinschaft. Du wirst ein besseres Verständnis für gesellschaftliche Themen und Probleme entwickeln und die Möglichkeit haben, aktiv an Lösungen mitzuwirken. Ehrenämter können auch dazu dienen, Deine beruflichen Interessen und Ziele zu erkunden. Indem Du Dich in verschiedenen Bereichen engagierst, kannst Du herausfinden, welche Tätigkeiten oder Themen Dich besonders interessieren und welche möglicherweise zu einer beruflichen Laufbahn passen könnten.

Selbstverständlich bleibt es jedem selbst überlassen, sich die Frage zu beantworten, ob man sich ehrenamtlich engagiert. Wir können nur dazu ermutigen und mit diesem Beitrag hoffentlich – wie so oft von der Hanover Law Review versucht – Deinen Horizont ein wenig erweitern und zum Nachdenken anregen.

Aron Rössig
im Namen der Redaktion

LERNBEITRAG

Dipl.-Jur. Michelle Faber Haus des Raubes Seiten 86 bis 94

ENTSCHEIDUNGEN

Dipl.-Jur. Anna-Lena Leiker Kein guter Glaube nachts an der Tankstelle Seiten 95 bis 99

Dipl.-Jur. Anna Lange Geburtsbeginn beim Kaiserschnitt Seiten 100 bis 105

stud. iur. Patrick Semrau Äußerung der Kanzlerin auf Auslandsreise Seiten 106 bis 112

KURZ & KNAPP

RA David Faber, LL.M. Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht – 2/2023 Seiten 114 bis 115

Prof. Dr. Hermann Butzer & Dipl.-Jur. Daniel Müller Rechtsprechungsübersicht Öffentliches Recht – 2/2023 Seiten 116 bis 117

Prof. Dr. Sascha Ziemann & stud. iur. Hannah Hölzen Rechtsprechungsübersicht Strafrecht – 2/2023 Seiten 118 bis 119

STUDIENPRAXIS & FALLBEARBEITUNG

stud. iur. Simon Weber Proseminararbeit „Künstliche Intelligenz und Corporate Governance: Zur digitalisierten Unternehmensführung“, 14 Punkte Seiten 122 bis 127

stud. iur. Pierre Watermann Proseminararbeit im Medizinrecht, 12 Punkte Seiten 128 bis 133

stud. iur. Marvin Ehrenfort Klausur im Grundkurs Strafrecht III, 16 Punkte Seiten 134 bis 138

stud. iur. Nina Zarth Hausarbeit im Grundkurs BGB III/IV, 15 Punkte Seiten 139 bis 153

VARIA

Long Bui, M. Iur. Der lange Weg des Jurastudiums – Mut zu einem eigenen Weg und motiviert studieren Seiten 154 bis 156

Haus des Raubes

Dipl.-Jur. Michelle Faber

Die Autorin ist ehemalige wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung und Rechtsphilosophie von Prof. Dr. Susanne Beck, LL.M. (LSE) an der Leibniz Universität Hannover.

Sachverhalt

Ein geheimnisvoller Mann, genannt der Professor, hat mit Hilfe von acht Spezialisten den größten Banküberfall in der Geschichte Spaniens begonnen. Unter externer Anweisung des Professors befinden sich die acht Spezialisten in der Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, in der Banknotendruckerei Spaniens (B-Bank), um eigene Geldscheine zu drucken. Zuvor hatte der Professor den Plan gemeinsam mit den Spezialistinnen und Spezialisten Monate lang geplant und ausgetüftelt. Um den ausgeklügelten Plan – elf Tage Zugriff auf die Gelddrucker zu erlangen – zu verwirklichen, infiltrieren die Spezialistinnen und Spezialisten die B-Bank. Da die Anlage stark überwacht und bereits nach kurzer Zeit von zahlreichen Polizisten und Polizistinnen umgeben ist, müssen die Spezialisten ihre wahren Absichten (Geld zu drucken) verbergen, um die Polizei im Dunkeln tappen zu lassen.

Nachdem bereits einige Tage vergangen sind, und der vom Professor ausgeklügelte Plan bisher reibungslos verläuft, ist die am Überfall Beteiligte Tokio (T) zunehmend genervt von dem aufmüppigen Verhalten des Bankers Arturo (A), der von den Tätern als Geisel in der Bank festgehalten wird. A gelingt es immer wieder, Streit zwischen den Beteiligten zu provozieren und diese zu verunsichern. Als A gegenüber T mal wieder eine aufsässige Bemerkung fallen lässt und die Liebe zwischen ihr und ihrem Freund Rio (R) in Frage stellt, platzt ihr der Kragen. Sie entdeckt die Essensgabel des A auf dem Boden. Dies bringt T auf die Idee, den A um seine geliebte Armbanduhr, die er von seiner Ex-Freundin Monica (M) bekommen hat, zu erleichtern. T weiß genau, dass die Armbanduhr das letzte Erinnerungsstück an As verflissene Liebe darstellt und ihm viel bedeutet. Um A ganz besonders zu demütigen, möchte T den A mit seiner eigenen Essensgabel durch Drohung dazu bewegen, die Armbanduhr an sie zu übergeben. Bei der Essensgabel handelt es sich um eine leicht biegsame, wenig widerstandsfähige Gabel. Um ihm richtig Angst zu machen, schleicht sie sich von hinten an A heran und drückt ihm die leicht biegsame Essensgabel in den oberen Rücken. Dann flüstert sie dem A in sein Ohr, dass sie ihn auf der Stelle erschießen würde, wenn er ihr nicht sofort die Uhr, die er an seinem Handgelenk trägt, übergibt; wobei T das Angedrohte weder verwirklichen will noch kann. Auch wollte T den A auf andere Weise nicht mit der Essensgabel verletzen. A, der noch wenige Sekunden zuvor vor Selbstbewusstsein strotzte, fürchtet um sein Leben und glaubt, T würde ihn sonst erbarmungslos erschießen. A übergibt mit zitternden Händen die Uhr, obwohl ihm bewusst ist, dass T ihn auch einfach hätte erschießen oder anderweitig an seine Uhr kommen können.

Strafbarkeit der T nach dem StGB?

Bearbeitungsvermerk:

Alle ggf. erforderlichen Strafanträge gelten als gestellt.

Die Planung und der Überfall auf die Bank Spaniens sowie der geplante Druck des Geldes aller Beteiligten ist nicht zu prüfen.

Zudem sind die §§ 123, 239, 239a und b, 240, 241 StGB nicht zu prüfen. Es ist nicht davon auszugehen, dass sich Waffen oder andere gefährliche Gegenstände in der Nähe des Tatortes befinden.

EINLEITUNG

Der Raub ist eines der beliebtesten und zugleich doch schwierigsten Themen in den Prüfungsklausuren. Das Verhältnis seiner Qualifikationen und dessen Aufbau sind in der juristischen Ausbildung, Prüfung und auch im Staatsexamen ein Dauerbrenner. Neben dem Klassiker – der Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung, der zu den TOP 10 des Strafrechts zählt – werden jedoch vermehrt auch die Qualifikationen, insbesondere die des § 250 Abs. 1 und Abs. 2 StGB abgefragt.

Wenn sich Gesetzgebung und Rechtsprechung bei der Auslegung des § 250 StGB noch nicht einmal einig sind und Auslegungsprobleme entstehen, wird es für die Verfasser einer Klausur umso schwieriger, einen strin- genden und sauberen Lösungsweg in der Klausur zu kreieren. Nicht ohne Grund hat sich Thomas Fischer in einer Rechtskolumne „Über die Schwierigkeit, einen Raub zu begehen“¹ mit diesem Thema ausführlich auseinandergesetzt. Die theoretischen und abstrakten Anmerkungen, die in dieser Kolumne sowie allgemein in Aufsätzen häufig zu finden sind, helfen – für sich genommen – jedoch nur bedingt, das Wissen einer gutachterlichen Lösung zuzuführen. Aus diesem Grund soll dieser Beitrag nicht zu den bereits vorhandenen theoretischen Aufsätzen hinzukommen. Vielmehr soll mit dem Beitrag gezeigt werden, wie mit den verschiedenen Urteilen der Rechtsprechung gutachterlich umzugehen ist und in welchem Verhältnis die Qualifikationen des § 250 StGB zueinander stehen. Hierfür werden die verschiedenen Urteile der Rechtsprechung zu § 250 StGB in einem fiktiven Fall² vereint und an entsprechender Stelle in der Fußnote belegt. Anstatt in der Einleitung auf die speziellen Probleme einzugehen, ist der Problemschwerpunkt an entsprechender Stelle mit einer Anmerkung versehen.

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB

T könnte sich wegen schweren Raubes gem. §§ 249 Abs. 1,

250 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem sie den A auffordert, die Armbanduhr an sie zu übergeben, während sie eine Gabel in den Rücken des A presste.

I. Tatbestand

Hierfür muss zunächst der Tatbestand erfüllt sein.

Anmerkung

Der Raub nach § 249 StGB ist ein sog. zweiaktiges Delikt. Er setzt sich aus einem Diebstahl nach § 242 StGB und einer qualifizierten Nötigung nach § 240 StGB zusammen. Fehlt nur eines der Merkmale, so liegt nur ein versuchter Raub bzw. ein vollendeter Diebstahl oder eine vollendete Nötigung vor.

1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand setzt voraus, dass T eine fremde, bewegliche Sache weggenommen hat.

a) Fremde, bewegliche Sache

Die Armbanduhr müsste eine fremde, bewegliche Sache sein. Bei der Armbanduhr handelt es sich um einen körperlichen Gegenstand nach § 90 BGB³, der nicht im Eigentum der T steht⁴ und fortgeschafft werden kann.⁵

b) Wegnahme

Zudem müsste T die Armbanduhr weggenommen haben. Dabei ist unter Wegnahme der Bruch fremden und die Begründung neuen – nicht notwendigerweise tätereigenen – Gewahrsams zu verstehen.⁶ Gewahrsam ist dabei die tatsächliche Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache, die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragen ist und dessen Reichweite von der Verkehrsauffassung bestimmt wird.⁷

A trug die Uhr unmittelbar an seinem Handgelenk. Zum Zeitpunkt des Vorfalls in der Bank hatte A die alleinige Sachherrschaft über die Armbanduhr, weshalb er zunächst Gewahrsam hatte.

Diesen Gewahrsam muss T gebrochen und sogleich neuen begründet haben.⁸ Gewahrsam wird gebrochen, wenn er

¹ Abrufbar unter: Fischer, https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-03/gesetzgebung-raub-strafgesetzbuch?utm_referrer=https%3A%2F%2Fmetager.de%2F (Abruf v. 15.04.2023).

² Der Fall wurde etwas abgewandelt als Teil der Abschlussklausur im GK III im Wintersemester 2021/2022 gestellt.

³ Schmitz in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 25; Wittig in: Beck'scher Online-Kommentar Strafgesetzbuch, 52. Ed. 2022, § 242 Rn. 4.

⁴ Schmitz in: MüKo (Fn. 3) § 242 Rn. 31; Wittig in: BeckOK (Fn. 3), § 242 Rn. 5.

⁵ Schmitz in: MüKo (Fn. 3), § 242 Rn. 45.

⁶ Schmitz in: MüKo (Fn. 3), § 242 Rn. 49; Wittig in: BeckOK (Fn. 3), § 242 Rn. 10.

⁷ Wittig in: BeckOK (Fn. 3), § 242 Rn. 4; ähnlich auch Schmitz in: MüKo (Fn. 3), § 242 Rn. 50ff.

⁸ Hierzu ausführlich Schmitz in: MüKo (Fn. 3), § 242 Rn. 83f.

ohne oder gegen den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers aufgehoben wird.⁹ Neuer Gewahrsam wird begründet, wenn der Täter die tatsächliche Sachherrschaft über die Sache derart ausüben kann, dass der neue Gewahrsamsinhaber die Sachherrschaft ungehindert durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben kann und dieser nicht mehr darüber verfügen kann, ohne die Verfügungsgewalt des neuen Gewahrsamsinhabers zu brechen.¹⁰

Die Herausgabe mittels der Drohung der T müsste einen Gewahrsamsbruch darstellen. Problematisch ist, dass T die tatsächliche Sachherrschaft selbst nicht aufgehoben hat, sondern vielmehr A, indem er der T die Armbanduhr übergeben hat. Eine Wegnahme setzt die Aufhebung fremden Gewahrsams gegen oder ohne den Willen des Berechtigten voraus.¹¹ Liegt eine (willensgesteuerte) Übergabe vor, könnte dies eine Wegnahme und damit einen Raub ausschließen. Entscheidend ist in diesen Konstellationen somit, ob bei einer äußerlichen Übergabe, wie sie hier durch A erfolgt ist, noch von einer Wegnahme i.S.d § 249 Abs. 1 StGB ausgegangen werden kann oder nicht vielmehr eine Weggabe und damit eine räuberische Erpressung nach §§ 253, 255 StGB vorliegt.

Anmerkung

Hier ist es wichtig, bereits den nachfolgenden Streit sauber einzuleiten. Abzustellen ist auf die Frage des Vorliegens einer Wegnahme (Raub) oder der Weggabe (räuberische Erpressung).

Unter dem Schlagwort der Abgrenzung firmieren eigentlich zwei verschiedene Problemschwerpunkte, die jedoch häufig in juristischen Ausarbeitungen nicht sauber getrennt werden. Zum einen geht es um die Frage der Abgrenzung von Wegnahme und Weggabe innerhalb des § 249 Abs. 1 StGB, die im Gutachten nun von dem Verfassenen erläutert werden sollte. Zum anderen geht es häufig bei dieser Problematik auch um die Frage des Erfordernisses einer Vermögensverfügung in § 253 Abs. 1 StGB.

Letzteres Problem stellt sich allerdings erst, wenn die gutachterliche Lösung zu dem Schluss kommt, dass es an einer Wegnahme fehlt und eine Weggabe vorliegt.

Dann sollte die Lösung im Rahmen des § 253 Abs. 1 StGB zum zweiten Problem, der Erforderlichkeit der Vermögensverfügung, kommen. Argumente für oder gegen eine solche Vermögensverfügung sollten jedoch bei der Abgrenzung von Raub und räuberische Erpressung im Rahmen des § 249 Abs. 1 StGB nicht genannt werden. Denn die Prüfung der Struktur des § 253 Abs. 1 StGB hat für die Abgrenzung von Wegnahme und Wegnahme keinerlei Relevanz. Empfehlenswert ist bei der Möglichkeit beider einschlägigen Delikte mit dem Raub nach § 249 Abs. 1 StGB zu beginnen. In diesem Fall sollte auf die Nennung des zweiten Problems in der Abgrenzung verzichtet werden, um „weitere Punkte zu sammeln“. Denn die Einordnung bleibt auch hier systemwidrig.

aa) Exklusivitätsverhältnis

Eine Ansicht sieht in dem Raub ein Fremdschädigungsdelikt und in der räuberischen Erpressung ein Selbstschädigungsdelikt.¹² Die Weggabe, die eine Selbstschädigung darstellt, unterscheidet sich nach dieser Ansicht von der Wegnahme als Fremdschädigung, womit Raub und räuberische Erpressung in einem Exklusivitätsverhältnis stehen.¹³ Ob eine Weggabe oder eine Wegnahme vorliegt, richtet sich nach der inneren Willensrichtung des Opfers.¹⁴ Bei einer Weggabe liege eine willentliche, wenn auch erzwungene Übertragung des Gewahrsams vor,¹⁵ sodass in diesen Fällen eine Weggabe und damit eine räuberische Erpressung vorliege.¹⁶

Maßgeblich ist somit, ob der Genötigte eine für sich individuell potentiell mögliche Verhaltensalternative erkennt.¹⁷ Eine solche liegt nach der Exklusivitätstheorie dann vor, wenn der Genötigte seine Mitwirkung für notwendig erachtet, damit der Täter den Gewahrsamswechsel erlangen kann.¹⁸ Eine Wegnahme i.S.d. § 249 StGB liegt hingegen dann vor, wenn das Opfer glaubt, ihm bleibe keine Wahl und es würde den Gewahrsam in jedem Fall verlieren. Daher liegt auch dann eine Wegnahme vor, wenn das Opfer den Gewahrsam zwar übergibt, aber glaubt, der Täter würde auch ohne sein Zutun an den Gewahrsam gelangen. In dieser Konstellation kommt dem Genötigten keine Schlüs-

⁹ Wittig in: BeckOK (Fn. 3), § 242 Rn. 21.

¹⁰ Schmitz in: MüKo (Fn. 3), § 242 Rn. 84.

¹¹ Schmitz, in: MüKo (Fn. 3), § 242 Rn. 83.

¹² Sander in: MüKo (Fn. 3), § 253 Rn. 17; ausführlich Schladitz, Die verschiedenen Problemdimensionen der „Abgrenzung von Raub und (räuberischer) Erpressung“, JA, 2022, 89 (90).

¹³ Schladitz (Fn. 12), JA, 2022, 89 (90).

¹⁴ Schladitz (Fn. 12), JA, 2022, 89 (91); Wittig in: BeckOK (Fn. 3), § 253 Rn. 9.

¹⁵ So auch Wittig, der betont, dass es nicht auf die Freiwilligkeit ankomme: Wittig in: BeckOK (Fn. 3), § 253 Rn. 9.

¹⁶ Ähnl. Schladitz (Fn. 12), JA, 2022, 89 (91).

¹⁷ Ebd.

¹⁸ Ebd.

selbstellung zu, weshalb es an einer willentlichen Übertragung des Gewahrsams mangelt.¹⁹

Nach dieser Ansicht ist die Wahrnehmung des A maßgeblich. A glaubt, ihm bleibe keine andere Wahl, als T die Armbanduhr zu übergeben, da T auch ohne seine Mitwirkung an die Uhr gelangen werde. Demnach wäre ein Raub gegeben, womit eine räuberische Erpressung ausscheidet.

bb) Raub als Qualifikation

Nach einer anderen Ansicht besteht zwischen Raub und räuberischer Erpressung kein Exklusivitätsverhältnis.²⁰ Vielmehr stecke in jedem Raub gleichzeitig eine räuberische Erpressung.²¹ Nach diesem Verständnis ist die räuberische Erpressung das Grunddelikt und der Raub eine Qualifikation.²² Liegt Raub vor, tritt die räuberische Erpressung hinter dem Raub im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurück.²³ Die Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung gelingt nach dieser Ansicht nur durch die Betrachtung des äußeren Erscheinungsbildes: Wenn aus Sicht eines objektiven Beobachters der Täter dem Opfer die Sache wegnimmt, liege eine Wegnahme und somit Raub vor.²⁴ Übergibt hingegen das Opfer dem Täter die Sache ohne weiteres Zutun durch den Täter, liege eine räuberische Erpressung vor. Als Begründung wird angeführt, dass in jeder Wegnahme auch die Duldung der Wegnahme liege.²⁵

Vorliegend übergibt A nach dem äußeren Erscheinungsbild der T die Armbanduhr. Abgrenzungskriterium ist nach dieser Ansicht das äußere Erscheinungsbild, weshalb aufgrund der tatsächlichen Weggabe des Geldes eine räuberische Erpressung anzunehmen ist. Ein Raub scheidet daher aus.

cc) Stellungnahme

Die Ansichten kommen im konkreten Fall zu unterschiedlichen Ergebnissen, weshalb eine Stellungnahme erforderlich ist.

Für die zweite Ansicht spricht das kriminalpolitische Argument.²⁶ Bei der bloßen Gebrauchsanmaßung sowie in Fällen von *vis absoluta* würde die erste Ansicht zu Strafbarkeitslücken führen und dabei gerade eine besonders schwerwiegende Form der Gewaltanwendung privilegiert.²⁷

Für diese Ansicht spricht auch, dass sich die Tatbestände durch das Abstellen auf das äußere Erscheinungsbild leichter voneinander abgrenzen lassen. Die Abgrenzung nach der inneren Willensrichtung kann hingegen zu Beweisproblemen führen.

Allerdings spricht gegen die Ansicht, die den Raub als Qualifikation zur räuberischen Erpressung sieht, die Systematik des Gesetzes.²⁸ Der Raub wäre eine der wenigen Qualifikationen, welche vor ihrem Grundtatbestand im Gesetz aufgeführt sind.²⁹ Auch wird innerhalb des § 255 StGB auf die Rechtsfolgen der §§ 249ff. StGB verwiesen, weshalb der Spezialtatbestand des Raubes überflüssig wäre.³⁰ Zuletzt sind auch nicht alle Merkmale des Grundtatbestandes in der Qualifikation enthalten, was jedoch Voraussetzung einer Qualifikation ist.

Rechtsfolgenorientierte Argumente können über die Systemwidrigkeit der zweiten Ansicht nicht hinweghelfen, weshalb die besseren Gründe für die Ansicht sprechen, die Raub und räuberische Erpressung in einem Exklusivitätsverhältnis sieht.³¹

Im Ergebnis liegt also ein Raub vor.

c) Qualifiziertes Nötigungsmittel

T könnte die Wegnahme mittels einer Drohung mit einem empfindlichen Übel für Leib oder Leben vollzogen haben. Unter Drohung wird die Ankündigung eines Übels, auf dessen Eintritt der Drohende einen Einfluss zu haben vorgibt, verstanden.³² Die Drohung ist auch konkludent möglich und muss objektiv nicht notwendigerweise verwirklicht werden können.³³ T hat dem A ins Ohr geflüstert, dass sie ihn erschießen wird, wenn er ihr die Armbanduhr nicht geben will. T droht dem A folglich mit einem empfindlichen

¹⁹ Schladitz (Fn. 12), JA, 2022, 89 (91).

²⁰ Schladitz (Fn. 12), JA, 2022, 89 (90).

²¹ BGH NJW 1955, 877 (878); BGH NJW 1995, 2799 (2899); BGH NSTZ 2002, 31 (32); Schladitz (Fn. 12), JA, 2022, 89 (90); Wittig in: BeckOK (Fn. 3), § 253 Rn. 8.

²² Wittig in: BeckOK (Fn. 3), § 253 Rn. 8.

²³ Sander in: MüKo (Fn. 3), § 253 Rn. 16.

²⁴ Schladitz (Fn. 12), JA, 2022, 89 (90). Zur Dreieckererpressung siehe BGH NSTZ-RR 1997, 321; Wittig in: BeckOK (Fn. 3), § 253 Rn. 8.

²⁵ Sander in: MüKo (Fn. 3), § 253 Rn. 16.

²⁶ Rönnau, Grundwissen – Strafrecht: Abgrenzung von Raub und räuberischer (Sach-)Erpressung, JuS, 2012, 888 (888); Wittig in: BeckOK (Fn.), § 253 Rn. 7.2.

²⁷ Sander in: MüKo (Fn.3), § 253 Rn. 15.

²⁸ Sander in: MüKo (Fn. 3), § 253 Rn. 16; Schladitz (Fn. 12), JA, 2022, 89 (91); Wittig in: BeckOK (Fn. 3), § 253 Rn. 7.2.

²⁹ Sander in: MüKo (Fn.3) § 253 Rn. 16; Schladitz (Fn. 12), JA, 2022, 89 (91); Wittig in: BeckOK (Fn. 3), § 253 Rn. 7.2.

³⁰ Sander in: MüKo (Fn. 3), § 253 Rn. 16.

³¹ Im Ergebnis auch Sander in: MüKo (Fn. 3), § 253 Rn. 13.

³² Wittig in: BeckOK (Fn. 3), § 249 Rn. 9f.

³³ Wittig in: BeckOK (Fn. 3), § 249 Rn. 13.

Übel, welches sich auf das körperliche Wohlbefinden des A auswirkt.

d) Finale Verknüpfung

Des Weiteren müsste ein Finalzusammenhang bestehen; der Einsatz des Nötigungsmittels somit zum Zwecke der Wegnahme erfolgen.³⁴ Dieser Finalzusammenhang muss auch subjektiv bestehen, d.h. die Nötigung zumindest nach der Vorstellung des Täters zweckmäßiges Mittel sein, die Wegnahme zu ermöglichen. Ob auch ein engerer Kausalzusammenhang erforderlich ist, kann dahinstehen, da dieser zumindest auch erfüllt wäre. Vorliegend wurde A durch die Drohung der T dazu bewegt, sich nicht gegen T zu wehren, sondern ihr die Armbanduhr auszuhändigen. Zudem hat T die Drohung mittels der Gabel gerade deswegen eingesetzt, um an die Armbanduhr des A zu gelangen. Das eingesetzte Nötigungsmittel sollte somit gerade die Wegnahme bedingen. Eine finale Verknüpfung liegt schließlich vor.

Anmerkung

Der zweite Problemschwerpunkt dieser Lösung liegt in der Prüfung des gefährlichen Werkzeuges. Wie das gefährliche Werkzeug i.S.d § 250 Abs. 1 Nr. 1a Alt. 2 StGB bestimmt wird, ist sehr umstritten. Hier sollte das Problem strukturiert geschildert und auf die Tatsache der misslungenen Übernahme der Definition aus § 224 Abs. 1 Alt. 2 StGB hingewiesen werden. Dieser Streit wird in der Literatur sehr unterschiedlich und mit den unterschiedlichsten Begrifflichkeiten dargestellt. Die folgenden Theorien stellen eine Zusammenfassung der in Rechtsprechung und Literatur vertretenden Meinungen dar und sollen eine grobe Orientierung geben.

e) Qualifikation § 250 Abs. 1 Nr. 1a Alt. 2 StGB

Die von T eingesetzte Essensgabel müsste ein gefährliches Werkzeug i.S.d. § 250 Abs. 1 Nr. 1a Alt. 2 StGB sein. Der Täter führt ein gefährliches Werkzeug bei sich, wenn ihm das Mittel während des Tathergangs zur Verfügung steht.³⁵ Unter einem Werkzeug wird allgemein jeder körperliche Gegenstand verstanden, den die leicht biegsamen Essensgabel auch darstellt.³⁶

Des Weiteren müsste die Essensgabel auch gefährlich i.S.d § 250 Abs. 1 Nr. 1a Alt. 2 StGB sein. Da der Wortlaut der Norm allein auf das Beisichführen abstellt, kann hier nicht die Definition des gefährlichen Werkzeuges aus § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB angewendet werden.³⁷ Nach welchen Kriterien die Gefährlichkeit zu bestimmen ist, ist daher umstritten.

aa) Rein abstrakt-objektive Betrachtungsweise

Nach der rein abstrakt-objektiven Betrachtungsweise ist ein gefährliches Werkzeug jeder Gegenstand, der im Falle seines Einsatzes gegen Personen aufgrund seiner objektiven Beschaffenheit die Eignung besitzt, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.³⁸ Die Gefährlichkeit des Werkzeuges greift unabhängig von der Tatsituation und einer subjektiven Gebrauchsbereitschaft ein.³⁹ Begründet wird dies mit dem Wortlaut „anderes gefährliches Werkzeug“ in § 250 Abs. 1 Nr. 1a Alt. 2 StGB. Aus dieser Formulierung lässt sich systematisch der Schluss ziehen, dass die Anforderungen an das gefährliche Werkzeug an § 250 Abs. 1 Nr. 1a Alt. 1 StGB anzulehnen sind.⁴⁰ Es wird somit eine objektive Waffenähnlichkeit verlangt, sodass dem Werkzeug bei objektiver Betrachtung eine Waffenersatzfunktion zukommt.⁴¹

Die Essensgabel weist aufgrund ihrer objektiven leicht biegsamen Beschaffenheit schon keine Gefährlichkeit auf, weshalb eine abstrakte Gefahr ausscheidet. Auch ist sie abstrakt nicht dazu geeignet, derartige Verletzungen zuzufügen. Nach dieser Ansicht läge bei der Essensgabel kein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 250 Abs. 1 Nr. 1a Alt. 2 StGB vor.

bb) Situationsbezogene konkret-objektive Betrachtungsweise

Die situationsbezogene konkret-objektive Betrachtungsweise definiert solche Gegenstände als gefährliche Werkzeuge, die sich aufgrund ihrer objektiven Beschaffenheit zur Zufügung erheblicher Verletzungen eignen und deren Beisichführen in der konkreten Situation aus der Sicht eines objektiven Betrachters keine andere Funktion erfüllen kann, als zu Verletzungszwecken eingesetzt zu werden.⁴²

³⁴ Wittig in: BeckOK (Fn. 3), § 249 Rn. 16f.

³⁵ Schmitz in: MüKo (Fn. 3), § 244 Rn. 12f.; Wittig in: BeckOK (Fn. 3), § 244 Rn. 6f.

³⁶ Schmitz in: MüKo (Fn. 3), § 244 Rn. 13.

³⁷ Wittig in: BeckOK (Fn. 3), § 244 Rn. 7.

³⁸ Schmitz in: MüKo (Fn. 3), § 244 Rn. 14; Wittig in: BeckOK (Fn. 3), § 244 Rn. 8.

³⁹ Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 25. Auflage 2023, § 4 Rn. 24.

⁴⁰ Wittig in: BeckOK (Fn. 3), § 244 Rn. 8.

⁴¹ Ebd.

⁴² Ausführlich Schmitz in: MüKo (Fn. 3), § 244 Rn. 17.

Die leicht biegsame Essensgabel eignet sich aufgrund ihrer objektiven Beschaffenheit nicht, dem A erhebliche Verletzungen beizufügen. Auch könnte ein objektiver Betrachter in der konkreten Situation nicht damit rechnen, dass eine biegsame Essensgabel erhebliche Verletzungen zufügt. Nach dieser Ansicht liegt auch kein gefährliches Werkzeug vor.

cc) Konkret-subjektive Betrachtungsweise

Diese Ansicht orientiert sich trotz des unterschiedlichen Wortlauts an der Definition zum gefährlichen Werkzeug bei den Körperverletzungsdelikten nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB.⁴³ Ein gefährliches Werkzeug liegt nach dieser Ansicht vor, wenn der Täter den mitgeführten Gegenstand bei der Tat so verwenden will, dass dieser im Falle seines Einsatzes nach seiner Beschaffenheit und der Art der Benutzung im konkreten Fall erhebliche Verletzungen herbeiführt.⁴⁴ Nicht darunter fallen zum Beispiel Gegenstände, deren Mitnahme sozialüblich ist.⁴⁵

T wollte das Angedrohte nicht umsetzen. Vielmehr wollte T mit der Essensgabel dem A nur drohen, ohne diesen körperlich zu verletzen. Die Essensgabel sollte also nicht in erheblich verletzender Weise eingesetzt werden. Nach dieser Ansicht ist die subjektive Vorstellung des Täters jedoch gerade eine entscheidende Voraussetzung, weshalb kein gefährliches Werkzeug vorliegt.

dd) Stellungnahme

Die Ansichten kommen zu gleichen Ergebnissen, sodass es keiner Stellungnahme bedarf. T führt kein gefährliches Werkzeug bei sich.

f) Qualifikation § 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB

Die Essensgabel könnte ein Werkzeug oder anderes Mittel i.S.v. § 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB darstellen. Unter diesen Aufangtatbestand fallen insbesondere solche Gegenstände, von denen keine objektive Gefährlichkeit ausgeht.⁴⁶ Dabei muss der Täter die Absicht haben, das Tatmittel zur Ver-

hinderung oder Überwindung des Widerstandes einer anderen Person durch Gewaltanwendung oder Drohung einzusetzen.⁴⁷

Tatsächlich ist die Essensgabel objektiv ungefährlich und nach Art der potentiellen Verwendung auch nicht geeignet, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen.

Fraglich ist insoweit, ob es sich bei der Gabel um ein Werkzeug oder ein sonstiges Mittel handelt. Der Wortlaut des § 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB ist grundsätzlich sehr weit, sodass auch Scheinwaffen erfasst werden, solange der Täter sie subjektiv zum Überwinden des Widerstandes einsetzt.⁴⁸ Zwar ist bei § 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit die subjektive Verwendungsabsicht, objektive Umstände sind aber nicht gänzlich unbeachtlich.⁴⁹ Als tatbestandsqualifizierende Drohungsmittel scheiden danach solche Gegenstände aus, bei denen die Drohungswirkung nicht auf dem objektiven Erscheinungsbild des Gegenstands selbst, sondern allein auf täuschenden Erklärungen des Täters beruht.⁵⁰ Dies ist der Fall bei objektiv völlig ungefährlichen Gegenständen, wie etwa einem Labello⁵¹, einem Plastikrohr⁵² oder einem Holzstück⁵³, die täuschend als Waffe verwendet werden, aber schon nach ihrem Erscheinungsbild zu keinerlei schädlicher Einwirkung auf den Körper verwendet werden können.⁵⁴

Dagegen werden Scheinwaffen, die eine vergleichbare Bedrohungswirkung besitzen und vom äußeren Erscheinungsbild keine vollständige objektive Ungefährlichkeit aufweisen, von § 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB erfasst.⁵⁵ Ihr Täuscheffekt liegt im Gegensatz zu den oben genannten Fällen gerade auch in ihrem (teilweisen) objektiven Erscheinungsbild.⁵⁶ Die leicht biegsame Essensgabel kann aufgrund ihrer Beschaffenheit zwar keine lebensgefährlichen Verletzungen herbeiführen. An empfindlichen Körperstellen kann sie gleichwohl Verletzungen herbeiführen, indem die Gabel mit dessen Zacken bspw. kräftig in das Auge gestochen wird. Von einer objektiven Ungefährlichkeit kann im konkreten Fall daher nicht gesprochen werden.⁵⁷ Dass die Drohwirkung der Gabel auch auf dem täuschenden Ver-

⁴³ Ähnlich Wittig in: BeckOK (Fn. 3), § 244 Rn. 8.1.

⁴⁴ Wittig in: BeckOK (Fn. 3), § 244 Rn. 8.1.

⁴⁵ Schmitz in: MüKo (Fn. 3), § 244 Rn. 19.

⁴⁶ Kindhäuser in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 250 Rn. 4f.

⁴⁷ Hier wäre es auch möglich die Absicht erst im subjektiven Teil zu thematisieren. Wittig in: BeckOK (Fn. 3), § 244 Rn. 14.

⁴⁸ Wittig in: BeckOK (Fn. 3), § 250 Rn. 6.

⁴⁹ Wittig in: BeckOK (Fn. 3), § 244 Rn. 12.

⁵⁰ BGH, NStZ, 1997, 184, 185; BGH NStZ 2011, 703; BGH, Urt. v. 12.07.2017 – 2 StR 160/16 = BGH NStZ 2017, 58; Wittig in: BeckOK (Fn. 3), § 244 Rn. 13.

⁵¹ BGH NStZ 2007, 332.

⁵² BGH NStZ 1992, 129.

⁵³ BGH NStZ-RR 1996, 356.

⁵⁴ BGH NStZ 2011, 703; BGH 12.07.2017 – 2 StR 160/16 = BGH NStZ 2017, 581.

⁵⁵ Wittig in: BeckOK (Fn. 3), § 244 Rn. 12.1ff.

⁵⁶ Ausführlich Wittig in: BeckOK (Fn. 3), § 244 Rn. 12.

⁵⁷ Anlehnung an die Entscheidung des BGH mit einem Haustürschlüssel; BGH, Urt. v. 12.07.2017 – 2 StR 160/16.

halten der T beruht, steht der Anwendung des § 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB damit nicht entgegen.⁵⁸

Folglich eignet sich die Essensgabel gerade zur Anwendung von Drohung mit Gewalt, indem T dem A damit drohte und dieser einen metallischen Gegenstand in seinem Rücken spürte. Somit beruhte die Drohungswirkung – anders als bei der Scheinwaffenproblematik⁵⁹ – nicht allein auf der Vorspiegelung eines gefährlicheren Werkzeugs, sondern ebenso auf der Gefährlichkeit der Gabel selbst.

Zuletzt müsste T die Gabel auch bei sich geführt haben. Der Täter führt ein Mittel bei sich, wenn ihm dieses während des Tathergangs zur Verfügung steht, d.h. so in seiner räumlichen Nähe ist, dass er es jederzeit, ohne nennenswerten Zeitaufwand und ohne besondere Schwierigkeiten benutzen kann.⁶⁰ T drückte dem A die Gabel in den oberen Rücken, sodass ihr die Gabel während der Tat unmittelbar zur Verfügung gestanden hat. Im Ergebnis hat T ein sonstiges Tatmittel i.S.v. § 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB bei sich geführt.

Anmerkung

Das nachfolgende Problem stellt einen der komplexesten Streitigkeiten im Rahmen des Besonderen Teils dar. Grund für die schwierige gutachterliche Darstellung ist die Tatsache, dass die Rechtsprechung mittlerweile von zwei verschiedenen Begriffsdefinitionen des gefährlichen Werkzeugs in § 250 Abs. 1 und Abs. 2 StGB ausgeht. Nach der Ablehnung eines „Beisichführens eines gefährlichen Werkzeugs“ und der Annahme eines sonstigen Mittels, kann daher immer noch § 250 Abs. 2 StGB geprüft werden, wenn nach den Angaben aus dem Sachverhalt ein Verwenden nach § 250 Abs. 2 StGB vorzuliegen scheint (möglich ist auch, den § 250 Abs. 2 StGB vor dem § 250 Abs. 1 StGB zu prüfen). Denn die Rechtsprechung vertritt betreffend des gefährlichen Werkzeugs nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB eine andere Definition als zu § 250 Abs. 1 Nr. 1a Alt. 2 StGB. Deswegen muss grds. immer zumindest gedanklich der § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB geprüft werden. Sofern der Gegenstand als Gewaltmittel gegen eine Person eingesetzt wird, bestimmt die Rechtsprechung den Begriff des gefährlichen Werkzeugs in Anlehnung an § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Wird der Gegenstand hingegen als Drohmit-

tel verwendet, so sind solche Fälle erfasst, in welchen der Täter einen Gegenstand nur als Mittel für eine ausdrückliche oder konkludente (auch bloß vorgetäuschte) Drohung einsetzt. Ob das Werkzeug objektiv gefährlich sein muss, wird nicht einhellig beantwortet. Dies stellt mit Blick auf eine strukturierte Darstellung in der Lösung eine besondere Herausforderung dar: Wenn schon die Rechtsprechung die Frage nach dem eingesetzten Drohmittel unterschiedlich beantwortet, ist eine korrekte Darstellung in der Klausur kaum möglich. Die nachfolgende Lösung versucht die verschiedenen Lösungsmöglichkeiten zusammenzufassen, wobei nicht auf alle Rechtsprechungsansichten und Unterschiede im Detail eingegangen werden kann.⁶¹

g) Qualifikation § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB

T könnte durch Drohung mit der Gabel auch ein gefährliches Werkzeug verwendet haben. Verwenden umfasst jeden dem Nötigungszweck dienenden tatsächlichen Gebrauch des gefährlichen Werkzeuges.⁶²

Bezüglich der Bestimmung der Gefährlichkeit eines Werkzeugs muss danach differenziert werden, ob der gefährliche Gegenstand als Gewaltmittel oder als Drohmittel gebraucht wird.⁶³ Wird der Gegenstand als Gewaltmittel gegen eine Person eingesetzt, ist der Gegenstand dann gefährlich, wenn der Täter den mitgeführten Gegenstand bei der Tat so verwenden will, dass dieser im Falle seines Einsatzes nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art der Benutzung im konkreten Fall erhebliche Verletzungen herbeiführt.⁶⁴ T droht dem A ohne tatsächlich das Ange drohte – Erschießen – ernsthaft verwirklichen zu wollen und auch verwirklichen zu können. Sie nutzt die Gabel somit nicht als Gewaltmittel. Wird der Gegenstand hingegen als Drohmittel eingesetzt, ist fraglich, welche Voraussetzungen vorliegen müssen.

aa) Objektive Gefährlichkeit

Nach einer Ansicht muss für eine wirksame Drohung das Drohmittel objektiv gefährlich sein.⁶⁵ Ist der Gegenstand nicht gefährlich, fehlt es an einer wirksamen Drohung durch Verwenden. Grund dafür ist, dass sich aus dem Drohmittel sowie seiner Verwendung und dem sich aus diesem ergebenden Eskalationspotential die Gefährlichkeit

⁵⁸ BGH, Urt. v. 12.07.2017 – 2 StR 160/16 = BGH NSTZ 2017, 581 (582).

⁵⁹ Wittig in: BeckOK (Fn. 3), § 244 Rn. 12.

⁶⁰ Zum Beisichführen: Bosch in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 244 Rn. 16.

⁶¹ Zum Problem auch: Urs/Kindhäuser in: KNP (Fn. 46), § 250 Rn. 19ff.

⁶² Wittig in: BeckOK (Fn. 3), § 250 Rn. 12.

⁶³ BGH NSTZ 2009, 95 (95).

⁶⁴ Wittig in: BeckOK (Fn. 3), § 250 Rn. 16.

⁶⁵ Ähnlich Wittig in: BeckOK (Fn. 3), § 250 Rn. 13f.

und die Strafschärfung ergeben muss.⁶⁶ Vorliegend handelt sich um eine leicht biegsame Essensgabel, die zumindest keine erheblichen Verletzungen herbeiführen kann. Es ist nach dieser Ansicht daher kein ausreichendes Drohmittel.

bb) Opfersicht und Realisierungsmöglichkeit

Nach einer anderen Ansicht kommt es darauf an, ob der konkret eingesetzte Gegenstand als Mittel für eine (ausdrückliche oder konkludente) Drohung aus Sicht des Opfers objektiv zu erheblichen Körperverletzungen führen könnte.⁶⁷ Zusätzlich muss die Drohung des Täters hierfür auch tatsächlich realisierbar erscheinen.⁶⁸ Notwendig sind insoweit zwei Voraussetzungen, die für eine Drohung i.S.d. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB vorliegen müssen. Zunächst muss aus Sicht des Opfers die Drohung objektiv gefährlich erscheinen. Des Weiteren muss der Inhalt der Drohung des Täters tatsächlich realisiert werden können.

T droht dem A ihn erschießen zu wollen. Es kommt folglich zunächst darauf an, ob die Drohung der T aus Sicht des A objektiv gefährlich erscheint. Aus Sicht des A war die Drohung der T, den A zu erschießen, gefährlich. Des Weiteren müsste T diese Drohung auch realisieren können. T drohte dem A mit dem Erschießen. Ein Erschießen kann lediglich mit einer geladenen Waffe realisiert werden und nicht mit einer – wie von T verwendeten – Essensgabel. Es scheidet folglich an der tatsächlichen Realisierungsmöglichkeit bei T. Im Ergebnis verwendet T also kein gefährliches Werkzeug durch Drohung oder Gewaltanwendung.

cc) Stellungnahme

Die Ansichten kommen zu dem gleichen Ergebnis, weshalb ein Streitentscheid entbehrlich ist.

2. Subjektiver Tatbestand

Zudem müssen die subjektiven Voraussetzungen bei T vorliegen.

a) Vorsatz

T müsste vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Tatbestandsmerkmale.⁶⁹

T wusste, dass sie A mit einer Gabel drohte, um ihn zur

Herausgabe der Armbanduhr zu bewegen. T kam es gerade darauf an, den A durch Drohung mit der Gabel zur Herausgabe der Uhr zu bewegen. Sie handelte damit vorsätzlich mit *dolus directus* 1. Grades.

Anmerkung

Beim Raub wie auch beim Diebstahl handelt es sich um ein Delikt mit überschießender Innentendenz, das heißt es sind über den Vorsatz hinausgehende Merkmale zu prüfen. Auch hier können in der Klausur einige Problemschwerpunkte liegen, wenn der Täter bspw. keinen Enteignungsvorsatz hat. Dann scheidet ein Raub bzw. Diebstahl aus. Möglicherweise kann dann noch der § 248b StGB geprüft werden, sofern dieser einschlägig ist.

b) Zueignungsabsicht

T müsste mit Zueignungsabsicht gehandelt haben. Die Zueignungsabsicht besteht aus Aneignungsabsicht und Enteignungsvorsatz, sowie der rechtswidrigen Zueignung und dem Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit.⁷⁰ Aneignungsabsicht liegt vor, wenn es dem Täter gerade darauf ankommt wenigstens kurzfristig über die Sache verfügen zu können (*dolus directus* 1. Grades).⁷¹ Enteignungsvorsatz liegt vor, wenn der Täter wenigstens billigend in Kauf nimmt, dass dem Eigentümer die Verfügungsgewalt über die Sache dauerhaft entzogen wird (*dolus eventualis*).⁷² Die Rechtswidrigkeit der Zueignung liegt vor, wenn der Täter keinen Anspruch auf den Gegenstand hat. Diesbezüglich muss der Täter mit Wissen und Wollen gehandelt haben.⁷³

T kam es gerade darauf an, die Armbanduhr zu erlangen, um darüber zu verfügen. T hat bezüglich der Aneignung Absicht i.S.v. *dolus directus* 1. Grades. Des Weiteren kam es T auch gerade darauf an, A die dauerhafte Verfügungsgewalt über die Armbanduhr zu entziehen und sie wusste auch, dass sie dem A die dauerhafte Verfügungsgewalt entziehen wird. Zuletzt wusste T auch, dass sie keinen Anspruch auf die Armbanduhr hat. Dennoch wollte sie die Uhr für sich. B handelte folglich mit Zueignungsabsicht.

⁶⁶ Ebd.

⁶⁷ Kindhäuser in: KNP (Fn. 46), § 250 Rn. 19.

⁶⁸ BGH NSTZ 2011, 211.

⁶⁹ Ausführlich hierzu Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 70. Auflage 2023, § 15 Rn. 2ff.; Kudlich in: BeckOK (Fn. 3), §15 Rn. 11ff.; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 14. Auflage 2022, § 14 Rn. 5ff.; Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben, Vorsatz im Strafrecht, JuS 2012, 976 (976ff.).

⁷⁰ Kindhäuser in: KNP (Fn. 46), § 242 Rn. 69f.

⁷¹ Schmitz in: MüKo (Fn. 3), § 242 Rn. 153f.; Urs/Kindhäuser in: KNP (Fn. 46) § 242 Rn. 81.

⁷² Schmitz in: MüKo (Fn. 3) § 242 Rn. 155; Urs/Kindhäuser in: KNP (Fn. 46), § 242 Rn. 81.

⁷³ Schmitz in: MüKo (Fn. 3), § 242 Rn. 165.

II. Rechtswidrigkeit

Es liegen keine Rechtfertigungsgründe vor. T handelte rechtswidrig.

III. Schuld

Entschuldigungs- und Schuldausschließungsgründe liegen nicht vor. T handelte schuldhaft.

IV. Ergebnis

T hat sich wegen schweren Raubes gem. §§ 249 I, 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB strafbar gemacht.

Konkurrenzen:

§ 249 StGB verdrängt als *lex specialis* § 242 StGB und § 240 StGB.

Kein guter Glaube beim Autokauf nachts an der Tankstelle

Dipl.-Jur. Anna-Lena Leiker

OLG Oldenburg, Urt. v. 27.03.2023 – 9 U 52/22

§§ 929 S. 1, 932 Abs. 1, Abs. 2 BGB, § 985 BGB

Sachverhalt (vereinfacht und gekürzt)

K lebt in Spanien und ist Eigentümer eines luxuriösen Sportwagens (im Folgenden: Pkw). Diesen vermietet er an die ebenfalls in Spanien ansässige Firma F, welche gewerblich Sportwagen vermietet. Im Juli 2019 vermietete diese den Pkw an den D, der das Fahrzeug nach Ende der Mietzeit nicht zurückgab. Der Pkw wurde daraufhin von der spanischen Polizei zur europäischen Sachfahndung ausgeschrieben. Er konnte dennoch im August 2019 in Deutschland bei einer Zulassungsstelle mit einer 30-Tage-Zulassung zugelassen werden. Das Fahrzeug wurde auf einer Internetplattform zum Kauf angeboten. Der B trat auf Anzeige in Kontakt zu den Brüdern TT, die vorgaben, den Pkw im Auftrag des D zum Kauf anzubieten. Wie die Brüder TT den Pkw erlangt haben, ist nicht bekannt. Ebenfalls ist nicht bekannt, ob die Brüder TT in Kontakt zu D standen. Nach einer Besichtigung am 13.08.2019 auf einem Parkplatz einer Spielothek wollte B das Fahrzeug erwerben und im Gegenzug ein anderes Auto in Zahlung geben. Die Brüder TT gaben an, dass sie das Fahrzeug zunächst noch für eine Hochzeitsfahrt eines Freundes benötigen würden. Deswegen vereinbarten B und TT den Pkw am 15.08.2019 am Wohnort des B zu übergeben. Später baten die Brüder TT den B, sich gegen Mittag desselben Tages auf dem Gelände einer Tankstelle zu treffen. Der B traf zunächst am Treffpunkt ein und wartete bis 23 Uhr am Treffpunkt auf die Brüder TT. Diese gaben zunächst an, im Stau gestanden zu haben und in eine Polizeikontrolle geraten zu sein. Zudem erklärten sie ihre deutliche Verspätung damit, dass es noch „eine offene Rechnung beim Amt“ gegeben hätte. Es wurden zunächst Probefahrten mit dem Pkw und dem Auto, welches B in Zahlung geben wollte, unternommen. Gegen 1 Uhr nachts des Folgetages unterschrieben die Beteiligten in den Räumlichkeiten einer Fast-Food-Kette den Kaufvertrag. Der B gab in dieser Nacht das Auto zu einem anrechenbaren Preis von EUR 60.000 in Zahlung und übergab den Brüdern TT EUR 70.000 in bar. Im Gegenzug erhielt der B den Pkw nebst den deutschen Zulassungsbescheinigungen I und II, einer Kopie der Vorderseite des Personalausweises des D, sowie einem DEKRA-Prüfbericht. Dieser Prüfbericht wies nicht den D oder die Brüder TT, sondern einen ganz anderen Namen aus. Dem B wurden zudem zwei Schlüssel übergeben, wobei nicht sicher ist, ob es sich beim zweiten Schlüssel um einen Originalschlüssel handelte, da die Funköffnung nicht funktionierte. In der Zulassungsbescheinigung Teil II war D unter der Adresse „1“ eingetragen. In der Zulassungsbescheinigung I steht unter Name/Firmenname „D Empfangsbevollmächtigter“ und unter Vorname „G“, ein Gebrauchtwagenhandel. In dem Kaufvertrag vom 16.08.2019 ist als Verkäufer „D, Adresse 1“ benannt. Ob Service- und Wartungsarbeiten lückenlos durchgeführt wurden und ob das Serviceheft vorliegt, wurde nicht angegeben. Eine Anmeldung des Pkw auf den Namen des B scheiterte aufgrund der laufenden Fahndung. Der Pkw wurde am 03.06.2020 im Rahmen einer polizeilichen Hausuntersuchung bei Herrn V, einem Verwandten des B, sichergestellt und später an den B als letzten Gewahrsamsinhaber herausgegeben. Das Fahrzeug befindet sich aktuell im Besitz des B. Der K begehrt von B die Herausgabe des Pkw.

Besteht der von K geltend gemachte Anspruch?

EINORDNUNG

Der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten ist ein wahrer Klassiker des juristischen Studiums und der Praxis. Insbesondere die Gutgläubigkeit des Erwerbers, welche gemäß § 932 Abs. 2 BGB Voraussetzung für den gut-

gläubigen Erwerb ist, ist Kernfrage vieler gerichtlicher Entscheidungen.¹ Die Frage, ob ein Erwerber nicht in gutem Glauben war, ihm also bekannt oder aufgrund grober Fahrlässigkeit unbekannt war, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört, ist anhand eines streng objektiven Maßstabs im Einzelfall zu bewerten.² Vor dieser Heraus-

¹ Zum Beispiel: BGH NJW 1961, 777; BGHZ 77, 274; BGH DB 2000, 516; BGH MDR 2013, 707.

² Oechsler in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2023, § 932 Rn. 47.

forderung standen sowohl das Landgericht Osnabrück als erstinstanzliches Gericht, als auch das Oberlandesgericht Oldenburg im daran anschließenden Berufungsverfahren. Die unterschiedliche Bewertung der Gutgläubigkeit des Erwerbers durch die beiden Gerichte zeigt die Relevanz und die Schwierigkeit der Bewertung dieser Frage.

(REDAKTIONELLE) LEITSÄTZE

I. Im Rahmen des § 932 Abs. 2 BGB gibt es keine Entlastung wegen fehlender subjektiver Fahrlässigkeit, weil der Rechtsverkehr sich bei der Konkretisierung des guten Glaubens auf gleichmäßige Mindestanforderungen einstellen muss. Es gilt daher ein streng objektiver Maßstab, so dass die persönlichen Maßstäbe des Erwerbers und seine Handelsgewohnheiten den Maßstab nicht mindern.

II. Auch wenn der Veräußerer im Besitz eines Fahrzeuges und entsprechender Zulassungsbescheinigungen ist, kann der Erwerber gleichwohl bösgläubig sein, wenn besondere Umstände seinen Verdacht erregen mussten und er diese unbeachtet lässt.

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Anspruch K gegen B auf Herausgabe des Pkw gemäß § 985 BGB

I. Anspruchsteller K ist Eigentümer des Pkw

1. Ursprünglicher Eigentümer des Pkw
2. Eigentumserwerb des B am Pkw gemäß §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB

- a) Einigung
- b) Übergabe
- c) Einigsein
- d) Berechtigung

e) **Überwindung der fehlenden Berechtigung durch gutgläubigen Erwerb gemäß § 932 BGB**

- aa) Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts
- bb) Rechtsscheintatbestand: Besitz
- cc) **Gutgläubigkeit des Erwerbers, vgl. § 932 Abs. 2 BGB**
- dd) Zwischenergebnis

f) Zwischenergebnis

3. Zwischenergebnis

II. Anspruchsgegner B ist Besitzer des Pkw

III. Anspruchsgegner B hat kein Recht zum Besitz, vgl. § 986 BGB

B. Ergebnis

A. Anspruch K gegen B auf Herausgabe des Pkw gemäß § 985 BGB

K könnte gegen B einen Anspruch auf Herausgabe des Pkw gemäß § 985 BGB haben.

I. Anspruchsteller K ist Eigentümer des Pkw

Hierfür müsste Anspruchsteller K Eigentümer des Pkw sein.

1. Ursprünglicher Eigentümer des Pkw

Ursprünglich war K Eigentümer des Pkw.

2. Eigentumserwerb des B am Pkw gemäß § 929 S. 1 BGB

Allerdings könnte K sein Eigentum an dem Pkw verloren haben, indem die Brüder TT den Pkw gemäß § 929 S. 1 BGB an B veräußerten, sodass dieser Eigentümer des Pkw wurde.

a) Einigung

Zunächst müsste eine dingliche Einigung vorliegen. Eine dingliche Einigung ist ein dinglicher Vertrag und setzt zwei inhaltlich übereinstimmende Willenserklärungen, Angebot und Annahme, voraus, die darauf gerichtet sind, das Eigentum an einer bestimmten Sache zu übertragen.³ Die Brüder TT und B vereinbarten, dass das Eigentum an dem Pkw auf den B übergehen sollte. Zwischen den – als Vertreter des D auftretenden – Brüdern TT und B hat am 16.08.2019 eine dingliche Einigung stattgefunden.

b) Übergabe

Der Pkw müsste übergeben worden sein. Eine Übergabe setzt voraus, dass der Erwerber Besitz an der Sache erlangt und dass der Veräußerer jeglichen Besitz verliert.⁴ Die Brüder TT haben dem B den Pkw überreicht, sodass diese ihren Besitz verloren haben. Der B übte die tatsächliche Sachherrschaft über den Pkw aus. Die Brüder TT haben dem B unmittelbaren Besitz am Pkw verschafft und diesen somit übergeben.

c) Einigsein

Die Einigkeit über den Eigentumsübergang bestand im Zeitpunkt der Übergabe auch noch fort.

³ Berger in: Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Aufl. 2021, § 929 Rn. 4 ff.

⁴ Berger in: Jauernig BGB (Fn. 3), § 929 Rn. 8.

d) Berechtigung

Die Brüder TT müssten zur Verschaffung des Eigentums berechtigt sein. Berechtigt in diesem Sinne ist, wer verfügungsbefugt ist.⁵ Grundsätzlich verfügungsbefugt ist gemäß § 903 S. 1 BGB der Eigentümer. Daneben kann sich eine Verfügungsbefugnis aus Gesetz oder aus einer Ermächtigung im Sinne von § 185 BGB ergeben.⁶ Der Pkw gehörte den Brüdern TT nicht. Eine Verfügungsbefugnis aus Gesetz oder eine Ermächtigung der Brüder TT im Sinne von § 185 BGB liegt ebenfalls nicht vor. Sie handelten als Nichtberechtigte.

e) Überwindung der fehlenden Berechtigung durch gutgläubigen Erwerb gemäß § 932 BGB

Diese fehlende Berechtigung könnte jedoch nach § 932 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB überwunden werden.

aa) Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts

Zunächst müsste ein Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts vorliegen. Dafür müsste es sich bei der Verfügung um ein Rechtsgeschäft handeln, bei dem auf Erwerberseite mindestens eine Person steht, die auch bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht zugleich als Veräußerer angesehen werden kann.⁷ Mit den Brüdern TT und B sind unterschiedliche Personen beteiligt. Ein Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts liegt vor.

bb) Rechtsscheintatbestand: Besitz

Es müsste ein Rechtsscheintatbestand vorliegen. Im Rahmen des § 932 Abs. 1 S. 1 BGB ist der Rechtsscheintatbestand der Besitz. Die Brüder TT waren unmittelbare Besitzer des Pkw im Sinne von § 854 Abs. 1 BGB. Ein Rechtsscheintatbestand liegt vor.

cc) Gutgläubigkeit des Erwerbers, vgl. § 932 Abs. 2 BGB

Der B müsste jedoch auch gutgläubig im Sinne von § 932 Abs. 2 BGB gewesen sein. Gemäß § 932 Abs. 2 BGB ist der Erwerber nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört. B war nicht bekannt, dass nicht D der Eigentümer des Pkw war. Fraglich ist,

ob diesem die fehlende Eigentümerstellung des D in Folge grober Fahrlässigkeit verborgen geblieben ist. Unter grober Fahrlässigkeit wird im Allgemeinen ein Handeln verstanden, bei dem die im Rechtsverkehr erforderliche Sorgfalt den gesamten Umständen nach in ungewöhnlich großem Maße verletzt worden ist und bei dem dasjenige unbeachtet geblieben ist, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen.⁸ Grundsätzlich darf der Erwerber auf die Eigentümerstellung des Veräußerers vertrauen, vgl. § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB.⁹ Pflichten zur Nachforschung entstehen nur, wenn besondere Umstände vorliegen, die die Wirkung des durch Besitzverschaffungsmacht begründeten Rechtsscheins des Eigentums erschüttern.¹⁰ Grundsätzlich gilt dies auch für einen hier gegebenen sogenannten „Straßenverkauf“.¹¹ Allerdings gebietet ein Straßenverkauf im Gebrauchtwagenhandel besondere Vorsicht, weil er erfahrungsgemäß das Risiko der Entdeckung eines gestohlenen Fahrzeugs mindert.¹²

Anmerkung

Beim Erwerb von Gebrauchtwagen liegen solche Umstände, die den Rechtsschein des Eigentums erschüttern, zum Beispiel dann vor, wenn die Zulassungsbescheinigung Teil II nicht vorgezeigt wird. Es gehört daher zu den objektiven Mindestanforderungen des gutgläubigen Erwerbs eines Kraftfahrzeugs, dass sich der Erwerber die Zulassungsbescheinigung Teil II vorlegen lässt, um die Berechtigung des Veräußerers zu prüfen.¹³ Auch wenn der Veräußerer im Besitz des Fahrzeugs und des Briefes ist, kann der Erwerber gleichwohl bösgläubig sein, wenn besondere Umstände seinen Verdacht erregen mussten und er diese unbeachtet lässt. Eine allgemeine Nachforschungspflicht des Erwerbers besteht hingegen nicht.¹⁴ Anhand der Eintragungen in der Zulassungsbescheinigung Teil II ist die Möglichkeit gegeben, bei dem eingetragenen Berechtigten die Übereignungsbefugnis des Fahrzeugbesitzers nachzuprüfen. Diese Prüfung hat der Erwerber vorzunehmen, um sich nicht dem Vorwurf grober Fahrlässigkeit auszusetzen. Kommt der Erwerber dieser Obliegenheit nach und wird ihm eine gefälschte Zulassungsbescheinigung

⁵ Oechsler in: MüKo BGB (Fn. 2), § 929 Rn. 44.

⁶ Kindl in: BeckOK BGB, Stand: 01.02.2023, § 929 Rn. 39.

⁷ Kindl in: BeckOK BGB (Fn. 6), § 929 Rn. 3.

⁸ BGHZ 77, 274, (278); BGH NJW 2013, 1946 (1947).

⁹ Oechsler in: MüKo BGB (Fn. 2), § 932 Rn. 43.

¹⁰ Oechsler in: MüKo BGB (Fn. 2), § 932 Rn. 44.

¹¹ BGH NJW 1996, 2226 (2227).

¹² BGH NJW 1992, 310 (310).

¹³ BGH NJW 1996, 2226 (2227).

¹⁴ BGH NJW 2013, 1946 (1947).

Teil II vorgelegt, treffen ihn, sofern er die Fälschung nicht erkennen musste und für ihn auch keine anderen Verdachtsmomente vorlagen, keine weiteren Nachforschungspflichten.¹⁵

Es könnten Umstände vorliegen, die aufzeigen, dass B die im Rechtsverkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich großem Maße verletzt hat und dasjenige unbeachtet geblieben ist, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen.

(1) Zulassungsbescheinigungen I und II

Die Originalzulassungsbescheinigungen I und II sind dem B übergeben worden. Problematisch ist jedoch, dass die Brüder TT nicht in den Zulassungsbescheinigungen ausgewiesen waren. In den Bescheinigungen war eine in Spanien wohnhafte Person namens D ausgewiesen. Zwar haben die Brüder TT angegeben, im Auftrag des D zu handeln, sodass dies zunächst keinen Umstand darstellt, der von den Bescheinigungen abweicht – allerdings hat der B auch davon abgesehen, mit dem D persönlich in Kontakt zu treten. Vielmehr hat er sich unter Vorlage einer Kopie der Vorderseite eines auf den D ausgestellten Personalausweises verlassen und den mündlichen Angaben der Brüder TT in Bezug auf ihre Bevollmächtigung vertraut. Dies reicht nicht aus, um eine Bevollmächtigung glaubhaft zu belegen. Aus der Zulassungsbescheinigung Teil I geht zudem der D nicht eindeutig als derjenige hervor, auf den das Fahrzeug zugelassen ist, folgt dem Namen doch der Zusatz „Empfangsbevollmächtigter“. Indem B das Fahrzeug erworben hat, ohne nähere Nachforschungen zur Person des angeblichen Eigentümers, sowie zur Bevollmächtigung der beiden Brüder anzustellen, hat er die ihm obliegenden Überprüfungspflichten im Zusammenhang mit der Zulassungsbescheinigung nicht erfüllt. Der dem B vorgelegte DEKRA-Prüfbericht wies sogar einen ganz anderen Namen aus.

(2) Luxusfahrzeug

Bei dem Pkw handelt es sich um ein Luxusfahrzeug, welches erst wenige Tage vor dem Verkauf aus dem EU-Ausland nach Deutschland eingeführt und hier mit Kurzzeitkennzeichen zugelassen worden war. Deswegen war besondere Vorsicht geboten, die von B nicht gewahrt wurde. Zudem war der Kaufvertrag unvollständig ausgefüllt. Ob Service- und Wartungsarbeiten lückenlos durchgeführt wurden und ob das Serviceheft vorliegt, wurde nicht angegeben.

Gerade bei Luxusfahrzeugen wird üblicherweise Wert auf eine lückenlose Dokumentation der durchgeführten Wartungen und Services gelegt. Dass insbesondere solche Fahrzeuge „scheckheftgepflegt“ sind, stellt bei Vertragsverhandlungen üblicherweise maßgebliche Umstände dar.

(3) Keine Rücksprache mit dem D wegen Inzahlungnahme des Fahrzeugs

Ungewöhnlich war zudem, dass die Brüder sofort zur Inzahlungnahme des von B angebotenen Fahrzeugs bereit waren, ohne zuvor mit dem vermeintlichen Eigentümer Rücksprache zu halten und ohne, dass sich dieser das Fahrzeug ansieht oder sich zumindest Lichtbilder und Papiere des Fahrzeugs übersenden lässt.

(4) Hochzeitsfahrt

Die Angabe der Brüder TT, dass sie den Pkw noch für eine Hochzeitsfahrt eines Freundes benötigen, erscheint wenig nachvollziehbar, da eine Berechtigung der Vermittler eines Fahrzeugs für die Nutzung zu privaten Zwecken eher untypisch ist.

(5) Zeit und Ort

Ungewöhnlich erscheinen zudem die Zeit und der Ort des Vertragsschlusses und der Übergabe. Die Brüder TT trafen deutlich verspätet am Treffpunkt ein. Der Kaufvertrag wurde daher erst um 1 Uhr Nachts in den Räumlichkeiten einer Fast-Food-Kette unterschrieben und der Pkw auf dem Gelände einer Tankstelle an den B übergeben, obwohl ursprünglich vereinbart wurde, dass der Pkw an die Wohnanschrift des B gebracht werden sollte.

(6) Kein Adressabgleich

Der B hat zudem auf einen Abgleich der im Kaufvertrag angegebenen Adresse mit dem Personalausweis verzichtet, denn eine Kopie der Rückseite des Personalausweises war ihm nicht vorgelegt worden, sodass ihm eine Überprüfung der Wohnanschrift nicht möglich war.

(7) Keine Entlastung wegen fehlender subjektiver Fahrlässigkeit

Im Rahmen des § 932 Abs. 2 BGB gibt es keine Entlastung wegen fehlender subjektiver Fahrlässigkeit, weil der Rechtsverkehr sich bei der Konkretisierung des guten Glaubens auf gleichmäßige Mindestanforderungen einstellen können muss. Es gilt daher ein streng objektiver Maßstab, sodass die persönlichen Maßstäbe des Erwer-

¹⁵ BGH NJW 2013, 1946 (1947).

bers und seine Handelsgewohnheiten den Maßstab nicht mindern. Der B kann sich daher nicht darauf berufen, dass es sich aus seiner Sicht um einen üblichen Geschäftsvorgang gehandelt habe, den er beziehungsweise Familienangehörige bereits wiederholt in ähnlicher Weise praktiziert hätten und der Kauf ihm daher persönlich unverdächtig vorkam.

dd) Zwischenergebnis

Es bestand daher für B trotz Vorlage der Zulassungsbescheinigungen von vornherein Anlass, sowohl an der Eigentümerstellung des D, als auch an einer Bevollmächtigung der Brüder TT zu zweifeln. Bei einer Gesamtbetrachtung der genannten Umstände ergaben sich im Zeitpunkt des Erwerbs für den B zahlreiche Auffälligkeiten, die darauf hindeuteten, dass es sich um ein illegal nach Deutschland eingeführtes Fahrzeug handelte und der im Kaufvertrag angegebene als Veräußerer benannte D weder der Eigentümer noch zu einer Verfügung über das Fahrzeug befugt war. Der B hat – wie die oben genannten Umstände aufzeigen – insoweit grob fahrlässig gehandelt. Der B war daher nicht in gutem Glauben im Sinne von § 932 Abs. 2 BGB.

f) Zwischenergebnis:

Die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs liegen nicht vor. B hat kein Eigentum am Pkw erworben.

3. Zwischenergebnis:

Der Anspruchssteller und ursprüngliche Eigentümer K hat sein Eigentum nicht verloren und ist daher Eigentümer des Pkw.

II. Anspruchsgegner B ist Besitzer des Pkw

Der Pkw wurde im Rahmen der polizeilichen Hausdurchsuchung und Sicherstellung des Pkw an den B als letzten Gewahrsamsinhaber übergeben. Der B ist Besitzer des Pkw.

III. Anspruchsgegner B hat kein Recht zum Besitz, vgl. § 986 BGB

B hat kein Recht zum Besitz im Sinne des § 986 BGB.

B. Ergebnis

K hat gegen B einen Anspruch auf Herausgabe des Pkw.

FAZIT

Angesichts dessen, dass das Landgericht Osnabrück und das Oberlandesgericht Oldenburg die Gutgläubigkeit des Erwerbers im Rahmen von § 932 Abs. 2 BGB unterschiedlich bewerteten, wird deutlich, dass die Frage der Gutgläubigkeit eine detaillierte Abwägung und Bewertung der Umstände des Einzelfalles erforderlich macht. Deutlich wird, dass durch die Einhaltung etwaiger Erfordernisse, wie das Vorlegen der Zulassungsbescheinigung Teil II, nicht ausgeschlossen ist, dass der Erwerber nicht doch bösgläubig sein kann. „Wie immer“ kommt es daher auf die besonderen Umstände des Einzelfalles an.

Geburtsbeginn beim Kaiserschnitt

Dipl.-Jur. Anna Lange

BGH, Beschl. v. 11.11.2020 – 5 StR 256/20

§§ 211ff., § 218f. StGB

Sachverhalt (vereinfacht)

Die S wurde im Jahr 2009 mit eineiigen Zwillingen schwanger. Im Verlauf der Zwillingsschwangerschaft wurde bei einem der Zwillinge eine schwere Hirnschädigung diagnostiziert. Der andere Fetus war normal entwickelt. Einem späteren Indikationsschreiben der behandelnden Ärzte lässt sich entnehmen, dass aufgrund der schweren Hirnschädigung des einen Zwilling und der konkreten Lebenssituation der S die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des seelischen und körperlichen Gesundheitszustandes der S besteht.

Die S wurde sodann über die Möglichkeit eines selektiven Schwangerschaftsabbruchs (*selektiver Fetozyd*) informiert und aufgeklärt. Bei einem solchen wird die Nabelschnur des kranken Fetus mit Hilfe einer Koagulationszange mittels elektronischer Spannung verschlossen. Ein solcher Eingriff ist mit gewissen Risiken, wie zum Beispiel einer Frühgeburt, verbunden. Deswegen soll die Schwangerschaft zum Zeitpunkt eines solchen Eingriffs so weit wie möglich fortgeschritten sein. Der verstorbene Fetus verbleibt dabei bis zur Geburt des gesunden Kindes im Mutterleib. Die Geburt des gesunden Fetus soll dabei zeitnah nach dem obig beschriebenen Eingriff erfolgen. Andernfalls steigt das Risiko für den gesunden Zwilling zu stark.

Bei der S setzten im Juli 2010 Wehen ein, wobei nicht festgestellt werden konnte, ob es sich dabei um Eröffnungswehen handelte. Die Geburtsmediziner R und V beschlossen sodann, den zuvor geplanten Kaiserschnitt durchzuführen, indem zunächst der gesunde Zwilling entbunden und anschließend der kranke, aber noch lebensfähige Zwilling mittels einer Kaliumchloridinjektion in die Nabelvene getötet wurde. Dabei war R und V bewusst, dass sie sich mit dieser Vorgehensweise über geltendes Recht hinwegsetzen und einen Menschen töten würden. Dies nahmen beide billigend in Kauf, um dem Wunsch der S, ein gesundes Kind zur Welt zu bringen, zu entsprechen. R öffnete hierzu operativ die Bauchdecke und die Gebärmutter der S, wobei V assistierte. Der gesunde Zwilling wurde sodann aus dem Mutterleib entnommen. Im Anschluss daran klemmten die Ärzte bei dem kranken Zwilling die Nabelschnur ab und töteten diesen durch eine Kaliumchloridinjektion. Der getötete Zwilling wäre lebensfähig gewesen. Jedoch waren bei ihm schwere Beeinträchtigungen in Form von Lähmungen, Spastiken und motorischen sowie kognitiven Einschränkungen zu erwarten. Andere Verfahren eines selektiven Fetozyds wären mit höheren Risiken für den gesunden Zwilling verbunden gewesen.

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

EINORDNUNG

In der zugrunde liegenden Entscheidung befasste sich der BGH mit der Frage, ob der durch die Kaliumchloridinjektion getötete Zwilling zum Zeitpunkt der tödlichen Handlung noch eine Leibesfrucht im Sinne der §§ 218f. StGB oder bereits ein Mensch im Sinne der §§ 211ff. StGB war. Denn während die §§ 211ff. StGB das geborene menschliche Leben schützen, schützen die Normen der §§ 218f. StGB das ungeborene menschliche Leben. Im Kern geht es in der zugrunde liegenden Entscheidung somit um die Abgrenzung des Schwangerschaftsabbruchs gem. § 218 StGB vom Tot-

schlag gem. § 212 StGB. Spannend ist an dem vorliegenden Fall, dass es sich um eine Mehrlingsgeburt handelt. Bei einer solchen könnte der Geburtsbeginn rechtlich anders zu beurteilen sein als bei der Geburt von lediglich einem Kind. Ferner zeigt der Fall auf, dass ein selektiver Fetozyd unter Umständen straflos sein kann, sofern ein solcher vor Beginn der Geburt des gesunden Kindes durchgeführt wird. Dies macht deutlich, wie erheblich die Differenzierung zwischen der Vornahme der Handlung vor Beginn der Geburt oder nach Beginn der Geburt für eine Straflosigkeit oder eine Strafbarkeit ist.

LEITSATZ

Bei einer operativen Entbindung (Kaiserschnitt, *sectio caesarea*) beginnt die Geburt und damit der Anwendungsbereich der §§ 211ff. StGB regelmäßig mit der Öffnung des Uterus zum Zweck der dauerhaften Trennung des Kindes vom Mutterleib; dies gilt auch bei einer Mehrlingsgeburt.

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

Strafbarkeit von R und V gem. §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

A. Tatbestand

I. Objektiver Tatbestand

1. Taugliches Tatobjekt: Mensch i.S.d. §§ 211ff. StGB

- a) Ansicht der Rechtsprechung: Beginn der Geburt
- b) Ansicht der Literatur: Vollendung der Geburt
- c) Stellungnahme
- d) Beginn der Geburt im vorliegenden Fall
 - aa) Beginn der Geburt bei einer natürlichen Geburt
 - bb) Beginn der Geburt beim Kaiserschnitt
 - (1) Einleitung der Narkose
 - (2) Erster Schnitt des Operateurs
 - (3) Öffnung des Uterus
 - (4) Zwischenergebnis

2. Handlung und Erfolg

3. Kausalität und objektive Zurechnung

4. Zurechnung gem. § 25 Abs. 2 StGB

II. Subjektiver Tatbestand

B. Rechtswidrigkeit

I. Nothilfe gem. § 32 StGB

II. Notstand gem. § 34 StGB

III. § 218a Abs. 2 StGB

IV. § 218a Abs. 2 StGB in analoger Anwendung

V. Zwischenergebnis

C. Schuld

D. Ergebnis

Strafbarkeit von R und V gem. §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

R und V könnten sich wegen gemeinschaftlich begangenen Totschlags gem. §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem sie dem kranken Zwilling nach der

Geburt des gesunden Zwillings Kaliumchlorid in die Nabelvene injizierten.

A. Tatbestand

R und V müssten den Tatbestand erfüllt haben.

I. Objektiver Tatbestand

R und V müssten zunächst den objektiven Tatbestand erfüllt haben.

1. Taugliches Tatobjekt: Mensch iSd §§ 211ff. StGB

Bei dem kranken Zwilling müsste es sich um ein taugliches Tatobjekt, also einen Menschen im Sinne des § 212 Abs. 1 StGB handeln. Ist der kranke Zwilling zum Zeitpunkt der Tat noch kein Mensch, sondern eine Leibesfrucht gewesen, richtet sich der strafrechtliche Schutz nach der Norm des § 218 StGB. Insoweit ist eine Abgrenzung zwischen den Normen der §§ 211ff. StGB und dem § 218 StGB erforderlich. Die Kriterien einer solchen Abgrenzung sind umstritten.

a) Ansicht der Rechtsprechung: Beginn der Geburt

Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung der Beginn der Geburt.¹ Hergeleitet wurde diese rechtliche Beurteilung vor allem aus dem Wortlaut der Norm des § 217 StGB aF², welche die Tötung eines unehelichen Kindes „in oder gleich nach der Geburt“ dem Strafrecht unterstellte.³ Zwar wurde diese Norm mit dem 6. Strafrechtsreformgesetz von 1998 gestrichen, an der Rechtslage sollte sich nach dem Willen des Gesetzgebers jedoch nichts ändern.⁴ Denn nach der Gesetzesbegründung spielt der Straftatbestand in der Praxis bloß eine sehr untergeordnete Rolle, wobei die psychische Ausnahmesituation der Mutter, die ein eheliches oder nichteheliches Kind während oder gleich nach der Geburt tötet, nunmehr durch die Anwendbarkeit des § 213 StGB hinreichend Berücksichtigung findet.⁵ Im Rahmen der Aufhebung des § 217 StGB aF werde zugleich die allgemein kritisierte Beschränkung des Tatbestandes auf uneheliche Kinder beseitigt.⁶ Somit stellte der Gesetzgeber unmissverständlich klar, dass er die §§ 212, 213 StGB bei der Tötung eines Kindes „in der Geburt“ für anwendbar hält.⁷

¹ RGSt 1, 446 (448); BGHSt 65, 163 (168).

² Bis 1998 wurde in § 217 StGB die „Kindestötung“ unter Strafe gestellt.

³ BGHSt 65, 163 (168).

⁴ Ebd.

⁵ Ebd.

⁶ Ebd.

⁷ Ebd.

Neben dem Gesetzgeber geht auch der BGH, trotz der Abschaffung des § 217 StGB aF, von einer Anwendbarkeit der §§ 212, 213 StGB aus und begründet dies mit dem systematischen Verhältnis zwischen §§ 212 Abs. 1, 222 und 218 StGB.⁸ Nach der Auffassung des BGH bestehe kein Anlass, die insoweit mit dem Willen des Gesetzgebers übereinstimmende und in ständiger Rechtsprechung praktizierte Abgrenzung zwischen §§ 211ff. StGB und § 218 StGB anders als anhand des Geburtsbeginns zu beurteilen.⁹

b) Ansicht der Literatur: Vollendung der Geburt

Nach einer teilweise vertretenen Ansicht in der Literatur soll hingegen erst die Vollendung der Geburt den Übergang vom Schwangerschaftsabbruch gem. § 218 StGB zu den Tötungsdelikten markieren.¹⁰ Begründet wird diese Sichtweise insbesondere mit dem Wortlaut des Gesetzestextes, denn es bestehe ein wesentlicher Unterschied zwischen dem vollständig geborenen und dem noch ungeborenen Leben.¹¹

c) Stellungnahme

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass es einer Stellungnahme bedarf.

Für die erstgenannte Rechtsauffassung, die den Beginn der Geburt als maßgeblichen Abgrenzungzeitpunkt betrachtet, spricht der Schutz des Kindes.¹² Insbesondere während des Geburtsvorgangs ist das Kind erheblichen Risiken für Leben und Gesundheit ausgesetzt, sodass es in dieser Phase eines besonderen Schutzes – auch vor fahrlässigen Einwirkungen – bedarf.¹³

Auch der Wortlaut des § 218 StGB steht insoweit nicht entgegen, den Beginn der Geburt als Ende der von § 218 StGB geschützten Schwangerschaft und somit als Beginn des Schutzes durch die Tötungsdelikte anzusehen.¹⁴

Eine andere Wertung könnte sich jedoch aus § 1 BGB ergeben. Der Wortlaut dieser Norm knüpft für die Rechtsfähigkeit an die Vollendung der Geburt an. Jedoch handelt es sich bei dieser Norm um eine solche des Zivilrechts. Die Regelungszwecke von Zivil- und Strafnormen sind unterschiedlich.¹⁵ Folglich steht der Ansicht der Rechtsprechung

auch nicht entgegen, dass das Zivilrecht in § 1 BGB die Rechtsfähigkeit insofern abweichend erst mit Vollendung der Geburt annimmt.¹⁶

Im Ergebnis sind die Argumente für die erstgenannte Ansicht vorzugswürdig. Somit ist dieser Rechtsauffassung zu folgen. Damit markiert der Beginn der Geburt den Übergang von § 218 StGB zu den Tötungsdelikten.

d) Beginn der Geburt im vorliegenden Fall

Folglich ist zu beurteilen, ob die Geburt des kranken Zwilings zum Zeitpunkt der tödlich wirkenden Kaliumchloridinjektion bereits begonnen hat. Insofern ist zwischen einer natürlichen Geburt und einer Geburt im Wege eines Kaiserschnitts zu differenzieren.

aa) Beginn der Geburt bei einer natürlichen Geburt

Nach der Rechtsprechung des BGH ist für den Geburtsbeginn bei einer natürlichen Geburt das Einsetzen der Eröffnungswehen der maßgebliche Zeitpunkt.¹⁷ Vorliegend konnte nicht festgestellt werden, ob es sich bei den eingesetzten Wehen der S um solche Eröffnungswehen handelte. Im vorliegenden Fall wurde bei S ein Kaiserschnitt durchgeführt, sodass dies ohnehin dahinstehen kann. Vor dem Hintergrund, dass es sich nicht um eine natürliche Geburt handelte, kommt es also letztlich nicht darauf an, ob bei S zum Tatzeitpunkt bereits Eröffnungswehen eingesetzt hatten.

bb) Beginn der Geburt beim Kaiserschnitt

Bei der Durchführung eines Kaiserschnittes kommt es nicht auf das Einsetzen der Eröffnungswehen an. Für die Anwendbarkeit der Tötungsdelikte bedarf es somit eines vergleichbaren Zeitpunktes, welcher beim Kaiserschnitt den Geburtsbeginn markiert.

(1) Einleitung der Narkose

Eine Ansicht in der Literatur bejaht den Beginn der Geburt beim Kaiserschnitt bereits mit der Einleitung der Narkose zum Zwecke der Durchführung des Kaiserschnitts.¹⁸ Zum Zwecke der Durchführung des Kaiserschnitts wurde bei

⁸ Ebd.; BGH NSTZ 2008, 393 (394).

⁹ BGHSt 65, 163 (169).

¹⁰ R. Herzberg/A. Herzberg, Der Beginn des Menschseins im Strafrecht: Die Vollendung der Geburt, JZ 2001, 1106 (1112).

¹¹ R. Herzberg/A. Herzberg (Fn. 10), JZ 2001, 1106 (1110).

¹² BGHSt 65, 163 (169).

¹³ Ebd.

¹⁴ BGHSt 65, 163 (170).

¹⁵ RGSt 1, 446 (447); BGHSt 65, 163 (170).

¹⁶ Ebd.

¹⁷ BGHSt 65, 163 (170).

¹⁸ Cremer, Strafrechtlich relevantes Abgrenzungskriterium zwischen „Leibesfrucht“ und Mensch bei der abdominalen Schnittentbindung, MedR 1993, 421 (423).

S die Narkose eingeleitet. Folglich ist der Geburtsbeginn nach dieser Ansicht im vorliegenden Fall zu bejahen.

(2) Erster Schnitt des Operateurs

Wiederum eine andere Ansicht vertritt die Auffassung, dass der Beginn der Geburt beim Kaiserschnitt durch den ersten Schnitt des Operateurs zur Öffnung der Bauchdecke der maßgebliche Zeitpunkt sei.¹⁹ Vorliegend hat R die Bauchdecke der S durch einen Schnitt geöffnet, sodass auch nach dieser Ansicht die Geburt zum Tatzeitpunkt bereits begonnen hatte.

(3) Öffnung des Uterus

Nach der Ansicht des BGH ist der maßgebliche Zeitpunkt für den Geburtsbeginn beim Kaiserschnitt die Öffnung des Uterus der Mutter zum Zwecke der Beendigung der Schwangerschaft durch die Entnahme des Kindes aus dem Mutterleib.²⁰

Zum Zeitpunkt der tödlichen Handlung war der Uterus der S bereits geöffnet. Diese einmalige Öffnung des Uterus war auch von dem Zweck getragen, die Schwangerschaft der S endgültig zu beenden. Vorliegend endete die Schwangerschaft der S dadurch, dass ihr Uterus einmalig geöffnet wurde und beide Kinder im Rahmen dieser einmaligen Öffnung des Uterus dem Mutterleib entnommen wurden.²¹ Unerheblich für die Beurteilung des maßgeblichen Zeitpunktes für den Geburtsbeginn ist, ob sich im Mutterleib bloß ein Kind befindet oder ob es sich um eine Mehrlingsgeburt handelt.²² Ein normativ relevanter Unterschied ist insofern nicht anzunehmen.²³ Insbesondere lag im vorliegenden Fall auch keine zeitversetzte Geburt vor, bei welcher ein Kind vor dem anderen geboren wird und die Schwangerschaft hinsichtlich des im Mutterleib verbliebenen Kindes fort dauert.²⁴ Der Umstand, dass es sich um eine Zwillingsgeburt handelt, führt somit nicht zu einer anderen rechtlichen Beurteilung hinsichtlich des maßgeblichen Zeitpunktes. Folglich hat auch nach dieser Ansicht die Geburt zum Zeitpunkt der Tathandlung bereits begonnen.

(4) Zwischenergebnis

Alle Ansichten kommen vorliegend zu demselben Ergebnis,

sodass es keiner Stellungnahme bedarf. Die Geburt hatte zum Zeitpunkt der Tathandlung bereits begonnen. Folglich handelte es sich bei dem kranken Kind zum Zeitpunkt der tödlich wirkenden Injektion um einen geborenen Menschen im Sinne der Tötungsdelikte.

Anmerkung

Wäre die Fallgestaltung eine andere, die zu unterschiedlichen Ergebnissen hinsichtlich des Geburtsbeginns beim Kaiserschnitt führen und somit eine Stellungnahme erfordern würde, könnte man folgendermaßen argumentieren:

Gegen die sehr weite Ansicht, die schon mit der Einleitung der Narkose die Geburt als beginnend betrachtet, spricht, dass es zu diesem Zeitpunkt noch mehrerer notwendiger Zwischenschritte bedarf, um das Kind dem Mutterleib endgültig entnehmen zu können. Zwar stellt der erste Schnitt des Operateurs einen solchen wesentlichen Zwischenschritt dar. Jedoch führt auch dieser noch nicht endgültig zu der Beendigung der Schwangerschaft. Denn denkbar sind auch medizinische Eingriffe, die nicht zum Zwecke der Beendigung der Schwangerschaft vorgenommen werden, sondern aus anderen medizinischen Gründen erfolgen. Gegen die zwei erstgenannten Ansichten spricht somit in entscheidender Weise, dass weder die bloße Einleitung der Narkose noch der erste Schnitt des Operateurs ein eindeutiges Ende der Schwangerschaft im Sinne von § 218 StGB zur Folge hat.²⁵

Für die Ansicht des BGH, der die Öffnung des Uterus als maßgeblichen Zeitpunkt betrachtet, spricht, dass mit der Öffnung des Uterus ein Abbruch des Geburtsvorgangs in der Regel nicht mehr möglich ist.²⁶ Der Nasciturus ist damit erstmalig von dem Geburtsvorgang betroffen und die Öffnung des Uterus hat letztlich ein eindeutiges Ende der Schwangerschaft im Sinne von § 218 Abs. 1 S. 1 StGB zur Folge.²⁷ In subjektiver Hinsicht muss die Öffnung der Gebärmutter dem Zweck dienen, das Kind dauerhaft vom Mutterleib zu trennen und somit die Schwangerschaft endgültig zu beenden.²⁸ Eine

¹⁹ Schneider in: Erb/Schäfer, Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl. 2021, Vorb. zu § 211 Rn. 12.

²⁰ BGHSt 65, 163 (171).

²¹ Ebd.

²² BGHSt 65, 163 (172f.).

²³ BGHSt 65, 163 (173).

²⁴ Ebd.

²⁵ BGHSt 65, 163 (172).

²⁶ Ebd.

²⁷ Ebd.

²⁸ Heinemann, Frau und Fötus in der Prä- und Perinatalmedizin aus strafrechtlicher Sicht, 2000, S. 68ff.

solche Zweckrichtung dient der Abgrenzung zur Öffnung des Uterus aus bloß fetalchirurgischen Gründen mit der Bestimmung, diese im Anschluss wieder zu verschließen, um die Schwangerschaft andauern zu lassen.²⁹

Die Argumente für die letztgenannte Ansicht sind vorzugswürdig. Dieser ist zu folgen. Somit ist maßgeblicher Zeitpunkt für den Geburtsbeginn beim Kaiserschnitt und damit für die Anwendbarkeit der Tötungsdelikte, die Öffnung des Uterus der Mutter zum Zwecke der Beendigung der Schwangerschaft durch die Entnahme des Kindes aus dem Mutterleib.³⁰

2. Handlung und Erfolg

Indem R die Kaliumchloridlösung in die Nabelvene des im Mutterleib verbliebenen Kindes injizierte, wurde das kranke Kind getötet.

3. Kausalität und Objektive Zurechnung

Die Kaliumchloridinjektion müsste für den Tod des kranken Kindes kausal geworden sein und dieser müsste den behandelnden Ärzten V und R zurechenbar sein. Das kranke Kind war lebensfähig, sodass es ohne die Injektion der Kaliumchloridlösung nicht gestorben wäre. Die rechtlich missbilligte Gefahr des Todes ist der Injektion einer Kaliumchloridinjektion in die Nabelvene immanent. Folglich sind Kausalität und objektive Zurechenbarkeit zu bejahen.

4. Zurechnung gem. § 25 Abs. 2 StGB

Die Handlung der R müsste V gem. § 25 Abs. 2 StGB als Mitäter zurechenbar sein. Erforderlich ist hierfür das Bestehen eines gemeinsamen Tatplans sowie eine gemeinsame Tatausführung. R und V haben ihr Vorgehen im Vorfeld des Kaiserschnitts besprochen, sodass ein gemeinsamer Tatplan vorlag. Überdies hat V der R im Rahmen des tödlichen Eingriffs assistiert, sodass er insofern auch einen wesentlichen Tatbeitrag geleistet hat. Folglich ist die Handlung der R dem V gem. § 25 Abs. 2 StGB zurechenbar.

II. Subjektiver Tatbestand

R und V müssten vorsätzlich bzgl. der Tötung des kranken Kindes gehandelt haben. Sie müssten es also für möglich halten und zumindest billigend in Kauf nehmen, dass sie durch ihr Handeln einen Menschen töten würden. Die Ärz-

te waren sich darüber bewusst, dass mit der Öffnung des Uterus der S auch für das kranke Kind die Geburt begonnen hatte und dieses somit bereits als Mensch im Sinne der Tötungsdelikte zu qualifizieren war. Die Tötung des Kindes nahmen beide billigend in Kauf, um dem Wunsch der S, ein gesundes Kind zur Welt zu bringen, zu entsprechen.

B. Rechtswidrigkeit

Zugunsten der behandelnden Ärzte R und V könnte ein Rechtfertigungsgrund eingreifen.

I. Nothilfe gem. § 32 Abs. 1 StGB

Eine Rechtfertigung aus Nothilfe gem. § 32 Abs. 1 StGB scheidet mangels eines gegenwärtigen Angriffs aus. Es liegt schon kein relevantes menschliches Verhalten des kranken Kindes vor, welches rechtlich geschützte Interessen des gesunden Kindes zu verletzen drohte.

II. Notstand gem. § 34 StGB

R und V könnten durch einen Notstand gem. § 34 StGB gerechtfertigt sein. Voraussetzung hierfür ist das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr für ein schützenswertes Rechtsgut. Von dem kranken Kind könnte vorliegend für das gesunde Kind eine Gefahr für Leib und Leben ausgehen. Zum Zeitpunkt der tödlichen Handlung ging von dem kranken Zwillings jedoch keine Gefahr mehr für das bereits abgenabelte und dem Mutterleib entnommene gesunde Kind aus. Folglich ist eine gegenwärtige Gefahr für ein schützenswertes Rechtsgut zu verneinen. Damit sind R und V nicht wegen Notstand im Sinne von § 34 StGB gerechtfertigt.

III. § 218a Abs. 2 StGB

R und V könnten aufgrund einer medizinisch-sozialen Indikation in Bezug auf S gem. § 218a Abs. 2 StGB gerechtfertigt sein. Denn dem Indikationsschreiben der behandelnden Ärzte lässt sich entnehmen, dass aufgrund der schweren Hirnschädigung des einen Zwillingen und der konkreten Lebenssituation der S die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des seelischen und körperlichen Gesundheitszustandes der S bestand. Eine medizinisch-soziale Indikation im Sinne von § 218a Abs. 2 StGB rechtfertigt jedoch bloß eine Spätabtreibung der Leibesfrucht im Rahmen eines Schwangerschaftsabbruchs, nicht aber die Tötung eines Menschen.³¹ Das kranke Kind war nach den

²⁹ BGHSt 65, 163 (173).

³⁰ BGHSt 65, 163 (171).

³¹ BGHSt 65, 163 (175).

obigen Feststellungen bereits ein Mensch im Sinne der Tötungsdelikte. Folglich scheidet eine Rechtfertigung aus § 218a Abs. 2 StGB aus.

IV. § 218a Abs. 2 StGB in analoger Anwendung

R und V könnten in analoger Anwendung des § 218a Abs. 2 StGB gerechtfertigt sein. Eine solche analoge Anwendung setzt zunächst das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke sowie eine vergleichbare Interessenlage voraus. Der Gesetzgeber hat sich im Rahmen umfassender parlamentarischer Diskussionen bewusst dafür entschieden, dass § 218a Abs. 2 StGB nur auf die Zeit der Schwangerschaft beschränkt sein soll.³² Somit fehlt es bereits an einer planwidrigen Regelungslücke. Eine analoge Anwendung des § 218a Abs. 2 StGB scheidet demnach aus.

V. Zwischenergebnis

Zugunsten von R und V greifen keine Rechtfertigungsgründe ein. Somit handelten R und V rechtswidrig.

C. Schuld

Entschuldigungs- und Schuldausschließungsgründe kommen vorliegend nicht in Betracht. Insbesondere scheidet das Vorliegen eines Verbotsirrtums gem. § 17 StGB aus, denn R und V waren sich darüber bewusst, dass sie sich über geltendes Recht hinwegsetzten und das kranke Kind als ein Mensch im Sinne der Tötungsdelikte durch die Injektion töten würden.³³ Folglich handelten R und V auch schuldhaft.

D. Ergebnis

R und V haben sich wegen gemeinschaftlichen Totschlags gem. §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

FAZIT

Der BGH hält wenig überraschend an den bereits vom Reichsgericht getroffenen Feststellungen fest, dass der Beginn der Geburt das maßgebliche Kriterium für die Anwendbarkeit der Tötungsdelikte in Abgrenzung zu den Normen der §§ 218f. StGB ist. Der hiervon abweichenden teilweise vertretenen Ansicht in der Literatur erteilt der Senat insofern, begründet mit dem erforderlichen Schutz des Kindes und dem Wortlaut, eine deutliche Absage.

³² Ebd.

³³ BGHSt 65, 163 (176).

³⁴ Vgl. hierzu auch Neumann, Der „Berliner Zwillingfall“ – Anlass für eine Neubestimmung der Grenze zwischen Tötungs- und Abtreibungstatbeständen, StV 2021, 462 (465).

³⁵ BGHSt 65, 163 (171).

³⁶ Vgl. hierzu auch Neumann (Fn. 33), StV 2021, 462 (465).

Auch die Rechtsauffassung des BGH, den Eintritt der Eröffnungswehen im Rahmen einer natürlichen Geburt als maßgeblichen Zeitpunkt für den Beginn der Geburt anzusehen, verdient im Ergebnis Zustimmung. Insofern ist jedoch entscheidend darauf hinzuweisen, dass der Eintritt der Eröffnungswehen keinen starren und zwingenden Zeitpunkt für die Annahme des Geburtsbeginns darstellt.³⁴ So sind nach den eigenen Ausführungen des BGH wiederum verschiedene Formen und Zeitpunkte der Eröffnungswehen (alsbald in die Ausstoßung der Leibesfrucht mündende Eröffnungswehen, Presswehen) denkbar und zu berücksichtigen.³⁵ Auf welche konkrete Form von Eröffnungswehen es für den Beginn der Geburt ankommt, hatte der BGH mangels Entscheidungserheblichkeit vorliegend nicht zu beurteilen. Vorzugswürdig dürften jedoch solche Eröffnungswehen sein, welche das Kriterium der alsbaldigen Ausstoßung aus dem Mutterleib erfüllen.³⁶ Wie häufig der Fall, dürfte es insofern folglich auf die Umstände des Einzelfalles ankommen. In einer Klausur wären insofern die Sachverhaltsangaben hinsichtlich der konkreten Eröffnungswehen zu verarbeiten.

Zustimmung verdient auch die Feststellung des BGH, dass beim Kaiserschnitt auf die Öffnung des Uterus als maßgeblichen Zeitpunkt abzustellen ist. Erfreulich ist hierbei insbesondere, dass der Senat insofern mit der Zweckrichtung der dauerhaften Trennung vom Mutterleib eine nachvollziehbare subjektive Einschränkung vornimmt. Mit dieser subjektiven Voraussetzung ist es sodann ohne Probleme möglich, eine Abgrenzung zu der Öffnung des Uterus aus anderen medizinischen Gründen vorzunehmen. Mit diesem an die Hand gegebenem subjektiven Kriterium dürften insofern keine Abgrenzungsschwierigkeiten entstehen.

Äußerung der Kanzlerin auf Auslandsreise

stud. iur. Patrick Semrau

BVerfG, Urt. v. 15.6.2022 – 2 BvE 4/20, 2 BvE 5/20

Art. 21 GG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 63 BVerfGG

Sachverhalt (vereinfacht und gekürzt)

Am 05.02.2020 fand im Thüringer Landtag die Wahl zum Ministerpräsidenten des Freistaats Thüringen statt. In den ersten beiden Wahlgängen traten Bodo Ramelow, als gemeinsamer Kandidat der Fraktionen von SPD, Die Linke und Bündnis 90/Die Grünen sowie Christoph Kindervater als Kandidat der AfD an. Keiner der Wahlvorschläge erhielt die notwendige absolute Stimmenmehrheit. Daraufhin nominierte die Fraktion der FDP Thomas Kemmerich als weiteren Kandidaten für den dritten Wahlgang, in dem gewählt ist, wer die meisten Stimmen erhält. In diesem dritten Wahlgang entfielen 45 von 90 Stimmen auf Thomas Kemmerich, 44 Stimmen entfielen auf Ramelow und es gab eine Enthaltung. Im dritten Wahlgang erhielt der Kandidat der AfD keine Stimmen. Kemmerich war somit gewählt und nahm an.

Dies löste die Vermutung aus, dass Kemmerich neben den Stimmen von CDU und FDP auch mit denen der AfD gewählt wurde. Daraufhin wurde in erheblichem Maße öffentliche Kritik ausgeübt. Zu den Kritiker:innen gehörte auch die damalige CDU-Bundesvorsitzende, Annegret Kramp-Karrenbauer, die noch am selben Tag äußerte, dass eine Unterstützung des Kandidaten Kemmerich auch durch Abgeordnete der CDU-Fraktion gegen die Beschlusslage der CDU Deutschlands verstoße, die eine Zusammenarbeit mit der AfD ausschließe; es sei geboten, dass der Ministerpräsident zurücktrete.

Angela Merkel (M) ist zu diesem Zeitpunkt noch Bundeskanzlerin, aber nicht mehr CDU-Bundesvorsitzende. Kraft Amtes ist sie noch Mitglied im Bundespräsidium der CDU. Am 06.02. befand sie sich auf einer Dienstreise in Südafrika und gab dort eine gemeinsame Pressekonferenz mit dem südafrikanischen Präsidenten. Diese fand vor den Flaggen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Südafrika statt. M stand dabei an einem Pult mit dem offiziellen staatlichen Wappen der Republik Südafrika.

Nach der Begrüßung des Präsidenten in ihrer Funktion als Bundeskanzlerin und der Würdigung der südafrikanisch-deutschen Zusammenarbeit äußerte sich M zunächst wie folgt:

„Meine Damen und Herren, ich hatte dem Präsidenten schon gesagt, dass ich aus innenpolitischen Gründen eine Vorbemerkung machen möchte, und zwar bezogen auf den gestrigen Tag, an dem ein Ministerpräsident in Thüringen gewählt wurde. Die Wahl dieses Ministerpräsidenten war ein einzigartiger Vorgang, der mit einer Grundüberzeugung für die CDU und auch für mich gebrochen hat, dass nämlich keine Mehrheiten mit Hilfe der AfD gewonnen werden sollen. Da dies in der Konstellation, in der im dritten Wahlgang gewählt wurde, absehbar war, muss man sagen, dass dieser Vorgang unverzeihlich ist und deshalb das Ergebnis rückgängig gemacht werden muss. Zumindest gilt für die CDU, dass sich die CDU nicht an einer Regierung unter dem gewählten Ministerpräsidenten beteiligen darf.

Es war ein schlechter Tag für die Demokratie. Es war ein Tag, der mit den Werten und Überzeugungen der CDU gebrochen hat. Jetzt muss alles getan werden, damit deutlich wird, dass dies in keiner Weise mit dem, was die CDU denkt und tut, in Übereinstimmung gebracht werden kann. Daran wird in den nächsten Tagen zu arbeiten sein.

Jetzt komme ich zu dem Land Südafrika, das ich mit Freude und zum dritten Mal als Bundeskanzlerin besuche. Ich war 2007 und 2010 hier. Es hat jetzt zehn Jahre gedauert bis ich wiedergekommen bin. Vor fast genau 30 Jahren wurde Nelson Mandela freigelassen, am 11. Februar 1990. Diese Zeit hat für Südafrika einen großen Wandel mit sich gebracht. [...]“

Die AfD macht anschließend form- und fristgerecht vor dem Bundesverfassungsgericht geltend, dass die Äußerung, wonach niemals Mehrheiten mit ihr gewonnen werden dürften, dies unverzeihlich sei und die Ministerpräsidentenwahl rückgängig gemacht werden müsse, ihre Rechte aus Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG verletze.

Die Bundeskanzlerin wendet demgegenüber ein, die Äußerung sei notwendig gewesen, um die Stabilität und Handlungsfähigkeit der Regierung zu schützen. Bereits vor der Pressekonferenz hatte sie zu dem Sachverhalt mit dem Vizekanzler (Olaf Scholz, SPD) und dem SPD-Vorsitzenden Kontakt aufgenommen, um einen Koalitionsausschuss zu vereinbaren.

Zudem hätte M das Ansehen und das Vertrauen in die Verlässlichkeit der Bundesrepublik Deutschland in der Staatengemeinschaft schützen müssen. Dem wird entgegengehalten, es handle sich nur um eine Landesangelegenheit; zudem drohe kein Ansehensverlust, da die internationale Presse ohnehin nur deutsche Kritik wiederhole und keine eigene ausübe, was zutrifft.

Ist das von der AfD vor dem Bundesverfassungsgericht angestrebte Verfahren erfolgreich?

EINORDNUNG

Das BVerfG hatte hier geradezu einen mustertypischen Fall des Staatsorganisationsrechts zu entscheiden. An dem Thema Öffentlichkeitsarbeit der Regierung und Chancengleichheit der Parteien führt schon in der Ausbildung kein Weg vorbei. Es handelt sich um einen Klassiker, den alle Studierenden beherrschen sollten.¹ Bereits in der Zulässigkeit des Organstreitverfahrens ist die Parteifähigkeit politischer Parteien zu problematisieren und durch Differenzierung zwischen § 63 BVerfGG und Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG zu lösen. Ansonsten liegt der Schwerpunkt aber auf der Begründetheit. Beachtlich an dieser Konstellation ist, dass nicht ein:e Minister:in handelt, sondern die Bundeskanzlerin. Ihre Äußerungen könnten die Chancengleichheit der AfD aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG verletzen. Ein Schwerpunkt liegt auf der Frage, ob die Äußerung überhaupt in amtlicher Funktion erfolgte. Darüber hinaus handelt es sich bei der Chancengleichheit der Parteien dann auch nicht um ein absolutes Differenzierungsverbot. Daher kann eine Abwägung mit der Stabilität und Handlungsfähigkeit der Bundesregierung sowie dem Ansehen und dem Vertrauen in die Verlässlichkeit der Bundesrepublik Deutschland in der Staatengemeinschaft erfolgen. Damit handelt es sich um einen idealen Übungsfall eines Klassikers, der seine Relevanz für die ganze Ausbildung behält.

LEITSÄTZE

1. Für den Bundeskanzler gelten die Maßgaben zur Abgrenzung des Handelns in amtlicher Funktion von der nicht amtsbezogenen Teilnahme am politischen Wettbewerb grundsätzlich in gleicher Weise wie für die sonstigen Mitglieder der Bundesregierung.
2. 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.
3. Gründe, die Ungleichbehandlungen rechtfertigen und der Bundesregierung eine Befugnis zum Eingriff in die Chancengleichheit der Parteien verleihen, müssen durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sein, das dem Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien die Waage halten kann.
4. 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.
5. 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 Einschätzungs-

¹ Chiofalo/Vrielmann in: Chiofalo/Kohal/Linke, Staatsorganisationsrecht, 2022, § 12 S. 338.

spielraum. 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.

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit des BVerfG

II. Parteifähigkeit

III. Verfahrensgegenstand

IV. Antragsbefugnis

V. Rechtsschutzbedürfnis

VI. Form und Frist

VII. Zwischenergebnis

B. Begründetheit

I. Rechtsposition der AfD

1. Recht auf Chancengleichheit politischer Parteien, Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG

2. Neutralitätspflicht staatlicher Organe

II. Eingriff

1. Äußerung in amtlicher Eigenschaft

2. Verstoß gegen Neutralitätspflicht

III. Rechtfertigung

1. Stabilität und Handlungsfähigkeit der Bundesregierung

2. Ansehen und Vertrauen in die Verlässlichkeit der BRD in der Staatengemeinschaft

3. Befugnis zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit

4. Zwischenergebnis

C. Ergebnis

Das angestrebte Organstreitverfahren der AfD müsste zulässig und begründet sein.

A. Zulässigkeit

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG und der §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG müssten erfüllt sein.

I. Zuständigkeit des BVerfG

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) ist gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 13 Nr. 5 BVerfGG für Entscheidungen in Organstreitverfahren zuständig.²

II. Parteifähigkeit

Da es sich um ein kontradiktorisches Verfahren handelt, müssen sowohl Antragsteller als auch Antragsgegner gem. § 63 BVerfGG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG parteifähig sein.³

Die AfD müsste als Antragstellerin parteifähig sein. § 63 BVerfGG umfasst politische Parteien nicht. Der Wortlaut des Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG ist hingegen weiter und umfasst auch „andere Beteiligte“, die durch die Verfassung mit eigenen Rechten ausgestattet sind. Normenhierarchisch geht das GG dem BVerfGG vor.⁴ Daher ist Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG maßgeblich. Politische Parteien sind im Organstreit allerdings nur parteifähig, soweit sie Rechte geltend machen, die sich aus ihrem besonderen verfassungsrechtlichen Status aus Art. 21 GG ergeben.⁵ Andernfalls sind sie auf die Verfassungsbeschwerde beschränkt.⁶ Die AfD macht das Recht auf Chancengleichheit politischer Parteien aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG geltend. Demzufolge ist die AfD als politische Partei parteifähig.

M müsste als Antragsgegnerin ebenfalls parteifähig sein. Gemäß § 63 BVerfGG sind unter anderem die Regierung als in der Vorschrift genanntes oberstes Bundesorgan und die im Grundgesetz mit eigenen Rechten ausgestatteten Teile dieser Organe parteifähig. Die Bundeskanzlerin ist Teil der Bundesregierung, Art. 62 GG. Sie ist außerdem mit eigenen Rechten ausgestattet, etwa aus Art. 58 und 65 GG. Für die Parteifähigkeit ist zudem der Status zum Zeitpunkt, zu dem das Verfahren anhängig gemacht wurde, entscheidend.⁷ Das zwischenzeitliche Ausscheiden aus dem Amt ist somit unschädlich. M ist mithin ebenfalls parteifähig. Antragsteller und Antragsgegner sind somit beide parteifähig.

² Siegel in: Staatsorganisationsrecht (Fn. 1), § 21.1 S. 458.

³ Betghe in: Schmidt-Bleibtreu u.a., Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, 62. EL. 2022, § 63 Rn. 1; Sodan/Ziekow in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Auflage 2020, § 52 Rn. 5ff.

⁴ Siegel in: Staatsorganisationsrecht (Fn. 1), § 21.1 S. 460.

⁵ Siegel in: Staatsorganisationsrecht (Fn. 1), § 21.1 S. 461.

⁶ Ebd.

⁷ BVerfG NVwZ 2022, 1113 Rn. 54.

III. Verfahrensgegenstand

Es müsste ein tauglicher Verfahrensgegenstand gegeben sein. Gemäß § 64 BVerfGG sind alle konkreten Maßnahmen oder Unterlassungen des Antragsgegners, die rechtserheblich sind, taugliche Verfahrensgegenstände.⁸ Die Äußerung als konkrete Maßnahme der M ist grundsätzlich geeignet, in Rechte der AfD aus Art. 21 GG einzugreifen, und daher rechtserheblich. Damit stellt sie einen tauglichen Verfahrensgegenstand dar.

IV. Antragsbefugnis

Die AfD müsste zudem antragsbefugt sein. Dies erfordert die Möglichkeit einer Verletzung oder unmittelbaren Gefährdung des Rechtes, welche nicht evident ausgeschlossen werden kann.⁹ Es kann nicht von vorneherein ausgeschlossen werden, dass die Äußerungen der M ihre verfassungsrechtlichen Äußerungsbefugnisse in nicht zu rechtfertigender Weise überschritten haben und damit die AfD in ihrem Recht auf Chancengleichheit aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG verletzt wurde. Die AfD ist daher antragsbefugt.

V. Rechtsschutzbedürfnis

Das Rechtsschutzbedürfnis ist grundsätzlich durch das Vorliegen der anderen Voraussetzungen bereits indiziert.¹⁰ Problematisch könnte zum einen sein, dass die Äußerung bereits abgeschlossen ist, zum anderen, dass M nicht länger Bundeskanzlerin ist. Das Organstreitverfahren dient aber der gegenseitigen Abgrenzung der Kompetenzen von Verfassungsorganen oder ihrer Teile.¹¹ Für die Zukunft kann eine Wiederholung des streitgegenständlichen Verhaltens, wenn auch in anderer Konstellation, nicht ausgeschlossen werden. Das Rechtsschutzbedürfnis besteht daher trotz der beiden obigen Umstände fort.

VI. Form und Frist

Die Form- und Fristenfordernisse aus §§ 23 Abs. 1, 64 Abs. 2 und 3 BVerfGG sind eingehalten.

VII. Zwischenergebnis

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG und der §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG sind erfüllt und das Organstreitverfahren somit zulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, wenn die beanstandete Maßnahme oder Unterlassung der Antragsgegnerin gegen eine Bestimmung des Grundgesetzes verstößt und dadurch verfassungsrechtliche Rechte oder Pflichten der Antragstellerin verletzt sind, vgl. § 67 BVerfGG.

I. Rechtsposition der AfD

1. Recht auf Chancengleichheit politischer Parteien, Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG

Die AfD müsste ein Organrecht aus dem Grundgesetz haben, in dem sie verletzt werden könnte. Dieses könnte im Recht auf Chancengleichheit politischer Parteien liegen. Ein solches Recht der Parteien ergibt sich aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG.¹² Als notwendiger Bestandteil der demokratischen Grundordnung¹³ wird die Mitwirkung an der politischen Willensbildung „auf Basis gleicher Rechte und gleicher Chancen“¹⁴ geschützt.¹⁵ Geschützt wird nicht nur das Wahlverfahren und deren Vorfeld, sondern die Tätigkeit der Parteien insgesamt.¹⁶ Die AfD ist eine politische Partei und kann sich damit auf das Recht auf Chancengleichheit aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG berufen. Ein Organrecht aus dem Grundgesetz liegt somit vor.

2. Neutralitätspflicht staatlicher Organe

Aus der Chancengleichheit könnte eine Neutralitätspflicht für staatliche Organe folgen. Diese würde erfordern, dass Staatsorgane im politischen Wettbewerb ihre Neutralität wahren und wäre verletzt, wenn Staatsorgane in amtlicher Funktion zugunsten oder zulasten einer politischen Partei einwirkten.¹⁷ Das Bestehen einer solchen Neutralitätspflicht ist umstritten. Eine Ansicht sieht eine Neutralitätspflicht für gegeben.¹⁸ Eine andere spricht sich, zumindest in

⁸ Siegel in: Staatsorganisationsrecht (Fn. 1), § 21.1 S. 462.

⁹ Siegel in: Staatsorganisationsrecht (Fn. 1), § 21.1 S. 463.

¹⁰ Siegel in: Staatsorganisationsrecht (Fn. 1), § 21.1 S. 466.

¹¹ BVerfG NVwZ 2022, 1113 (1114 Rn. 63).

¹² Chiofalo/Vrielmann in: Staatsorganisationsrecht (Fn. 1), § 12 S. 338.

¹³ BVerfG NVwZ 2014, 1156 (1158); NVwZ 2015, 209 (210).

¹⁴ BVerfG NJW 2018, 928 (929); NJW 2020, 2096 (2097).

¹⁵ Jarass in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Art. 21 Rn. 22.

¹⁶ Ebd.

¹⁷ BVerfG NVwZ 2022, 1113 (1114 Rn. 73).

¹⁸ BVerfGE 148, 11 (25); BVerfGE 154, 320 (335f.); BVerfG NVwZ 2022, 1113 Rn. 73; Harding, Die Entpolitisierung regierungsamtlicher Öffentlichkeitsarbeit im Spiegel der aktuellen Judikatur des BVerfG, NVwZ 2022, 1777 (1781),

solchem Umfang, gegen sie aus.¹⁹ Gegen eine Neutralitätspflicht könnte sprechen, dass sie im Widerspruch zur Verfassungswirklichkeit und der parteienstaatlichen Struktur der Bundesrepublik stehen könnte.²⁰ Die Bundesregierung setze die Wahlprogramme der sie tragenden Parteien um und sei keine „neutrale“ über allem stehende Exekutivspitze.²¹ Hiergegen spricht wiederum, dass die demokratische Legitimation von Wahlen eine freie Meinungsbildung voraussetzt, die sich von unten her nach oben gestalten muss.²² Die Integrität demokratischer Wahlen hat ein sehr hohes Gewicht und überwiegt deshalb. Daher gibt es für staatliche Organe eine Neutralitätspflicht gegenüber parteipolitischen Mitbewerbern. Da sich die Willensbildung nicht nur auf die Vorwahlzeit beschränkt, gilt die Neutralitätspflicht gegenüber sämtlichen Tätigkeiten der Parteien in Zusammenhang mit ihrem Verfassungsauftrag aus Art. 21 Abs. 1 GG.²³

II. Eingriff

In diese Rechtsposition müsste eingegriffen worden sein. Dies ist der Fall, wenn die Bundeskanzlerin in amtlicher Eigenschaft gegen die aus Art. 21 Abs. 1 GG folgende Neutralitätspflicht verstoßen hat.

1. Äußerung in amtlicher Eigenschaft

Die Bundeskanzlerin müsste sich in amtlicher Eigenschaft geäußert haben. Denn die Neutralitätspflicht schließt eine Beteiligung am Meinungskampf außerhalb der amtlichen Funktion nicht aus.²⁴ Es muss jedoch sichergestellt sein, dass kein Rückgriff auf die mit dem Regierungsamt verbundenen Mittel und Möglichkeiten, auf die die politischen Mitbewerber keinen Zugriff haben, erfolgt.²⁵ Eine Beeinträchtigung liegt daher vor, wenn auf mit dem Amt verbundene Ressourcen zurückgegriffen wird oder die Äußerung unter erkennbarer Bezugnahme auf das Regierungsamt erfolgt, um mit der Autorität des Amtes besondere Glaubwürdigkeit oder besonderes Gewicht zu erlangen.²⁶ Das gilt für die Bundeskanzlerin in gleicher Weise wie für die Bundesminister:innen.²⁷

Ob die Äußerung unter besonderer Inanspruchnahme des Regierungsamtes oder der mit ihm verbundenen Ressourcen erfolgt ist nach den Umständen des Einzelfalls aus der Perspektive eines mündigen, verständigen Bürgers auszuliegen.²⁸ Für ein Handeln in amtlicher Funktion könnte der Rahmen der Äußerung sprechen. M äußert sich auf einer Auslandsreise als Bundeskanzlerin auf einer offiziellen Pressekonferenz. Diese findet vor den offiziellen Flaggen der Bundesrepublik und der Republik Südafrika statt, zudem befindet sich auch am Redner:innenpult das offizielle Wappen Südafrikas. Des Weiteren begrüßt der südafrikanische Präsident sie als „Kanzlerin“. M wurde in ihrer Funktion als Bundeskanzlerin nach Südafrika eingeladen. In dieser Funktion fand der Austausch mit südafrikanischen Vertreter:innen statt, zu dem die Pressekonferenz stattfand. M wäre nicht in anderer Funktion zu diesen Terminen eingeladen worden, nutzt also besondere Ressourcen. Auch die hoheitlichen Wappen deuten auf ihre Anwesenheit in amtlicher Funktion hin.

Fraglich ist, ob die Ankündigung, eine „Vorbemerkung aus innenpolitischen Gründen“ machen zu wollen, eine andere Interpretation zulässt. Die bloße Aussage, es handele sich um eine Vorbemerkung, lässt keinen Schluss darauf zu, der:die sich Äußernde handele nicht in amtlicher Funktion. Die Bundeskanzlerin ist zudem für die Regierungspolitik insgesamt verantwortlich, also auch für die Innenpolitik. Daher lässt sich auch aus dem Hinweis auf „innenpolitische Gründe“ kein anderer Schluss ziehen. Letztlich könnte der Inhalt der Aussage eine klare Distanzierung beinhalten. Dazu ist die Aussage in ihrer Gesamtheit zu würdigen. Zwar verzichtet M in diesem Teil auf ihre Amtsbezeichnung, sie distanziert sich aber nicht explizit von ihrer Amtsfunktion. Nach der Vorbemerkung leitet sie mit folgender Aussage über: „Jetzt komme ich zu dem Land Südafrika, das ich mit Freude und zum dritten Mal als Bundeskanzlerin besuche.“ Hier verwendet sie nun die Amtsbezeichnung. Der direkte Übergang zeigt aber keinen klaren Rollenwechsel. Dass nun der Amtstitel genannt wird, heißt nicht zwingend, dass

¹⁹ BVerfGE 44, 125 (181ff.) – Sondervotum Rottmann; BVerfG NVwZ 2022, 1113 (1125ff.) – Sondervotum Wallrabenstein; Payandeh, Die Neutralitätspflicht staatlicher Amtsträger im öffentlichen Meinungskampf, *Der Staat* 55 (2016), 519 (528ff.); Schwarze, Die Regierung als politikfreier Raum? Zugleich eine Anmerkung zu der „Merkel-Entscheidung“ des BVerfG v. 15.06.2022 (2 BvE 4/20 u.a.), *jM* 2022, 331 (334).

²⁰ BVerfGE 44, 125 (181ff.) – Sondervotum Rottmann; BVerfG NVwZ 2022, 1113 (1125ff.) – Sondervotum Wallrabenstein.

²¹ Ebd.

²² BVerfG NVwZ 2022, 1113 (1114 Rn. 73f.); Hüther, ÖR-Fortgeschrittenenklausur im Staatsorganisationsrecht: Äußerungsbefugnisse in Zeiten von Twitter, *JURA* 2023, 503 (510).

²³ BVerfGE 148, 11 Rn. 46; 154, 320 Rn. 48; BVerfG NVwZ 2022, 1113 (1114 Rn. 74).

²⁴ BVerfG NVwZ 2022, 1113 (1114 Rn. 76); Chiofalo/Vrielmann in: *Staatsorganisationsrecht* (Fn. 1), § 12 S. 338f.

²⁵ BVerfG NVwZ 2022, 1113 (1114 Rn. 76).

²⁶ BVerfG NVwZ 2015, 209 (213); NJW 2018, 928 (932); NJW 2020, 2096 (2099); NVwZ 2022, 1113 (1115 Rn. 78).

²⁷ BVerfG NVwZ 2022, 1113 (1116 Rn. 84).

²⁸ BVerfG NVwZ 2015, 209 (213); NJW 2018, 928 (932); NJW 2020, 2096 (2099f.); NVwZ 2022, 1113 (1115 Rn. 80); Chiofalo/Vrielmann in: *Staatsorganisationsrecht* (Fn. 1), § 12 S. 339.

vorher eine Äußerung in anderer Rolle stattfand. M hätte jederzeit explizit formulieren können, dass sie zunächst nicht als Kanzlerin spricht. Dies ist unterblieben. Dass M bezüglich der Ministerpräsidentenwahl keine Regelungsbefugnis hat, ist ebenfalls unschädlich. Regierungshandeln findet auch abseits der Befugnis zu regulatorischem Handeln statt. Damit fehlt es insgesamt an einer hinreichenden Distanzierung.²⁹

M äußert sich folglich nach verständiger Würdigung in amtlicher Funktion.

2. Verstoß gegen Neutralitätspflicht

Dabei könnte M gegen die Neutralitätspflicht verstoßen haben. Dazu müsste mit einer negativen Qualifizierung auf den politischen Wettbewerb eingewirkt worden sein.³⁰ Entscheidend ist hierbei der objektive Empfängerhorizont.³¹ M sagt, dass keine Mehrheiten mit Hilfe der AfD gewonnen werden sollen, dass der Vorgang unverzeihlich sei und der Vorgang rückgängig gemacht werden müsse. Dadurch wird deutlich, dass M die Koalitions- und Kooperationsfähigkeit der AfD im demokratischen Gemeinwesen allgemein infrage stellt und darüber hinaus grundsätzlich ablehnt. Die Aussage enthält zwar kein explizites negatives Werturteil, jedoch ein implizites. Dies genügt auch.³² Dadurch wird die AfD aus dem Kreise der koalitions- und kooperationsfähigen Parteien ausgegrenzt und damit (mittelbar) ihre Position im politischen Wettbewerb geschwächt. M hat die AfD also negativ qualifiziert und damit auf den politischen Wettbewerb eingewirkt. Ein Verstoß gegen die Neutralitätspflicht und damit ein Eingriff in die Chancengleichheit der Parteien ist so gegeben.³³

III. Rechtfertigung

Möglicherweise ist der Eingriff aber gerechtfertigt. Die Chancengleichheit der politischen Parteien aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG ist kein absolutes Differenzierungsverbot.³⁴ Aufgrund seines formalen Charakters können aber nur „zwingende“ Gründe einen Eingriff rechtfertigen.³⁵

1. Stabilität und Handlungsfähigkeit der Bundesregierung

Ein solcher Grund kann die Stabilität und Handlungsfähigkeit der Bundesregierung darstellen.³⁶ Dies ergibt sich aus der Zusammenschau von Art. 67 Abs. 1 S. 1, Art. 68 und Art. 63 Abs. 4 GG.³⁷ Diese Aufgabe trägt zuvörderst die Bundeskanzlerin,³⁸ die dabei einen weiten Einschätzungsspielraum hat.³⁹ Zwar hatte die Wahl in Thüringen Spannungen innerhalb des Koalitionsverhältnisses der Bundesregierung ausgelöst. Es hatte sich aber bereits die CDU-Vorsitzende zur Position der CDU allgemein geäußert. Zudem hatte M schon vor der Pressekonferenz mit dem Vizekanzler und den SPD-Vorsitzenden telefoniert und einen Koalitionsausschuss vereinbart. Daraus wird deutlich, dass ein unmittelbares Auseinanderbrechen bereits abgewandt wurde. Es ist nicht plausibel, wieso zur Stabilität eine weitere öffentliche Äußerung in Amtsfunktion nötig gewesen wäre. Damit ist auch der weite Einschätzungsspielraum überschritten. Die Stabilität und Handlungsfähigkeit der Regierung rechtfertigen den Eingriff nicht.⁴⁰

2. Ansehen und Vertrauen in die Verlässlichkeit der Bundesrepublik Deutschland in der Staatengemeinschaft

Möglicherweise kann die Erhaltung des Ansehens und des Vertrauens in die Verlässlichkeit der Bundesrepublik Deutschland in der Staatengemeinschaft den Eingriff rechtfertigen. Die Bundesrepublik ist gemäß der Präambel des GG und der Art. 1 Abs. 2, Art. 9 Abs. 2, Art. 16 Abs. 2, Art. 23 bis 26 und Art. 59 Abs. 2 GG in die internationale Gemeinschaft eingebunden und auf internationale Zusammenarbeit ausgerichtet.⁴¹ Die Beachtung und Umsetzung dieses Gebots ist vorrangig Aufgabe der Bundesregierung, insbesondere der Bundeskanzlerin.⁴² Die Wahl Kemmerichs fand nur auf Landesebene statt. Dass dies internationale Auswirkungen hatte, ist nicht unmittelbar erkennlich. Kritik ausländischer Regierungen gab es keine. Zwar berichtete auch internationale Presse über den Vorgang und wiederholte dabei die in Deutschland geübte Kritik. Über diese hinaus wurde aber keine eigene geäußert. Dass

²⁹ Vgl. BVerfG NVwZ 2022, 1113 (1019 Rn. 118ff.).

³⁰ BVerfG NVwZ 2022, 1113 (1121 Rn. 136).

³¹ Ebd.

³² Ebd.

³³ Ebd.

³⁴ BVerfGE 135, 258 Rn. 51; BVerfG NVwZ 2022, 1113 (1116f. Rn. 92).

³⁵ BVerfGE 8, 51 (65); 14, 121 (133); 34, 160 (163); 47, 198 (227); 111, 54 (105); 135, 259 Rn. 51; BVerfG NVwZ 2022, 1113 (1116f. Rn. 92).

³⁶ BVerfG NVwZ 2022, 1113 (1117 Rn. 94).

³⁷ Ebd.

³⁸ Ebd.

³⁹ BVerfG NVwZ 2022, 1113 (1117 Rn. 103).

⁴⁰ Vgl. BVerfG NVwZ 2022, 1113 (1122 Rn. 155ff.).

⁴¹ BVerfG NVwZ 2022, 1113 (1118 Rn. 105).

⁴² Ebd.

das Ansehen und Vertrauen in die Verlässlichkeit der Bundesrepublik verletzt wäre, lässt sich daher nicht erkennen. Somit kann hierdurch auch nicht der Eingriff in die Chancengleichheit der Parteien gerechtfertigt werden.

3. Befugnis zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit

Schließlich erscheint eine Rechtfertigung durch die Befugnis zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit möglich. Dabei müsste aber jedenfalls das Neutralitätsgebot eingehalten sein.⁴³ Dies ist unabhängig von der Zulässigkeit des Äußerungsgegenstandes schon nicht der Fall, sodass die weiteren Fragen offenbleiben können. Auch die Informations- und Öffentlichkeitsarbeit rechtfertigt nicht die Äußerungen von M.

4. Zwischenergebnis

Damit ist der Eingriff in die Chancengleichheit der Parteien durch die Äußerungen von M insgesamt nicht gerechtfertigt. Die AfD ist also in ihrer Rechtsposition aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG verletzt.

C. Ergebnis

Damit ist das Organstreitverfahren zulässig und begründet. Es hat somit Erfolg.

FAZIT

Auch wenn es sich bei dieser Entscheidung um einen Standardfall handelt, der in seinen Grundzügen bekannt sein müsste, gibt es doch einige interessante neue Punkte. So ging es in bisherigen Verfahren zu dem Thema nicht um den:die Kanzler:in. Zudem wurden andere Rechtfertigungsgründe angeführt. Auch lag der Schwerpunkt weniger auf dem Bestehen eines Äußerungsrechts als auf der Frage, ob in amtlicher Funktion gehandelt wurde.

Im Kontext der Informations- und Öffentlichkeitsarbeit kam und kommt es immer wieder zu verfassungsgerichtlichen Verfahren, sodass auch zukünftig mit weiteren Entscheidungen gerechnet werden kann. Auch andere Entscheidungen wurden bereits als Übungsfälle aufgearbeitet.⁴⁴

Die Bindung an ein Neutralitätsgebot ist nach wie vor umstritten.⁴⁵ Dazu lohnt es sich, das Sondervotum⁴⁶ der Richterin Wallrabenstein zum aktuellen Urteil zu lesen.

Dieser Fall bietet für Studierende aber noch eine weitere wichtige Erkenntnis: Das Grundgesetz wurde vor dem Hintergrund des Schreckens des Dritten Reichs verfasst mit der Erkenntnis, eine wehrhafte Demokratie zum Überleben zu brauchen.⁴⁷ Die Antragstellerin ist nun eine Partei, die vom Verfassungsschutz als Verdachtsfall⁴⁸ geführt wird, zahlreiche gesicherte Verfassungsfeinde beheimatet⁴⁹ und Menschen in hochrangige Posten wählt, die als Faschisten bezeichnet werden dürfen.⁵⁰ Zur Demokratie gehört aber ebenso die Rechtsstaatlichkeit. Dieses wiederum gebietet es, das Recht unabhängig von politischen Sympathien sauber anzuwenden, also auch in diesem Fall. Jurist:innen müssen sich stets ihrer besonderen Verantwortung für die Verfassung bewusst sein. Sie müssen die Demokratie gegen ihre Feinde verteidigen und gerade deshalb auch besonders genau bei der Einhaltung rechtsstaatlicher Grundsätze sein. Zur Verteidigung sind deswegen die in der Verfassung angelegten Wege⁵¹ zu nutzen.

⁴³ BVerfG NVwZ 2022, 1113 Rn. 172; *Chiofalo/Vrielmann* in Staatsorganisationsrecht (Fn. 1), § 12 S. 341.

⁴⁴ Hüther (Fn. 22), JURA 2023, 503 (503).

⁴⁵ Klein in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz Kommentar, 99. EL September 2022, Art. 21 Rn. 303.

⁴⁶ S. Fn. 20.

⁴⁷ Volp, Parteiverbot und wehrhafte Demokratie – Hat das Parteiverbotsverfahren noch eine Brechtigung, NJW 2016, 459 (460).

⁴⁸ Nickschas, tagesschau, <https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/afd-beobachtung-verfassungsschutz-101.html> (Abruf v. 04.05.2023).

⁴⁹ Pley, Bundesamt für Verfassungsschutz, <https://www.verfassungsschutz.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2023/pressemitteilung-2023-2-ifs-ein-prozent-ja.html> (Abruf v. 04.05.2023).

⁵⁰ VG Meinigen BeckRS 2019, 30441 Rn. 14ff.

⁵¹ Volp (Fn. 47), NJW 2016, 459 (461).

RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT ZIVILRECHT

BGH V ZR 97/21, Urt. v. 23.05.2023 (Zur nachbarlichen Duldungspflicht bei einer Einwirkung durch abrallenden Schnee)

Prallt Schnee von einer baurechtlich genehmigten Grenzwall auf das Nachbargrundstück, welches als Tankstelle genutzt wird, ab, so steht dem Nachbarn gegen den Eigentümer des Grundstücks kein Anspruch auf einen angemessenen Ausgleich für die Kosten der Beseitigung des Schnees zu. Ein Ausgleichsanspruch ergibt sich nicht aus § 906 Abs. 2 S. 2 BGB. Nach dieser Vorschrift kann der Eigentümer, der nach § 906 Abs. 2 S. 1 BGB eine wesentliche Immission im Sinne von § 906 Abs. 2 S. 1 BGB zu dulden hat, einen angemessenen Ausgleich in Geld verlangen, wenn die Einwirkung die ortsübliche Nutzung seines Grundstücks über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt. Zwar stellt das Abrallen des Schnees eine Einwirkung auf das Grundstück des Nachbarn im Sinne des § 906 Abs. 2 S. 1 BGB dar. Unter für einen Ausgleichsanspruch erforderlichen Einwirkungen sind nur diejenigen zu verstehen, die positiv die Grundstücksgrenze überschreitende, sinnlich wahrnehmbare Wirkungen entfalten. Sogenannte negative Einwirkungen zählen daher grundsätzlich nicht zu den abwehrfähigen Einwirkungen im Sinne von § 906 BGB. Das Abrallen von Schnee an einem auf dem Nachbargrundstück errichteten Gebäude ist aber als positive Einwirkung im Sinne von § 906 BGB einzuordnen. Es ist anerkannt, dass zu den positiven Einwirkungen auch die eine Blendung verursachende Reflexion von Licht durch Photovoltaikanlagen oder glasierte Dachziegel zählt. Die elektromagnetischen Wellen sind Einwirkungen im Sinne von § 906 Abs. 1 BGB, nämlich positiv die Grundstücksgrenze überschreitende, sinnlich wahrnehmbare Wirkungen. Dementsprechend stellt das Abrallen von Schnee an einer Grenzwall eine grenzüberschreitende Einwirkung auf das Nachbargrundstück dar. Soweit der BGH das für die Reflexion von Fernsehwellen anders gesehen hat, hält er daran nicht fest. Gleichwohl steht dem Nachbarn kein Ausgleichsanspruch zu, weil der abrallende Schnee die Benutzung des Nachbargrundstücks nur unwesentlich beeinträchtigt. Nach § 903 BGB ist der Eigentümer einer Sache berechtigt, mit dieser nach Belieben zu verfahren. Die Rechte aus dem Eigentum haben nur insoweit zurückzutreten, als das Gesetz oder Rechte Dritter der Ausübung der Rechte aus dem Eigentum entgegenstehen. § 906 BGB ist ein Element des Interessenausgleichs, der für eine sachgerechte Nutzung von Grundstücken im nachbarlichen Raum unerlässlich ist. Durch § 906 BGB soll der bei der Nutzung eines Grundstücks im Verhältnis zu den benachbarten Grundstücken möglicherweise auftretende Konflikt in einen vernünftigen Ausgleich gebracht werden. Zu diesem Zweck enthält die Vorschrift eine Beschränkung der Eigentümerrechte nach § 903 BGB. Wann eine wesentliche Beeinträchtigung vorliegt, beurteilt sich nach dem Empfinden eines verständigen Durchschnittsmenschen und dem, was diesem unter Würdigung anderer öffentlicher und privater Belange zuzumuten ist. Ob die Benutzung eines Grundstücks wesentlich oder nur unwesentlich beeinträchtigt ist, hängt maßgebend davon ab, in welchem Ausmaß die Benutzung nach der tatsächlichen Zweckbestimmung des Grundstücks gestört wird. Daneben können wertende Momente, etwa des Nachbarrechts und des öffentlichen Rechts, in die Beurteilung einbezogen werden. Bei entsprechenden Witterungsbedingungen ist mit einer erhöhten Schneelast auf dem Grundstück des Nachbarn zu rechnen, da der vom Gebäude des Eigentümers abrallende Schnee dorthin geraten kann. Die Nutzung des Grundstücks zum Betrieb einer Tankstelle wird dadurch jedoch nicht unmittelbar eingeschränkt. Die Errichtung der Grenzwall auf der Grundstücksgrenze ist ferner von einer Baugenehmigung gedeckt. Der Eigentümer nutzt sein Grundstück in baurechtlich zulässiger Weise. Zwar hat die Legalisierungswirkung einer Baugenehmigung keinen Einfluss auf das Bestehen von Ansprüchen aus § 1004 Abs. 1 i.V.m. § 906 BGB, weil die Baugenehmigung nach den Landesbauordnungen unbeschadet privater Rechte Dritter ergeht und deshalb keine privatrechtsgestaltende Ausschlusswirkung haben kann. Gleichwohl fehlt es bei einer zulässigen baulichen Nutzung des Grundstücks in aller Regel an der Wesentlichkeit der Beeinträchtigung des Nachbargrundstücks, da sich die Nutzung des Grundstücks, von dem die Einwirkung ausgeht, im Rahmen ordnungsgemäßer Bewirtschaftung hält. Weil die rechtlich zulässige Bebauung eines Grundstücks zu den sozialadäquaten Formen der Grundstücksnutzung gehört, sind daraus herrührende Einwirkungen jedenfalls in gewissen Grenzen zumutbar und in diesem Rahmen als unwesentliche Beeinträchtigung des benachbarten Grundstücks im Sinne von § 906 Abs. 1 BGB anzusehen. Wollte man bei einer solchen Fallkonstellation gleichwohl eine wesentliche Beeinträchtigung annehmen, hätte der Nachbar mangels Duldungspflicht gemäß § 906 Abs. 1 BGB gegen jede baurechtlich zulässige

Grenzbebauung des Grundstücks, welche das Nachbargrundstück überragt, einen primären Abwehranspruch gemäß § 1004 Abs. 1 BGB. Eine Grenzbebauung auf dem Nachbargrundstück wäre damit weitgehend ausgeschlossen. Würde die Schwelle zur Wesentlichkeit so niedrig angesetzt, wäre eine Grenzbebauung im Ergebnis für alle Grundstückseigentümer mit unwägbareren Risiken verbunden; hier fiel der Ausgleich der widerstreitenden nachbarlichen Interessen einseitig zu Lasten des Beklagten aus, da seine Möglichkeit zu einer wirtschaftlich sinnvollen Grundstücksnutzung stark eingeschränkt wäre. Da die Beeinträchtigung als unwesentliche zu qualifizieren ist, scheidet auch ein Ausgleichsanspruch nach § 906 Abs. 2 S. 2 BGB analog aus.

BGH VI ZR 11/21, Urt. v. 04.04.2023 (Zur Reichweite des Vertrauensgrundsatzes hinsichtlich des verkehrsgerechten Verhaltens eines Fußgängers beim Überqueren der Fahrbahn)

Gelingt einem Fußgänger nach einem Unfall mit einem Kraftfahrzeugführer der Nachweis eines unfallursächlichen schuldhaften Verhaltens des Kraftfahrzeugführers nicht, scheiden Schadensersatzansprüche nach §§ 823, 249 BGB aus, ohne dass es auf die Frage einer Anspruchskürzung wegen Mitverschuldens (§ 254 BGB) ankäme. Wird der Fußgänger bei dem Betrieb des durch den Kraftfahrzeugführer geführten Kraftfahrzeuges verletzt, besteht aber auch ohne den Beweis eines Verschuldens grundsätzlich aufgrund der Betriebsgefahr des Fahrzeuges für den unfallbedingten materiellen und immateriellen Schaden gemäß §§ 7 Abs. 1, § 18 Abs. 1, 11 StVG ein Erstattungsanspruch, wenn der Beweis der Verursachung durch höhere Gewalt gemäß § 7 Abs. 2 StVG durch den Kraftfahrzeugführer nicht geführt werden kann. Da der Fußgänger weder Halter noch Führer eines beteiligten Fahrzeuges ist, kommt eine Anspruchskürzung nach den §§ 17, 18 StVG nicht in Betracht. Die Haftung kann jedoch im Rahmen der Abwägung nach § 9 StVG, § 254 Abs. 1 BGB entfallen, wenn die im Vordergrund stehende Schadensursache ein grob verkehrswidriges Verhalten des Fußgängers darstellt. Für diese Abwägung ist von Bedeutung, ob den Kraftfahrzeugführer ein Schuldvorwurf hinsichtlich der Verursachung des Unfalls trifft. Nach dem im Straßenverkehr geltenden Vertrauensgrundsatz kann ein Verkehrsteilnehmer, der sich verkehrsgemäß verhält, damit rechnen, dass ein anderer Verkehrsteilnehmer den Verkehr nicht durch pflichtwidriges Verhalten gefährdet, solange die sichtbare Verkehrslage zu keiner anderen Beurteilung Anlass gibt. Der Kraftfahrer ist dabei grundsätzlich auch bei breiteren Straßen verpflichtet, die gesamte Straßenfläche vor sich zu beobachten. Dementsprechend muss ein Kraftfahrer am Fahrbahnrand befindliche oder vor ihm die Fahrbahn überquerende Fußgänger im Auge behalten und in seiner Fahrweise erkennbaren Gefährdungen Rechnung tragen. Er braucht aber weder damit zu rechnen, dass ein erwachsener Fußgänger versuchen wird, kurz vor seinem Fahrzeug die Fahrbahn zu betreten, noch darauf gefasst zu sein, dass ein Fußgänger, der beim Überschreiten der Fahrbahn vor oder in der Mitte der Straße anhält, unerwartet weiter in seine Fahrbahn laufen werde, solange er bei verständiger Würdigung aller Umstände keinen Anlass hat, an dem verkehrsgerechten Verhalten des Fußgängers zu zweifeln. Hat ein aus Sicht eines Kraftfahrers von links die Fahrbahn querender Fußgänger die Fahrbahn bereits betreten und ist noch in Bewegung, darf der Kraftfahrer aber wiederum nicht in jedem Fall darauf vertrauen, der Fußgänger werde in der Mitte der Fahrbahn stehenbleiben und ihn vorbeilassen. Richtig handelt zwar ein Fußgänger, der beim Überschreiten einer belebten und nicht allzu schmalen Straße zunächst, soweit es der von links kommende Verkehr gestattet, bis zur Mitte geht und dort wartet, bis er auch die andere Fahrbahnhälfte überqueren kann. Jedenfalls ist aber nach den oben genannten allgemeinen Grundsätzen dem Vertrauen darauf, der Fußgänger werde an einer vorhandenen Mittellinie anhalten und das bevorrechtigte Fahrzeug passieren lassen, dann die Grundlage entzogen, wenn bei verständiger Würdigung aller Umstände Anlass für den Kraftfahrer besteht, am verkehrsgerechten Verhalten des Fußgängers zu zweifeln. Dies ist etwa der Fall, wenn der Fußgänger, für den Kraftfahrzeugführer erkennbar, nicht gehend, sondern rennend die Straße überquert. In solch einem Fall muss der Kraftfahrzeugführer die Möglichkeit berücksichtigen, dass der Kläger seinen Lauf über die Fahrbahn bei Erreichen der Mittellinie nicht abrupt abbrechen wird, sondern die Fahrbahn unter Verstoß gegen seine sich aus § 25 Abs. 3 StVO ergebende Pflicht, den Fahrzeugverkehr zu beachten, in einem Zug noch vor dem Fahrzeug des Kraftfahrzeugführers überqueren will. Hierauf hätte der Kraftfahrzeugführer sein Fahrverhalten einstellen müssen. Tut der Kraftfahrzeugführer dies nicht, liegt darin ein schuldhaftes unfallursächliches Verhalten des Kraftfahrzeugführers, weshalb sich ein Haftungsausschluss nach § 9 StVG, § 254 Abs. 1 BGB verbietet.

RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT ÖFFENTLICHES RECHT

BVerfG 1 BvL 7/18, Beschl. v. 01.02.2023 (Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen)

Die Freiheit der Ehe erfordert und gestattet gesetzliche Regeln, die die als Ehe verfassungsrechtlich geschützte Lebensgemeinschaft rechtlich definieren und abgrenzen. Solche Regelungen müssen mit den Strukturprinzipien vereinbar sein und den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit genügen. Der Gesetzgeber darf Ehehindernisse schaffen, um die das Institut der Ehe im Sinne der Verfassung bestimmenden Strukturprinzipien zu gewährleisten. Dazu können die autonome Entscheidung beider Eheschließenden sichernde Anforderungen an die Ehefähigkeit etwa in Gestalt von Mindestaltersgrenzen für die Eheschließung gehören.

Die in Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB unmittelbar durch Gesetz angeordnete Unwirksamkeit von nach ausländischem Recht wirksam geschlossenen Ehen ist nicht verhältnismäßig im engeren Sinne. Der dadurch bewirkte Eingriff in die Eheschließungsfreiheit ist wegen des Fehlens von Regelungen über die Folgen der Unwirksamkeit außerhalb der Statusfolge und wegen des Fehlens einer Möglichkeit für die bei Heirat unter 16-Jährigen, die wirksame Auslandsehe nach Erreichen der Volljährigkeit auch nach inländischem Recht als wirksame Ehe führen zu können, unangemessen.

BVerwG 1 C 19.21, Urt. v. 16.02.2023 (Auswertung der Handydaten von Asylbewerbern)

Die Auswertung von Datenträgern ist nach § 15a Abs. 1 S. 1 AsylG nur zulässig, soweit dies für die Feststellung der Identität und Staatsangehörigkeit des Ausländers nach § 15 Abs. 2 Nr. 6 AsylG erforderlich ist und der Zweck der Maßnahme nicht durch mildere Mittel erreicht werden kann. Der Begriff der „Auswertung von Datenträgern“ umfasst sämtliche Maßnahmen der Datenverarbeitung, die die Klärung von Identität und Staatsangehörigkeit eines Ausländers bezwecken und sich auf einen nach § 15 Abs. 2 Nr. 6 AsylG vorgelegten, ausgehändigten oder überlassenen Datenträger beziehen. Zur „Auswertung“ gehören daher neben der Datenanalyse auch die vorangehenden Schritte der Datenverarbeitung wie das Auslesen des Datenträgers, die vorübergehende Speicherung der erlangten Daten sowie das automatisierte Generieren und die Speicherung des Ergebnisreports.

Ein anderes Mittel ist dann milder als die Datenauswertung, wenn es zur Feststellung der Identität und Staatsangehörigkeit gleich geeignet ist, aber eine geringere Eingriffsintensität hinsichtlich der betroffenen Grundrechte aufweist. Das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) verfügte zum Zeitpunkt der angegriffenen Anordnung mit drei von der Klägerin selbst vorgelegten Unterlagen sowie Registerabgleichen über mehrere Mittel, die weniger stark in die Grundrechtsposition der Klägerin aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG eingegriffen hätten als die Datenauswertung.

StGH Bremen St 1/23 u.a., Beschl. v. 27.04.2023 (Überprüfung des Ausschlusses von der Bürgerschaftswahl)

Die Kontrolle etwaiger Verletzungen von Rechten bei der Vorbereitung oder Durchführung der Wahl ist nach dem Bremischen Recht allein dem im Bremischen Wahlgesetz geregelten Wahlprüfungsverfahren vorbehalten. Weder die Bremische Verfassung noch das Bremische Wahlgesetz sehen eine präventive Wahlprüfungsbeschwerde vor, mit der eine Überprüfung von Entscheidungen und Maßnahmen vor der Durchführung der Wahl erreicht werden könnte. Ob entgegen der gesetzlichen Lage ein gerichtlicher Rechtsbehelf ausnahmsweise im Falle eines besonders qualifizierten Rechtsverstoßes, der einen Wahlfehler von außerordentlichem Gewicht begründet, aufgrund des Gebots effektiven Rechtsschutzes zu gewähren ist, kann offen bleiben, weil ein solcher Rechtsverstoß vorliegend nicht festgestellt werden kann.

OVG Berlin-Brandenburg 4 S 4/23, Beschl. v. 17.04.2023 (Untersagung des Internet-Auftritts von Polizeibeamten)

Einem Beamten ist es grundsätzlich nicht verwehrt, seine Schaffenskraft auch außerhalb des Dienstverhältnisses einzusetzen und gegebenenfalls auch wirtschaftlich zu verwerten; dabei ist er grundrechtlich geschützt. Der Grundrechtsbetätigung der Beamten sind allerdings durch Art. 33 Abs. 5 GG verfassungsunmittelbare Grenzen gezogen, die sich aus den allgemeinen Anforderungen an den öffentlichen Dienst und aus den besonderen Erfordernissen des jeweiligen öffentli-

chen Amtes ergeben. Maßgeblich für die Grenzziehung ist, ob eine Nebentätigkeit geeignet ist, dienstliche Interessen zu beeinträchtigen (vgl. § 40 S. 2 BeamStG).

Das vom Antragsteller im Internet gepflegte Unterhaltungs- und Talkformat zu unterschiedlichen polizeilichen Fragen schadet dem Ansehen der Polizei und der Achtung, die dessen Beruf als Polizeioberkommissar erfordert. Es reicht hierfür, dass „Gespräche mit Verfahrensbeteiligten oder Personen aus einem kriminalitätsbelasteten Milieu“ bei einem nicht unbeträchtlichen Teil des Publikums den Eindruck eines nahen und für einen Polizisten unangemessenen Verhältnisses zwischen beiden Seiten erzeugen können.

OVG Niedersachsen 10 ME 52/23, Beschl. v. 18.04.2023 (Nutzung von Autobahnen zu Versammlungszwecken)

Bundesautobahnen gehören zwar zum öffentlichen Straßenraum, sie dienen jedoch nicht dem kommunikativen Verkehr. Vielmehr sind sie gemäß § 1 Abs. 3 S. 1 FStrG nur für den Schnellverkehr mit Kraftfahrzeugen bestimmt. Nach inzwischen herrschender obergerichtlicher Rechtsprechung schließt die spezifische Widmung der Autobahnen für den überörtlichen Kraftfahrzeugverkehr deren Nutzung für Versammlungszwecke zwar nicht generell aus. Allerdings kommt eine Nutzung zu Versammlungszwecken nur in eng begrenzten Ausnahmefällen in Betracht.

Während bei innerörtlichen Straßen und Plätzen, bei denen die Widmung die Nutzung zur Kommunikation und Informationsverbreitung einschließt, Einschränkungen oder gar ein Verbot nur unter engen Voraussetzungen in Betracht kommen, ist den Verkehrsinteressen bei öffentlichen Straßen, die allein dem Straßenverkehr gewidmet sind, eine erheblich größere Bedeutung beizumessen, so dass das Interesse des Veranstalters und der Versammlungsteilnehmer in der Regel zurückzutreten hat. Demgemäß ist im Rahmen der Abwägung zur Herstellung praktischer Konkordanz zwischen dem Grundrecht der Versammlungsfreiheit und den Rechten Dritter sowie den betroffenen öffentlichen Belangen insbesondere zu berücksichtigen, ob und inwieweit die Wahl des Versammlungsortes und die konkrete Ausgestaltung der Versammlung sowie die von ihr betroffenen Personen einen Bezug zum Versammlungsthema haben. Je konkreter ein örtlicher bzw. thematischer Bezug zur Autobahn ist, desto eher vermag das Versammlungsrecht das Interesse an der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs ausnahmsweise zu verdrängen. Demgegenüber ist das Versammlungsrecht stärker eingeschränkt, wenn der Bezug zur Autobahn eher lockerer oder auch auf andere – mit geringeren Behinderungen verbundene – Abschnitte oder andere Autobahnen sinngemäß übertragbar ist. Demzufolge kann die Behinderung von Verkehrsteilnehmern regelmäßig nicht durch Art. 8 GG gerechtfertigt sein, wenn damit lediglich die Erhöhung der Aufmerksamkeit für das Demonstrationsanliegen beabsichtigt ist.

VG Koblenz 1 K 604/22 KO, Urt. v. 17.02.2023 (Privilegierung privater Kleinwindenergieanlagen im Außenbereich)

Nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB ist ein Vorhaben im Außenbereich privilegiert zulässig, wenn es der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie nach Maßgabe des § 249 BauGB dient. Die Nutzung der Windenergie setzt objektiv lediglich voraus, dass die Anlage unter Ausnutzung von natürlichen Luftbewegungen betrieben wird. Der Vorschrift lässt sich ein Ausschluss von Anlagen zur Deckung des Eigenbedarfs nicht entnehmen. Vielmehr ist die Frage, ob die Anlage auch wirtschaftlich für den Betreiber einen „Nutzen“ hat, nach dem ausdrücklichen Wortlaut („Nutzung“, nicht: „Nutzen“) ohne Bedeutung.

VG Mainz 3 K 12/22.MZ, Urt. v. 10.01.2023 (Unzulässigkeit eines Kfz-Betriebs im allgemeinen Wohngebiet)

Bei der im Rahmen von § 4 Abs. 2, Abs. 3 BauNVO anzustellenden typisierenden Betrachtungsweise werden Kfz-Werkstätten mit Blick auf die üblicherweise anfallenden Arbeiten zwar nicht grundsätzlich, aber im Allgemeinen wegen des Einsatzes lärmerzeugender Maschinen und Arbeitsweisen als störende Betriebe angesehen. Hiervon ausgehend entspricht das Vorhaben dem klassischen Bild einer – wenngleich kleineren – Kfz-Werkstatt, die in einem allgemeinen Wohngebiet eine störende Wirkung entfaltet. Von diesen Betrieben geht eine das Wohnen erheblich übersteigende Geräuschkulisse aus – aufgrund des Einsatzes von Maschinen und dem Entstehen sonstiger Arbeitsgeräusche, aufgrund der zu erwartenden Fahrzeugbewegungen sowie aufgrund der Entstehung von Staub, Abgasen und Abfallstoffen.

RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT STRAFRECHT

BGH 1 StR 81/22, Beschl. v. 05.04.2022 (Heimtückemord)

Der Angeklagte A stellte seine Ehefrau E zu Rede, da er Chat-Nachrichten mit sexuellem Inhalt gelesen hatte, die E mit einem anderen Mann ausgetauscht hatte. E antwortete sinngemäß, „dass alles okay wäre, wenn sie ihn jetzt umbringe“. A griff daraufhin nach einem Küchenmesser, um E zu töten. Gleichzeitig streckte er seinen linken Arm nach vorn, um eine etwaige Bewegung der E in Richtung des Messers zu unterbinden. A versetzte E, die dem Angriff aufgrund dessen Schnelligkeit nichts Wirksames entgegensetzen hatte, einen Stich in den vorderen Rumpfbereich und mindestens zehn weitere Stiche in den Kopf-, Hals- und Brustbereich. E verstarb an äußeren und inneren Blutungen.

Der BGH hatte das vom Tatgericht bejahte Mordmerkmal der Heimtücke zu überprüfen. Bereits die Arglosigkeit der E stehe in Frage, da die Äußerung der E nahelegen könne, dass sie von einer drohenden schweren tätlichen Auseinandersetzung ausgegangen sei. Arglos sei ein Tatopfer aber nur dann, wenn es bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs nicht mit einem gegen seine körperliche Unversehrtheit gerichteten erheblichen Angriff rechne. Zumindest aber scheitere die Annahme der Heimtücke in subjektiver Hinsicht daran, dass A die Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers nicht bewusst zur Tatbegehung ausgenutzt habe. Denn mit dem Vorstrecken des Arms habe A verhindern wollen, dass E auf das Messer zugreifen kann, womit A seine Ehefrau nicht für gänzlich arglos gehalten habe. Dass A seine Ehefrau durch einen schnellen Messerstich überraschen wollte, setze nicht zwingend den Plan voraus, sich die Arg- und Schutzlosigkeit des Tatopfers zunutze zu machen.

BGH 3 StR 120/22, Beschl. v. 03.05.2022 (Rücktritt nach außertatbestandlicher Zielerreichung)

Die Ehefrau E des Angeklagten A zog mit Unterstützung ihrer Freundin F in ein Frauenhaus, nachdem A sie über einen längeren Zeitraum misshandelt hatte. Eines Abends traf A die E und F an einer Bushaltestelle, wo sich E weigerte, zu A zurückzukehren. A entschloss sich daher, die E mit einem Küchenmesser zu töten. Um F als Hindernis auszuschalten, trat er unbemerkt von hinten an sie heran und zog das Messer vorne an ihrem Hals entlang, wobei sie jedoch nur eine leichte Schnittverletzung erlitt. E bemerkte den Angriff und flüchtete, sodass A befürchtete, dass sich sein eigentliches Tatziel entziehen werde.

Der BGH legte in seinem Beschluss dar, dass das Erreichen des außertatbestandlichen Ziels und die damit verbundene vom Täter erkannte Nutzlosigkeit der Tatfortsetzung dem Rücktritt gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB nicht entgegenstehe. Zum einen liege kein fehlgeschlagener Versuch vor, da A die F unter Aufgabe seines eigentlichen Tatziels nach seinem Vorstellungsbild weiterhin hätte töten können. Denn schließlich sei die F in unmittelbarer Nähe geblieben. Zum anderen stehe auch die von ihm erkannte Sinnlosigkeit einer Fortsetzung seines Angriffs auf F der Freiwilligkeit eines Rücktritts vom Versuch nicht entgegen.

BGH 4 StR 36/22, Beschl. v. 25.05.2022 (Erlaubnistatbestandsirrtum und Notwehrexzess)

Der unter Schizophrenie leidende Angeklagte A fürchtet sich vor Hunden. Eines Tages spazierte D mit einem nicht angeleiteten Hund an A vorbei. A forderte D deshalb auf, seinen Hund anzuleinen und sprühte ein Tierabwehrspray in Richtung des Hundes und von D. A fühlte sich weiterhin bedroht und schlug daher mit einem Stock gegen Kopf und Schulter des D, welcher eine Augenrötung, Schwellungen und Prellungen erlitt. Zu einem weiteren Zeitpunkt sprühte A mit dem Tierabwehrspray in die Richtung der Hunde des G. G lief auf A zu. Aufgrund einer leichten Berührung ihrer Oberkörper fühlte sich A bedroht und stach G mit einem Messer in die Brust. Dieser konnte durch eine Notoperation gerettet werden. In seinem Beschluss stellte der BGH fest, dass die Tat zum Nachteil des D nicht über § 32 StGB gerechtfertigt werden könne, da es mangels eines körperlichen Angriffs an einer Notwehrlage fehle. Jedoch habe das LG verkannt, dass aufgrund von krankheitsbedingten Fehlvorstellungen des A ein Erlaubnistatbestandsirrtum vorliegen könne. Eine Rechtfertigung der Tat zum Nachteil des G hatte das LG verneint, da das Notwehrrecht des A aufgrund seines schuldhaften Vorverhaltens eingeschränkt gewesen sei. Eine Einschränkung des Notwehrrechts setze aber ein rechtlich vorwerfbares Verhalten

voraus. Dies könne angesichts des festgestellten Krankheitsbildes des A nicht von selbst angenommen werden. Weiterhin hätte das LG einen Notwehrexzess gemäß § 33 StGB prüfen müssen, wobei aber nicht bereits jedes Angstgefühl als Furcht gewertet werden könne. Erforderlich sei ein durch das Gefühl des Bedrohtseins verursachter Störungsgrad, bei dem der Täter das Geschehen nur noch in erheblich reduziertem Maße verarbeiten könne.

BGH 5 StR 406/21, Urt. v. 08.06.2022 (Täuschungsbedingtes Einverständnis in Freiheitsberaubung)

Aufgrund unterschiedlicher Wert- und Rollenverständnisse floh die Geschädigte G vor ihrer Familie. Um sie zu einer den tschetschenischen Traditionen entsprechenden Lebensführung zurückzubringen, wollte ihre Familie sie über Georgien in ihr Heimatland Tschetschenien bringen. G wurde dazu vorgespiegelt, dass sie in Polen russische Pässe beantragen müssten. Tatsächlich sollte sie zum Flughafen und von dort aus nach Georgien verbracht werden. Auf der Fahrt zum Flughafen wurde G derart bewacht, dass sie sich nicht hätte entfernen können.

Der BGH stellt in der für die amtliche Sammlung vorgesehenen Entscheidung fest, dass das geschützte Rechtsgut des § 239 StGB die potenzielle Bewegungsfreiheit sei. Für eine Strafbarkeit sei demgemäß ausschlaggebend, ob sich der Betroffene ohne die Beeinträchtigung seiner Bewegungsmöglichkeit fortbewegen könne, wenn er dies wolle. Unerheblich sei, ob er seine Freiheitsbeschränkung realisiere. Ohne der Betroffene nicht, dass er sich selbst dann nicht fortbewegen kann, wenn er dies will, sei der Tatbestand des § 239 StGB mit Blick auf den Schutz der potenziellen Bewegungsfreiheit erfüllt. Entsprechend sei die Geschädigte vorliegend ihrer Freiheit beraubt gewesen, als sie sich nicht aus dem Auto entfernen konnte.

OLG Oldenburg 1 Ss 30/22, Urt. v. 20.06.2022 (Anwendungsbereich des Geldwäschetatbestandes)

Die Angeklagte A verbrannte in einem Grill eine nicht geringe Menge Cannabis, die ihr damaliger Lebensgefährte unerlaubt in Besitz hatte. Dadurch wollte sie verhindern, dass die Betäubungsmittel bei ihr aufgefunden und sichergestellt werden.

Die gegen den Freispruch des Landgerichts gerichtete Revision der Staatsanwaltschaft blieb ohne Erfolg. Das Vernichten eines aus einer rechtswidrigen Tat herrührenden Gegenstandes sei keine taugliche Geldwäschehandlung i.S.v. § 261 Abs. 2 StGB. Das vollständige Zerstören eines aus einer rechtswidrigen Tat herrührenden Gegenstandes erfülle den Tatbestand des § 261 Abs. 2 StGB nicht, weil der Gegenstand durch diese Handlung dem Finanz- und Wirtschaftskreislauf entzogen werde. Sinn und Zweck der Geldwäschestrafbarkeit sei aber gerade die Pönalisierung eines Verhaltens, das Vermögenswerte unter Verdeckung ihrer illegalen Herkunft in den Finanz- und Wirtschaftskreislauf einschleuse.

BGH 6 StR 68/21, Beschl. v. 28.06.2022 (Abgrenzung von Tötung auf Verlangen und Suizidbeihilfe)

Der Ehemann E der Angeklagten A entschloss sich das Leben zu nehmen. Dazu schrieb er nieder, dass er nicht weiterleben möchte und seiner Ehefrau deshalb verbiete, bei einem Suizid ärztliche Hilfe zu holen. Zunächst konsumierte E einen Cocktail aus den im Haus verfügbaren Tabletten. Danach injizierte A dem E auf dessen Wunsch sechs Ampullen Insulin. E wollte damit sichergehen, nicht als „Zombie“ zu überleben. Infolge des Insulins starb er an Unterzuckerung. Die Wirkstoffe des Cocktails hätten erst zu einem späteren Zeitpunkt zu seinem Tod geführt.

Der BGH entschied, dass das Verhalten der Angeklagten nicht als eine Fremdtötung, sondern als straflose Beihilfe zu einem freiverantwortlichen Suizid zu qualifizieren sei. Um eine Tötung auf Verlangen handele es sich, wenn der Suizident die Tatherrschaft aus der Hand gebe. Eine Selbsttötung liege hingegen vor, wenn der Sterbewillige bis zuletzt die freie Entscheidung über sein Schicksal behalte. Vorliegend beherrschte der Ehemann das zum Tode führende Geschehen, da er sich durch die Medikamenteneinnahme das Leben nehmen wollte. Die zusätzliche Injektion des Insulins diene lediglich der Sicherstellung des Todeseintritts. Insbesondere beherrschte E auch nach Injektion des Insulins das Tatgeschehen, da er eigenverantwortlich von Gegenmaßnahmen absah. Weiterhin habe sich die Angeklagte mangels einer Garantenpflicht nicht wegen Tötung auf Verlangen durch Unterlassen strafbar gemacht. Die einem Ehepartner obliegende Beschützergarantenpflicht aus § 1353 Abs. 1 S. 3 BGB werde durch das vom Sterbewilligen freiverantwortlich erklärte Verbot, ärztliche Hilfe zu holen, suspendiert.

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.

Proseminararbeit „Künstliche Intelligenz und Corporate Governance: Zur digitalisierten Unternehmensführung“, 14 Punkte

stud. iur. Simon Weber

Die vorliegende Proseminararbeit wurde im Wintersemester 2021/22 im Rahmen des Proseminars „Kapitalgesellschaftsrecht im Wandel“ verfasst.

Herzlicher Dank gebührt dabei Prof. Dr. Petra Buck-Heeb, die sich mit der Veröffentlichung der Arbeit und des Votums einverstanden erklärt hat.

BEARBEITUNG

A. Vorwort

Der weltberühmte Physiker Stephen Hawking sagte bereits im Jahr 2017 zum Thema künstliche Intelligenz: „*It will either be the best thing that’s ever happened to us, or it will be the worst thing.*“¹ Doch ist diese Prognose berechtigt? Woher kommt diese Faszination von automatisierten Abläufen, welche den Unternehmen ihre Produktionsketten und Entscheidungsfindungen, aber auch jedem Einzelnen den Alltag erleichtern? Sind die Ängste ihnen gegenüber gerechtfertigt? Wie ist die rechtliche Einordnung dieser neuen Art eigenständiger Entscheidungsfindung und wo stößt sie vielleicht an ihre Grenzen? Die nachfolgende Seminararbeit führt zunächst in die Themengebiete der künstlichen Intelligenz und der Corporate Governance ein und nennt deren Kernthematiken, bevor anschließend die Betrachtung der Zusammenführung beider Themenkomplexe stattfindet. Nach einer Darstellung der Stärken und Schwächen folgt ein hypothetisch-futuristischer Ausblick des Verfassers. Zuletzt steht das Fazit der Arbeit.

B. Die Grundlagen künstlicher Intelligenz

Um den Anwendungsbereich von künstlicher Intelligenz (sog. „KI“) besser zu überblicken, ist es essentiell, ein Grundverständnis davon zu entwickeln, welche Prozesse und Vorgänge bereits im Zusammenhang mit KI, sowohl im internationalen Handels- und Güterverkehr, aber auch im alltäglichen Leben, stehen. Obwohl teilw. erwogen wird, aufgrund der an „Science-Fiction“ erinnernden Rhetorik im Bereich des Rechts auf den Begriff „KI“ zu verzichten,² scheint die Diskussion um nichtmenschliche, zerebrale

Prozesse auf mindestens menschenähnlichem, -gleichem oder sogar -übertreffendem Niveau³ unter der Begriffsfassung zu weit fortgeschritten, um eine alternative begriffliche Neuausrichtung vielversprechend erscheinen zu lassen.⁴ Insofern wird sich der bereits bestehenden Bezeichnung angenommen.

I. Der Unterschied zwischen KI, Smart Contracts und RPA

Eine wichtige Unterscheidung gilt es direkt am Anfang zu treffen. So ist nicht jeder automatisierte Vorgang automatisch „KI“. Es wird grundlegend zwischen der „KI“, den „Smart Contracts“ und der „Robotic Process Automation“ (sog. RPA) differenziert. Die europäische Kommission definiert KI als „*software that is developed with one or more of the techniques and approaches listed in Annex I and can, for a given set of human-defined objectives, generate outputs such as content, predictions, recommendations, or decisions influencing the environments they interact with.*“⁵ und versteht darunter Systeme, welche durch die Simulation menschlichen Verhaltens fähig sind, selbstständig kognitive Aufgaben zu lösen und Muster zu erkennen. KI-basierte Systeme haben demnach die Fähigkeit zu lernen und ihre Verhaltensweisen anzupassen.⁶ Eine Differenzierung der vielen einzelnen Unterbereiche in bspw. „Deep Learning“, „neuronale Netze“ oder „halb-künstliche KI“⁷ ist an dieser Stelle zu weitreichend. Jedoch sollte kurz auf den besonderen Bereich der „Smart Contracts“ näher eingegangen werden. Dies ist ein spezielles Gebiet der KI und beschreibt durch Algorithmen besonders raffiniert konstruierte Verträge, bei denen vertragliche Beziehungen effizienter abgewickelt werden können.⁸ Diese werden durch Computerprogramme implementiert, welche die vertrag-

¹ Stephen Hawking, Web-Summit-Konferenz in Lissabon, 2017.

² Borges, NJW 2018, 2825 (2827); Spindler, CR 2015, 766 (767).

³ BT-Drs.19/3714, S. 1; COM(2018) 237final, S. 1.

⁴ Borges, NJW 2018, 2825 (2829); Jakl, MMR 2019, 711 (712).

⁵ COM (2021) 206 final, S. 39.

⁶ Spindler, CR 2015, 766 (766); Stiernerling, CR 2015, 762 (762).

⁷ Strohn, ZHR 182/2018, 371 (371).

⁸ Jakl, MMR 2019, 711 (712).

lichen Rechte und Pflichten algorithmisch überprüfen und durchsetzen.⁹ So werden zur Erfüllung wechselseitiger Leistungspflichten informationstechnisch verarbeitete Datensätze genommen, welche an die Stelle eines zwischenmenschlichen Vertrauens treten.¹⁰

Zuletzt gilt es noch die RPA einzuordnen. Bei dieser handelt es sich um Software, die eingesetzt wird, um einfache Prozesse, die bisher von einem Menschen bearbeitet wurden, zu automatisieren,¹¹ wobei insb. Aufgaben an der Interaktionsschnittstelle eines menschlichen Bearbeiters mit einem IT-System in Betracht kommen, wie bspw. Daten in eine Tabelle übertragen.¹² Es kann also festgehalten werden, dass KI-Systeme wesentlich komplexer sind als reine RPAs.

II. Handels- und gesellschaftsrechtliche Anwendungsbereiche

Die KI findet bereits in vielen handels- und gesellschaftsrechtlichen Konstellationen ihre Anwendung. Ein Beispiel hierfür ist die Spezialsoftware für Serviceanfragen an ein Unternehmen, welche dem Kunden selbstständig eine Antwort vorschlägt und so zu ca. 50 % Entlastung bei Kundenhotlines führt.¹³ Ähnliche Software wird dazu verwendet, Kundenverhalten zu analysieren, ein Kundenportrait zu erstellen und das zukünftige Kaufverhalten vorherzusagen, um im Rahmen des Mikromarketing individuelle Angebote bereitstellen zu können. Im Bereich der Cyber-Sicherheit sind Algorithmen, die nicht nur bekannte, sondern auch neue potentiell bedrohliche Malware erkennen können, gerade für Unternehmen mit sensiblen Datenbanken unentbehrlich.¹⁴ Die potentiellen und tatsächlichen Anwendungsbereiche lassen sich daher nur schwer überblicken. So ermöglichen KI-basierte Systeme dem verwendenden Unternehmen regelmäßig ein effizienteres und auch ökonomisch-vorteilhaftes Kundenmanagement und sind durch ihren unbegrenzten Selbstlernerfolg gleichzeitig in einem sich rasant entwickelnden Markt immer auf dem neuesten Stand.

C. Die Merkmale der Corporate Governance

Der Begriff „Corporate Governance“ (Abk. CG) bezeichnet allgemeine Führungs- und Überwachungsgrundsätze, die sich an Gesellschaftsorgane wenden, um die Qualität der Unternehmensleitung zu gewährleisten.¹⁵ Umfasst sind hiervon das Interesse der Aktionäre (sog. „Shareholder“), der Gläubiger des Unternehmens (sog. „Stakeholder“), der Arbeitnehmer und der Öffentlichkeit, weshalb auch die Außenwahrnehmung des Unternehmens Gegenstand der CG ist.¹⁶ Das Instrument sieht dabei einen begrenzten Rahmen der freien Entfaltung und Charakterbildung eines Unternehmens vor, wodurch sich dieses nach innen, oder mit Außenwirkung auf den Markt, von anderen Konzernen abzugrenzen vermag. Wenngleich ein Unternehmen das Instrument der CG nutzen soll, um seine individuellen Wertevorstellungen nach außen hin zu vermitteln und intern umzusetzen, so ist der dafür zur Verfügung gestellte Rahmen der Individualisierung dennoch abgesteckt. Staatliche Regelungen, wie das KonTraG, das TransPuG, das UMAG, das BilMoG oder das VorstAG, stecken bereits einen äußeren Maximalrahmen für die freie Individualität ab. Eine weitere wichtige halbstaatliche Regelung für die Ausgestaltung der CG ist der Deutsche Corporate Governance Kodex (sog. DCGK), welcher zwar nicht im Wege einer parlamentarischen Gesetzgebung erlassen worden ist, indes dennoch über den § 161 AktG einen gewissen Befolgungsdruck ausübt.¹⁷ Von den Vorgaben des DCGK kann grundsätzlich zwar abgewichen werden, jedoch bedarf es dafür einer Begründung des Vorstands.¹⁸ Der Befolgungsdruck ist daher in angemessenem Verhältnis zu verstehen. Nicht zu verwechseln ist die CG mit der Compliance eines Unternehmens, welche die Gesamtheit aller Maßnahmen umfasst, die erforderlich sind, um ein rechtmäßiges Verhalten des Unternehmens, seiner Organmitglieder und Mitarbeiter im Blick auf alle gesetzlichen oder satzungsmäßigen Ge- und Verbote zu gewährleisten.¹⁹ Insoweit ist die Compliance zwar ein wichtiger Begriff innerhalb der CG, erschöpft sich jedoch nicht in dieser.²⁰

⁹ Jakl, MMR 2019 711 (712).

¹⁰ Jakl, MMR 2019, 711 (712).

¹¹ Guggenberg, NVwZ 2019, 844 (849), beck-online.

¹² Guggenberg, NVwZ 2019, 844 (849), beck-online.

¹³ Stiernerling, CR 2015, 762 (763).

¹⁴ COM(2018) 237final, S. 1.

¹⁵ Hüffer/Koch, § 76 AktG, Rn. 37; MüKoGmbHG/Stephan/Tieves, § 37 GmbHG, Rn. 36; Dausen/Ludwigs EU-WirtschaftsR-HdB, E. E. III. Gesellschaftsrecht Rn. 430, beck-online.

¹⁶ Hüffer/Koch, § 76 AktG, Rn. 37.

¹⁷ MüKoGmbHG/Fleischer, § 43 GmbHG, Rn. 53; Hüffer/Koch, § 76 AktG, Rn. 39.

¹⁸ MüKoAktG/Spindler, § 93 AktG, Rn. 38.

¹⁹ Deutscher Corporate Governance Kodex, A.1, Grundsatz 5; Reichert/Ott, NZG 2014, 241 (241); Spindler/Stilz/Fleischer, § 91 AktG, Rdn. 47 ff; Hüffer/Koch, § 76 AktG, Rn. 11.

²⁰ Hüffer/Koch, § 76 AktG, Rn. 37.

I. Die Principal-Agency-Thematik

Ein Kernproblem innerhalb des Konstrukts der CG ist die sog. Principal-Agency-Thematik und die damit einhergehende Informationsasymmetrie zugunsten des Agenten. Diese entsteht durch die Trennung zwischen Eigentum und Leitung/Kontrolle des Unternehmens.²¹ Der Principal (resp. der Eigentümer) stellt dabei Agenten (resp. Manager) ein, um das Unternehmen bestmöglich zu führen. Dies führt zu einer Delegationsbeziehung, in dem der Principal als Auftraggeber Entscheidungskompetenzen an den Agenten als Auftragnehmer delegiert, da dieser in Bezug auf die zu erfüllenden Aufgaben spezialisiert und besser informiert ist.²²

Der Agent hat, dadurch dass er im täglichen Unternehmensgeschehen involviert ist, regelmäßig mehr Informationen über das Unternehmen als der Principal, wodurch eine asymmetrische Informationsverteilung zwischen dem Principal und dem Agenten entsteht. Die Informationsasymmetrie kann dabei in verschiedenen Formen auftreten, welche durch ihre zeitliche Verteilung klassifiziert werden.²³

1. Hidden characteristics

Sog. „hidden characteristics“ liegen vor, wenn die Informationen über die Eigenschaften des Agenten, oder seine Leistung vor Vertragsschluss ungleich verteilt sind.²⁴ Hierbei geht es um den Fall, dass sich der Principal kein vollständiges Bild über die Fähigkeiten, oder Qualifikation des Agenten machen kann und auf dessen Kompetenz vertrauen muss. In diesem Fall kann es zur Auswahl eines unerwünschten Vertragspartners kommen (sog. „adverse selection“).²⁵

2. Hidden intention

Die sog. „hidden intentions“ liegen wiederum vor, wenn der Principal vor Vertragsschluss nicht eindeutig beurteilen kann, ob der Agent die vor Vertragsschluss gemachten Zusagen einhalten wird.²⁶ Es bedarf auch hier des Vertrauens des Principals, dass der Agent im Laufe der Leistungsbeziehung die Motive des Principals weiterverfolgt und nicht

überwiegend die Eigenen. In diesem Fall könnte es zu einer Erpressung des Principals durch den Agenten kommen.²⁷

3. Hidden actions

Dagegen liegen die sog. „hidden actions“ vor, wenn der Principal die Handlungen des Agenten nach Vertragsschluss nicht beobachten kann.²⁸ Dies ist ein regelmäßiges Problem, welches der Natur der Principal-Agency-Konstellation geschuldet ist. Es kommt hierbei zum moralischen Restrisiko, dem sog. „moral hazard“.²⁹

II. Der Lösungsansatz der Principal-Agency-Thematik

Wohingegen den „hidden characteristics“ durch Leistungsnachweise (sog. „signaling“), einem umfassenden Bewerbungsverfahren (sog. „screening“), oder der Vorlage mehrerer Verträge aus denen der Agent sich einen aussuchen kann (sog. „self-selection“), größtmöglich vorgebeugt werden kann und die „hidden intentions“ sich weitestgehend im Agentenvertrag durch Richtungsweisungen des Principals ausschließen lassen, bleibt das Problem der „hidden actions“ weiterhin bestehen. In der Konstellation der Parteien wird grds. angenommen, dass sich beide Entscheider eigennutzenmaximierend verhalten und dabei auch bereit sind, opportunistisch aufzutreten, indem sie Informationsvorsprünge, Vertragslücken und Ermessensspielräume dazu verwenden, den eigenen Nutzen auch zu Lasten des Vertragspartners zu steigern.³⁰ Gerade an dieser Stelle eignet sich als zentraler Lösungsansatz zur Überwindung von Agency-Problemen die Implementierung von Anreizsystemen auf Ebene der Unternehmensverwaltung im Sinne der Shareholder.³¹ Hierbei werden dem Agenten als Vergütung aktienkursbasierte Wertpapiere am Unternehmen ausbezahlt, wodurch ein Gleichklang der Interessen zwischen Principal, Aktionären und dem Agenten erreicht wird.³²

D. Die Eingliederung von KI in die Corporate Governance

Die Möglichkeiten, wie man nun KI-basierte Algorithmen in das Konstrukt der CG integriert, scheinen sowohl einerseits unendlich, als andererseits auch begrenzt. Durch die

²¹ Dausen/Ludwigs EU-WirtschaftsR-HdB, E. E. III. Gesellschaftsrecht, Rn. 430, beck-online; Hopt/Binder/Böcking, § 13, Rn. 1, beck-online.

²² Oehlich NZG 2019, 1049 (1050), beck-online

²³ Oehlich, NZG 2019, 1049 (1050), beck-online

²⁴ Oehlich, NZG 2019, 1049 (1050), beck-online

²⁵ Oehlich, NZG 2019, 1049 (1050), beck-online

²⁶ Oehlich, NZG 2019, 1049 (1050), beck-online

²⁷ Oehlich, NZG 2019, 1049 (1050), beck-online

²⁸ Oehlich, NZG 2019, 1049 (1050), beck-online

²⁹ BeckOGK/Riesenhuber, § 662 BGB, Rn. 15; Oehlich, NZG 2019, 1049 (1050), beck-online.

³⁰ Hopt/Binder/Böcking, § 13, Rn. 1, beck-online; Oehlich, NZG 2019, 1049 (1050), beck-online.

³¹ Velte, NZG 2021, 3 (5).

³² Oehlich NZG 2019, 1049 (1051), beck-online.

vielfältige Anwendbarkeit der Algorithmen scheint es naheliegend, alle logischen Prozesse einem System zu überlassen, um die Effizienz der Managemententscheidungen zu gewährleisten. Es bietet sich die Möglichkeit der Gestaltung eines ökonomisch-effizienteren Leitungsbildes für das Unternehmen. Nun ist jedoch zu berücksichtigen, dass die CG gewissermaßen den Charakter eines Unternehmens widerspiegelt und die Verwendung den staatlichen Regularien unterliegt. Insoweit stellt die Einbindung der Systeme in die CG gewissermaßen eine Abgabe der Entscheidungsfreiheit über die Innen- und Außenwirkung des Unternehmens dar.

Um etwaige Problematiken aufzuzeigen, die bei der Zusammenführung beider Thematiken entstehen könnten, bietet es sich, an einen globalen Betrachtungshorizont heranzuziehen, um aus diesen Erfahrungen und Anwendungsbereichen zu schlussfolgern. In der asiatischen Firma „Deep Knowledge Ventures“, mit Sitz in Hong-Kong, wurde bereits 2014 ein Algorithmus namens „Vital“ in den Vorstand des Unternehmens berufen.³³ Dabei genießt Vital zwar kein eigenes Stimmrecht, wird jedoch als „*member of the board with observer status*“ bei Entscheidungsfragen konsultiert.³⁴ Nun würde zwar die Bestellung eines Computer-Algorithmus zum Mitglied des Vorstandes oder Aufsichtsrates einer deutschen AG an § 76 III S. 1 AktG bzw. § 100 I S. 1 AktG jeweils i.V.m. § 23 V AktG scheitern, jedoch sollte die Idee dahinter auch im deutschen Rechtskreis zukünftig rechtlich eingeordnet werden.³⁵ Dass der deutsche Gesetzgeber auf die rasant digitale Entwicklung des Marktes und deren technischen Fortschritt reagiert, zeigt sich an Normen wie § 80 WpHG, § 28 KAGB, § 64a VAG, § 25a KWG sowie in dem Rundschreiben der BaFin über Mindestanforderungen an das Risikomanagement – (MaRisk) – vom 27.10.2017,³⁶ aber auch in der DSGVO.³⁷ Insoweit erscheint die Eingliederung selbstdenkender Computersoftware in die CG und auch generell im deutschen Handels- und Gesellschaftsrecht möglich, sofern ein rechtlicher Rahmen dafür geschaffen wurde.³⁸

E. Die Grenzen der KI als Hilfsmittel effizienter Unternehmensführung

Unter Beachtung der umfangreichen Anwendbarkeit von KI-Systemen, stellt sich die Frage, ob dieses Konstrukt auch Grenzen unterliegt.

I. Stärken einer KI-basierten Unternehmensführung

Die Stärken der Anwendung von KI in der Unternehmensführung liegen dabei zunächst in der Schnelligkeit und Zuverlässigkeit der Entscheidungsfindung. Algorithmen können komplexe Prognosen in einem Bruchteil der Zeit erstellen und analysieren. Sie können unternehmensinterne Veränderungen bspw. über die „smart contracts“ direkt in die CG integrieren und diese so stetig aktuell halten. Durch Übertragung von Aufgaben des Agenten an ein KI-System können zudem die bereits erwähnten Problematiken der Principal-Agent-Thematik gemindert werden. Weiter bieten sie durch ihren Selbstlerneffekt die Eigenschaft, sich neuen Gegebenheiten am Markt sofort anzupassen und somit die Außenwirkung der CG neu zu bewerten. Auf KI zu verzichten, während andere Unternehmen diese nutzen, könnte sogar einen wettbewerbsrechtl. Nachteil darstellen,³⁹ wodurch die kartellrechtlich bedenkliche Situation eintreten könnte, dass der Marktzutritt beeinträchtigt wäre und ein freier Wettbewerb nicht stattfände.⁴⁰

II. Schwächen einer KI-basierten Unternehmensführung

Bei den umfangreichen Vorteilen darf nicht außer Acht gelassen werden, dass KI auch entscheidende Nachteile hat. So bedarf es bspw. in der Principal-Agency-Problematik einem erheblichen Maß an Feingefühl, Menschenkenntnis und Empathie. Dies kann von einem Algorithmus schlichtweg (noch) nicht geleistet oder ersetzt werden. Die inneren Führungsgrundsätze der CG bedürfen ebenfalls eines charakteristischen Fingerspitzengefühls i.S.v. Moral und Ethik, welches schwerlich programmierbar ist. Im äußeren Erscheinungsbild vermag indes die Individualität zu leiden. Wenn viele Unternehmen ihre Außenwirkung durch KI beeinflussen lassen, könnte dies zu massenhaft gleichen Außenwirkungen führen, da Algorithmen bei gleicher Programmierung zu gleichen Ergebnissen kommen. Die Ge-

³³ Möslein, Zfp 5/2018, 204 (206).

³⁴ Möslein, Zfp 5/2018, 204 (206).

³⁵ Strohn, ZHR 182/2018, 371 (371).

³⁶ GZ: BA 54-FR 2210-2017/0002; Strohn, ZHR 182/2018, 371 (372).

³⁷ VO (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016, ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 1 ff.; Strohn, ZHR 182/2018, 371 (372).

³⁸ COM(2018) 237final, S. 17.

³⁹ COM(2018) 237 final, S. 5; BT-Drs.19/3714, S. 2.

⁴⁰ Strohn ZHR 182/2018, 371 (377).

fahr besteht demnach in einer reihenweisen Einheitlichkeit der Reaktion von Unternehmen auf Marktgeschehen und deren Repräsentanz nach außen. Zudem entfaltet der sich von selbst weiterentwickelnde Algorithmus eine Eigendynamik, in welcher der ursprüngliche Programmierer nicht mehr in der Lage ist ihn sachgerecht zu verändern.⁴¹ Zwischen Input- und Output-Ebene liegt eine sog. „Black Box“, auf die der Programmierer weder eingreifen kann, noch soll.⁴² Dies impliziert die teilw. Abgabe von Führungswerten an den Algorithmus, wofür es dem Konstrukt eines gewissen „Vertrauensverhältnisses“ bedarf.

F. Ein Ausblick auf die Anwendung von KI im unternehmensrechtlichen Kontext

Der Veränderungsrate des heutigen Stands der Technik scheint ein Blick in die Zukunft kaum Rechnung tragen zu können. Im Bereich Wissenschaft und Technik überschlagen sich die Neuentdeckungen regelmäßig. Absehbar ist insoweit lediglich, dass sich beim Beibehalten des rasant wachsenden Fortschritts auch der Spielraum für die hypothetisch-zukünftige Anwendung eben jenes Fortschrittes vergrößern muss. Insoweit können technische Neuerungen nur ihre Wirkung zeigen, wenn sie auch verwendet werden dürfen. Die generelle Verwendung von KI im unternehmensrechtlichen Kontext ist indes kaum mehr wegzudenken. Handelsrechtlich sorgen Algorithmen dafür, dass für die täglich ca. 200.000 Flugzeuge und rund 1,3 Mio. LKW, jede Ware zur richtigen Zeit am richtigen Ort eintrifft. Aber auch unternehmensintern wäre bspw. bei der Walmart Inc., einem der größten Arbeitgeber weltweit, eine Koordination von über 2,3 Mio. global verteilten Mitarbeitern nicht zu gewährleisten, ohne auf KI-Systeme zurückzugreifen. Ein Blick auf den aktuellen Stand der Verwendung lässt hier bereits erahnen, wie sich die Anwendbarkeit von KI im unternehmensrechtlichen Kontext weiterentwickeln wird. Das amerikanische Unternehmen Neurable Inc. forscht bspw. zzt. an einer Schnittstelle zwischen menschlichem Gehirn und Maschine, um Informationen aus dem Gehirn abzulesen, noch bevor die Person weiß, dass sie etwas tun möchte.⁴³ Diesen Gedanken weiterverfolgend würde KI immer vermenschlichter werden. Es könnte der Eindruck erweckt werden, dass die KI selbst demnächst so intelligent, empfindsam und selbstbewusst ist, dass sie entweder selbst zur rechtlichen Verantwortung gezogen werden, oder gar die rechtliche

Normenbegründung eigenständig übernehmen kann.⁴⁴ Nach heutigem Stand erscheinen Unternehmen wie „Deep Knowledge Ventures“ noch als Vorreiter bei der Fusion von KI und Unternehmensführung. Obwohl die Entscheidung des asiatischen Unternehmens bereits 2014 erfolgt ist, ist bisher der große „Hype“, oder ein Nachahmungstrend anderer Unternehmen, ausgeblieben. Da selbst die Wissenschaft KI nur zu einem gewissen Rahmen erklären und kontrollieren kann, scheinen die Risiken der Verantwortungsabgabe an Algorithmen für die Unternehmen größer als der potentielle Nutzen.

G. Fazit

Es bleibt festzuhalten, dass im Zusammenspiel zwischen Forschung und Recht zwei unterschiedliche Entwicklungen aufeinandertreffen. Lange bestehende Rechtsnormen versuchen den gesetzlichen Rahmen für die Verwendung der Technik der Zukunft zu schaffen. So gilt der § 76 III S. 1 AktG bspw. seinem Inhalt nach unverändert seit seinem Inkrafttreten 1966. Der Versuch, die Technologie von morgen mit Normen, die teilw. bereits über 50 Jahre alt sind in Schach zu halten und trotzdem nicht dem technischen Fortschritt entgegen zu wirken, stellt eine Mammutaufgabe für den Gesetzgeber dar, die es durch regelmäßige Neufassung der Gesetzesgrundlage stetig fortzuführen gilt. Indes bleibt für jedes Unternehmen die Entscheidung, den neusten Stand der Technik zur Effizienzsteigerung nutzen zu können, jedoch nicht nutzen zu müssen. Die „persönliche Note“ der CG in die Hände eines selbstständig denkenden Algorithmus zu legen, scheint zu einer Verminderung der Kontrollierbarkeit zu führen, die noch nicht viele Unternehmen bereit sind einzugehen. Auch bleibt weiterhin die Frage, inwiefern ein sich selbstständig entwickelnder Algorithmus seinen Entfaltungsraum innerhalb der uns gesellschaftlich selbst gesetzten, ethischen Prinzipien ausnutzen kann und sollte. Die Aufgabe wird darin liegen, eine gesellschaftlich akzeptable Technologiegestaltung zu erreichen, die sich insb. über den Grad der einem Computer zugestandenen Autonomie definieren wird.

ANMERKUNGEN

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich nach einer Einleitung zunächst mit den Grundlagen und der Schnittstelle zwischen KI und Gesellschaftsrecht. Die Einleitung hätte

⁴¹ Strohn ZHR 182/2018, 371 (373).

⁴² Strohn ZHR 182/2018, 371 (373-374).

⁴³ Strohn, ZHR 182/3018, 371 (372).

⁴⁴ Jakl, MMR 2019, 711 (711).

bereits etwas präziser auf den Aspekt der „digitalisierten Unternehmensführung“ bezogen werden können. Die Darstellung der Grundlagen ist sodann angesichts des geringen zur Verfügung stehenden Raums gut gelungen. Gut ist v.a., dass dezidiert zwischen automatisierten Systemen und KI-Systemen unterschieden wird.

Sodann wird auf die Corporate Governance abgehoben und darauf aufbauend die Eingliederung der KI in die Corporate Governance erörtert. Die Darstellung der Principal-Agent-Thematik hätte etwas mehr an Literatur einbeziehen können, die Überlegungen zum „Lösungsansatz“ sind jedoch gut. Die Ausführungen münden schließlich in die Frage, wie KI in die Corporate Governance eingegliedert werden kann. Eng damit verbunden sind die Ausführungen zu den Grenzen im Hinblick auf den Einsatz von KI im Rahmen einer effizienten Unternehmensführung. Gut ist, dass hierbei dann die eingangs allgemein geschilderte Principal-Agent-Thematik aufgegriffen und – zumindest knapp – vertieft wird. Hier liegt eine der Stärken der Arbeit.

In einem Ausblick wird das Problem des Erklärens und Kontrollierens des KI-Systems thematisiert. Diese Faktoren sind in der Diskussion um die Einsatzfähigkeit von (selbstlernender) KI elementar. Insofern ist auch die Möglichkeit der Heranziehung von KI für Unternehmensführungsaufgaben faktisch begrenzt. Die Arbeit schließt mit einem Fazit, das nochmals den Aspekt des „Grads der Autonomie“ hervorhebt. Insgesamt ist die Arbeit, die auf extrem knappem Raum ein „großes“ Thema behandelt, sehr gut gelungen. Die Arbeit wurde daher mit gut, 14 Punkten bewertet.

Proseminararbeit im Medizinrecht, 12 Punkte

stud. iur. Pierre Watermann

Die vorliegende Proseminararbeit mit dem Thema „Urteilsrezension zu BGH, Urt. v. 21.05.2019, VI ZR 299/17 – Schadensersatzanspruch bei Schockschaden nach fehlerhaft durchgeführter Koloskopie“ wurde im Wintersemester 2022/23 im Rahmen des Proseminars „Medizinrecht“ verfasst.

BEARBEITUNG

A. Einleitung

Diese Seminararbeit befasst sich mit einer Rezension des Urteils des VI. Zivilsenats des BGH vom 21. Mai 2019 – Aktenzeichen VI ZR 299/17¹ – sowie der dort diskutierten Rechtsproblematik. Der VI. Zivilsenat des BGH musste sich im Kern mit der Frage befassen, wie weit der Schutzzweck des § 823 Abs. 1 BGB reicht. Genauer, ob der Schutzzweck der Norm auch die psychische Gesundheitsverletzung einer angehörigen dritten Person in Folge einer fehlerhaften Behandlung des Verwandten und einer – zumindest auch – dadurch eingetretenen Verschlechterung des Gesundheitszustands des Patienten umfassen könne oder diese schon zum allgemeinen Lebensrisiko gehöre.

B. Entscheidungshergang des BGH

Im Folgenden wird der Entscheidungshergang des BGH genauer betrachtet.

I. Sachverhalt

Der Ehemann der Klägerin erlitt eine Perforation des Darms (örtlich begrenzter Durchbruch von Darminhalt durch die Darmwand in die Bauchhöhle). In der Folge kam es zu einer Peritonitis (Bauchfellentzündung). Ein späteres Gutachten ergab, dass es sich bei der Darmperforation um eine schicksalhafte Komplikation der vorangegangenen Koloskopie handelte. Die Behandlung der Darmperforation, das laparoskopische (mittels Bauchspiegelung) Übernähen des Darmwanddefekts drei Tage nach der Perforation im Stadium der Entzündung durch die Beklagte, sei dennoch grob fehlerhaft gewesen. Ein zweites Gutachten stellte weitere Behandlungsfehler fest.

Gestützt auf diese Gutachten behauptet die Klägerin, ihr Ehemann habe mehrere Wochen in akuter Lebensgefahr geschwebt, weswegen sie massive psychische Beeinträchtigungen in Form eines depressiven Syndroms

mit ausgeprägten psychosomatischen Beschwerden und Angstzuständen erlitten habe und nimmt die Beklagte auf materiellen und immateriellen Schadensersatz in Anspruch.

II. Prozesshistorie

Im Folgenden wird die Prozesshistorie des Sachverhalts dargestellt.

1. Entscheidung des LG Köln

Zunächst befasste sich die 25. Zivilkammer des LG Köln mit der Thematik² und wies die Klage ab. Da die Klägerin mindestens 15.000 € forderte, übersteigt der Zuständigkeitsstreitwert die in § 1 ZPO i. V. m. § 23 Nr. 1 GVG genannte Summe von 5.000 €, sodass das Landgericht sachlich auch zuständig war. Das Gericht verwies zunächst darauf, dass *de lege lata* nach § 253 Abs. 2 BGB grundsätzlich nur derjenige, der selbst eine Verletzung erlitten hat, vom Schädiger Ersatz verlangen kann³. Die begrenzten Ausnahmen der §§ 844, 845 BGB seien nicht einschlägig. Auch nach den Grundsätzen der Schockschaden-Rechtsprechung des BGH stünde der Klägerin kein Anspruch auf Schadensersatz zu: Das Auftreten derartiger Komplikationen und deren nachfolgende Behandlungsbedürftigkeit sei dem allgemeinen Lebensrisiko zuzurechnen und somit gerade nicht vom Schutzzweck der Norm umfasst.

2. Entscheidung des OLG Köln

Anschließend ging die Klägerin in Berufung, sodass sich der fünfte Zivilsenat des OLG Köln in zweiter Instanz mit dem Anliegen der Klägerin befasste⁴. Es lehnte die Berufung als unbegründet ab und korrigierte das Landgericht dahingehend, dass ein Anspruch auf Schmerzensgeld wegen Erleidens eines Schockschadens nicht grundsätzlich das Miterleben oder die Nachricht vom Tode eines nahen Angehörigen voraussetzt. Gleichzeitig setzt es jedoch die Voraussetzungen, unter welchen Umständen der Zurech-

¹ Abgedruckt in: BGH, Urt. v. 21.05.2019 – VI ZR 299/17.

² LG Köln, Urt. v. 26.10.2016 – 25 O 326/15.

³ Palandt/Grüneberg, 81. Auflage 2022, § 253 BGB, Rn. 4, 11.

⁴ OLG Köln, Urt. v. 12.07.2017 – 5 U 144/16.

nungszusammenhang entfallen könnte, fest. Namentlich bei einer erheblichen psychischen Reaktion auf ein nach seiner Schwere unbedeutendes Schadensereignis. Weiterhin korrigiert es das Landgericht, dass ein Anspruch der Klägerin nicht bereits deswegen ausscheide, weil die von ihr behaupteten psychischen Beeinträchtigungen nicht das von der Rechtsprechung geforderte außergewöhnliche Ausmaß erreicht hätten.

Schlussendlich bestätigt das OLG das vorangegangene Landgericht jedoch dahingehend, dass der Schutzzweck des § 823 Abs. 1 BGB eine solche Situation nicht umfasse, in der ein bereits potentiell lebensbedrohlicher Zustand eines Patienten durch einen ärztlichen Behandlungsfehler weiter verschlechtert werde. Dies gehöre zum allgemeinen Lebensrisiko eines nahen Angehörigen. Eine Ausnahme davon, also dass infolge des Behandlungsfehlers ein Gesundheitsschaden des Patienten verursacht wurde, der von Art und Schwere eine erheblich verschlimmerte Qualität als die Grundkrankheit ausweise, liege ebenfalls nicht vor.

3. Entscheidung des BGH

Die Klägerin ging in Revision, sodass sich der 6. Zivilsenat des BGH sich mit dem Fall auseinandergesetzt hat⁵. Der BGH hob das Urteil des OLG Köln auf und verwies den Fall zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurück.

In seinem Urteil stellte der BGH zunächst den Tatbestand und die Entscheidungen des OLG Köln nochmal dar, um dann auf das Urteil des Berufungsgerichts einzugehen.

a) Zuspruch des BGH zum OLG Köln

Der BGH bestätigt das OLG dahingehend, dass die entwickelten Grundsätze bei Schockschäden auch anwendbar sind, wenn das schadensbegründende Ereignis eine fehlerhafte ärztliche Behandlung war. Ebenso bestätigt der BGH die Annahme, dass die von der Klägerin erlittenen psychischen Beeinträchtigungen über die Intensität und Dauer hinaus gingen, die Angehörige in vergleichbarer Lage erlitten.

b) Widerspruch des BGH zum OLG Köln

Widersprochen hat der BGH dem OLG Köln allerdings dahingehend, dass der Anspruch der Klägerin ausscheide, weil die Erkrankung der Klägerin nicht von dem Schutzzweck der Norm umfasst werde, sondern sich in dieser lediglich das allgemeine Lebensrisiko verwirklicht habe.

Der BGH erkennt zwar an, dass die Schadensersatzpflicht

vom Schutzzweck der Norm begrenzt wird, also keine Pflicht zum Schadensersatz besteht, wenn die sich realisierte Gefahr zum allgemeinen Lebensrisiko gehöre. Bei der wertenden Betrachtung, die dahingehend vorgenommen werden muss, kommt es in der Sache allerdings zu einem anderen Ergebnis als das OLG Köln.

Dies wird damit begründet, dass der vorliegende Fall keinem der bereits anerkannten Fälle des allgemeinen Lebensrisikos zuzuordnen sei, beispielsweise bei einer psychischen Gesundheitsverletzung einer Mutter aufgrund der Nachricht über eine schwere Erbkrankheit des Vaters der gemeinsamen Kinder⁶. Weiter führt der BGH aus, dass es nach wertender Betrachtung nicht gerechtfertigt sei, das Risiko alleine der Sphäre der Klägerin zuzuordnen.

Im Ausgangspunkt sei, mangels entgegenstehender Feststellung des OLG Köln, anzunehmen, dass der Behandlungsfehler adäquat kausal für die Lebensgefahr des Patienten gewesen sei. Ebenso realisierte sich für diesen das dem Behandlungsfehler innewohnende Risiko. Somit könne nichts anderes auch für die Klägerin gelten. Auch diesbezüglich habe das OLG Köln die Kausalität offengelassen, die folglich im Revisionsverfahren zu unterstellen ist. Infolgedessen wird auch hier aus oben genannten Gründen der Zurechnungszusammenhang gegeben sein. Das Fehlen zwischen Rechtsgutsverletzung beim Patienten und der Gesundheitsverletzung der Klägerin werde durch die Grundsätze der Schockschadenrechtsprechung geregelt. Insbesondere das geforderte Näheverhältnis⁷ liege hier in Form von Ehepartnern vor.

Im Ergebnis kommt der BGH zu dem Schluss, dass die Einschränkung der Ersatzfähigkeit von Schockschäden im Fall ärztlicher Behandlungsfehler durch das OLG Köln nicht gerechtfertigt sei.

III. Analyse

Nachfolgend soll das Urteil des BGH kurz formell und anschließend materiell analysiert werden.

1. Formelle Analyse

Obwohl das OLG Köln eine Revision ausgeschlossen hatte, gab es für die Klägerin die Möglichkeit zur Erreichung der begehrten Revision mittels Nichtzulassungsbeschwerde gem. § 544 ZPO. Dies begründet sich damit, dass in der

⁵ BGH, Urt. vom 21.05.2019 – VI ZR 299/17.

⁶ BGH, Urt. v. 20.05.2014 – VI ZR 381/13.

⁷ BGH, Urt. v. 20.03.2012 – VI ZR 114/11.

ersten und zweiten Instanz der Streitwert auf 40.000 € beziffert wurde, womit die in § 544 ZPO geforderten 20.000 € überschritten wurden. Folglich durfte sich der BGH zur Sache rechtskräftig äußern. Auch die Aufhebung des Urteils des OLG Köln gem. § 562 Abs. 1 ZPO sowie die Zurückverweisung zur neuen Verhandlung und Entscheidung gem. § 563 Abs. 1 S. 1 ZPO waren entsprechend der Auffassung des BGH folgerichtig. Somit ist das Urteil formell nicht zu beanstanden.

2. Materielle Analyse

In der materiellen Analyse soll es zunächst um das kleinere Problem des Drei-Personen-Verhältnisses gehen, bevor sich im Schwerpunkt mit der Problematik des Schutzzwecks der Norm auseinandergesetzt wird. Schlussendlich soll eine Prognose über die Folge des Urteils gegeben werden.

Zu prüfen war mithin ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte aus § 823 Abs. 1 BGB.

a) Rechtsgutsverletzung

Der BGH folgt der stetigen Rechtsprechung, wobei unter einer Gesundheitsverletzung jedes Hervorrufen eines von den normalen körperlichen Funktionen nachteilig abweichenden Zustands zu verstehen ist, wobei unerheblich ist, ob Schmerzzustände auftreten oder ob eine tiefgreifende Veränderung der Befindlichkeit eingetreten ist.⁸ Eine Gesundheitsverletzung ist damit insbesondere bei somatischen Beeinträchtigungen, die nicht auf einer Verletzung der körperlichen Integrität beruhen, sowie psychischen Störungen jedweder Art gegeben.⁹

aa) Anwendbarkeit § 823 Abs. 1 BGB im Drei-Personen-Verhältnis

Fraglich ist grundsätzlich, wie es sich verhält, dass nicht die Klägerin, sondern ihr Ehemann die fehlerhafte ärztliche Behandlung erfahren hat. Daher erörtert der BGH, welche Anforderungen an das Vorliegen einer Gesundheitsverletzung zu stellen sind, wenn ein Dritter betroffen ist, der zu dem unmittelbaren Geschädigten in besonderer Verbindung steht. Auch hier sieht der BGH keinen Unterschied zu sonstiger anerkannter Rechtsprechung¹⁰ und bezieht sich auf diese anerkannte Rechtsprechung bezüglich Schockschäden bei Unfallereignissen, womit es das OLG

Köln in deren Anwendung dieser Grundsätze bestätigt. Diese Rechtsprechung sei auch bei fehlerhaften ärztlichen Behandlungen anwendbar. Nach dieser wird für eine Gesundheitsverletzung in dieser Konstellation verlangt, dass zum einen die psychische Belastung einen pathologisch fassbaren Krankheitsgrad hat. Zum anderen, dass dieser über die üblichen gesundheitlichen Belastungen hinausgeht, denen Betroffene beim Tod oder einer schweren Verletzung eines nahen Angehörigen in der Regel ausgesetzt sind. Wie bereits erwähnt hält der BGH die Symptome der Klägerin für ausreichend in der Intensität und Dauer.

bb) Zwischenergebnis

Die Gesundheitsverletzung und damit die Rechtsgutverletzung i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB ist auch in einer solchen Drei-Personen-Konstellation möglich und hier gegeben.

b) Problem: Haftungs begründende Kausalität

Deutlich mehr Probleme bietet die Thematik um die Weite bzw. Enge des Schutzzwecks des § 823 Abs. 1 BGB. Die Prüfung der Kausalität erfolgt im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB in drei Schritten.

aa) Äquivalenz- und Adäquanztheorie

Zunächst ist die Äquivalenztheorie, also die *conditio-sine-qua-non*-Formel zu prüfen. Das Verhalten des in Anspruch Genommenen ist deshalb für den Schaden nicht kausal geworden, wenn sein Verhalten hinweggedacht werden kann, ohne dass damit der Erfolg entfiel.¹¹ Anders formuliert: Die Handlung der Beklagten dürfte nicht hinweggedacht werden können, ohne dass die Gesundheitsverletzung der Klägerin entfiel. Denkt man die grob fehlerhafte Behandlung hinweg, hätte die Klägerin laut eigener Aussage keine psychischen Probleme erlitten. Die Äquivalenztheorie wäre folglich zu bejahen.

In einem weiteren Schritt folgt die Adäquanztheorie. Durch diese sollen gänzlich unwahrscheinliche Schadensfolgen ausgeschlossen werden.¹² Sie besagt, dass solche Bedingungen ausscheiden, die ihrer Natur nach für die Entstehung des Schadens gleichgültig sind und nur durch eine Verkettung außergewöhnlicher Umstände den Erfolg herbeigeführt haben. Kurz: die Umstände liegen außerhalb der allgemeinen Lebenserfahrung eines besonnenen Er-

⁸ BGH, Urt. v. 14.06.2005 – VI ZR 179/04.

⁹ MüKoBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 823 BGB Rn. 178.

¹⁰ BGH, Urt. v. 10.02.2015 – VI ZR 8/14.

¹¹ MüKoBGB/Oetker, 9. Aufl. 2022, BGB § 249 Rn. 103; Matt/Renzikowski, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage 2020, Vorbemerkung zu § 13 Rn. 75.

¹² BeckOK BGB/Flume, 63. Ed. 1.5.2022, BGB § 249 Rn. 284.

wachsenen.¹³ Dadurch soll die Haftung für gänzlich atypische und unwahrscheinliche Fälle ausgeklammert werden. Es ist jedoch damit zu rechnen, dass eine sich in Lebensgefahr befindliche Person psychisch belastende Ereignisse bei Angehörigen hervorruft. Somit kann auch die Adäquanztheorie bejaht werden.

Bezogen auf diese zwei Prüfungspunkte sind sich die Gerichte noch einig, dass sowohl die Äquivalenztheorie als auch die Adäquanztheorie bejaht werden könnten. Somit bedarf es einer normativen Einschränkung des Schadensersatzanspruchs für Schockschäden mit Rücksicht auf die Verhältnismäßigkeit der Reaktion des Dritten.¹⁴

bb) Schutzzweck des § 823 Abs. 1 BGB

Das OLG Köln entschied hierbei, dass die Gesundheitsverletzung der Klägerin zum allgemeinen Lebensrisiko gehöre. Dem widerspricht der BGH entschieden und meint, dass der Schutzzweck des § 823 Abs. 1 BGB auch die psychische Gesundheit eines nahen Angehörigen nach einer grob fehlerhaften Behandlung umfassen könne. Erneut stützt sich der BGH hierbei auf die Schockschaden-Grundsätze bei Unfallereignissen, bei denen er keine Rechtfertigung sehe, von ihnen abzuweichen.

(1) Lösung durch den BGH

Der BGH nutzt in seiner Begründung eine Art Negativformel. Kurz gesagt heißt das so viel wie, dass unter bekannten Punkten die zum allgemeinen Lebensrisiko zählen die Sache nicht subsumiert oder verglichen werden könne, also sie vom Schutzzweck der Norm umfasst sein müsse. Weder wurde ein Zurechnungszusammenhang bei psychischen Beeinträchtigungen bejaht, wenn ein Geschädigter das schadensauslösende Ereignis in neurotischem Streben nach Versorgung und Sicherheit lediglich zum Anlass nimmt, den Schwierigkeiten und Belastungen des Erwerbslebens auszuweichen¹⁵ noch bei einer psychischen Gesundheitsverletzung einer Mutter aufgrund der Nachricht über eine Erbkrankheit des Vaters der gemeinsamen Kinder¹⁶. Gleiches gilt für Bagatelle, die nicht gerade speziell eine Schadensanlage des Verletzten treffen und bei denen die psychische Reaktion deshalb im konkreten Fall

nicht mehr nachvollziehbar ist, weil sie in grobem Missverhältnis zum Anlass stehe.¹⁷ Schlussendlich sei auch die Konstellation, dass ein Dritter, auf dessen Tod oder schwere Verletzung die psychischen Beeinträchtigungen zurückgehen, diesem nicht persönlich nahestände, dem allgemeinen Lebensrisiko zuzuordnen.¹⁸ Die Sache ist laut BGH unter keinen dieser anerkannten Fälle vom allgemeinem Lebensrisiko zu subsumieren oder ist annähernd ähnlich aufgebaut. Damit müsse sie unter den Schutzzweck der Norm fallen.

(2) Betrachtung und Kritik

Ob man es sich so leicht machen sollte wie der BGH, darf bezweifelt werden.

Um zu entscheiden, was unter den Schutzzweck einer Norm fiele, muss geprüft werden, ob die Anspruchsgrundlage gerade vor solchen Folgen, wie sie bei der Klägerin eingetreten sind, schützen will.¹⁹ Somit sollen Konstellationen, in denen dem Schädiger eine Haftung nicht zuzumuten ist, herausgefiltert werden.²⁰ Es erscheint fahrlässig, lediglich festzustellen, dass die Sache unter keine bereits anerkannte Entscheidung des BGH zum allgemeinen Lebensrisiko falle und somit vom Schutzzweck der Norm umfasst sein müsse. Sicherlich kann man die bisher getroffenen Entscheidungen zum allgemeinen Lebensrisiko als Indikatoren aufgreifen, als Hauptargument ist diese Herangehensweise jedoch wenig brauchbar. Man sollte nicht vergessen, dass auch über diese Situation einst entschieden wurde, ob sie zum allgemeinen Lebensrisiko gehören oder nicht. Auch wurden sie erst herausgearbeitet, obwohl es vorab keine vergleichbare Situation gegeben hatte.

Besser wäre eine positive Feststellung, warum die Sache unter den Schutzzweck der Norm fallen könne. Hier könnte man beispielsweise darüber nachdenken, ob es eine weitere Möglichkeit gäbe, das begehrte Rechtsgut vor Verletzungen zu schützen. Wenn nicht, könnte man den § 823 Abs. 1 BGB als „Auffangtatbestand“ sehen, sodass der Schutzzweck auf solche Fälle ausgelegt sei, um Rechtssicherheit zu schaffen. Dafür müsste der BGH jedoch mit seiner Tradition, in Arzthaftungsfällen nicht auf vertragliche Ansprüche eines Klägers einzugehen, sondern ledig-

¹³ BeckOK BGB/Johannes W. Flume, 63. Ed. 1.5.2022, BGB § 249 Rn. 284f.; NJW 1972, 1943; BGHZ 211, 375 Rn. 12.

¹⁴ MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 219.

¹⁵ BGH, Urt. v. 10.07.2018 – VI ZR 580/15.

¹⁶ BGH, Urt. v. 20.05.2014 – VI ZR 381/13.

¹⁷ BGH, Urt. v. 10.02.2015 – VI ZR 8/14.

¹⁸ BGH, Urt. v. 20.03.2012 – VI ZR 114/11.

¹⁹ MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 219.

²⁰ MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 220.

lich deliktisch Ansprüche zu prüfen²¹, brechen. Folglich kann auf solche Weise gerade keine positive Feststellung über den Schutzzweck des § 823 Abs. 1 BGB stattfinden.

Weiterhin nimmt der BGH eine zusätzliche Einschränkung vor. Er setzt voraus, dass die Klägerin ein besonderes persönliches Näheverhältnis zum Patienten aufweisen muss. Dieses ist in der Sache unstreitig durch das Eheverhältnis gegeben.

Ebenso erscheint es nicht gerechtfertigt, die psychische Belastung alleine der Sphäre der Klägerin zuzuordnen. Auch dahingehend ist dem BGH zuzustimmen. Der behandelnde Arzt muss zwar gem. § 630e BGB mit dem Patienten ein Aufklärungsgespräch führen und es gibt grundsätzlich immer ein, wenn auch geringes, Risiko, dass sich im Nachgang einer Operation auch Risiken verwirklichen, welche durchaus dem allgemeinen Lebensrisiko zuzuordnen sind, da man mit ihnen rechnen muss. Dennoch ist eine schwere Folge aufgrund einer grob fahrlässigen Behandlung und daraus folgenden psychischen Beeinträchtigungen in der Form, die die Klägerin vorbringt, gerade nicht vorhersehbar und folglich kein Teil des allgemeinen Lebensrisikos.²²

Zusammenfassend kann man, bezogen auf die Begründung in Form des Vergleichs mit anderen Fällen des BGH, warum die psychische Gesundheitsverletzung der Klägerin unter den Schutzzweck des § 823 Abs. 1 BGB falle, sagen, dass das Ergebnis mit Blick auf den Schutz der Gesundheit Dritter in Fällen von ärztlichen Behandlungsfehlern sicherlich richtig ist. Auch die Begründung erscheint nachvollziehbar. Jedoch ist sie in ihrer Tiefe nicht sonderlich überzeugend. Erst die ergänzende Aussage, dass es nicht gerechtfertigt erscheine, es alleine in der Sphäre der Klägerin zu verorten, macht das Endergebnis als Ganzes gut vertretbar.

c) Prognose der Folge des BGH-Urteils

Nachfolgend soll ein Ausblick auf eine mögliche weitere Entscheidung des Berufungsgerichts, ausgehend vom Urteil des BGH, getroffen werden.

aa) Beweisbarkeit

Dem Urteil des BGH folgend wird das Urteil gem. §§ 562 Abs. 1, 563 Abs. 1 S. 1 ZPO aufgehoben und die Sache zu-

rückverwiesen. Fraglich ist, wie dieses jetzt entscheiden wird, da es nicht mehr am Schutzzweck der Norm scheitern (darf). Denkt man eine weitere Prüfung der Sachlage kurz an, ist die Rechtswidrigkeit gegeben. Ebenso kann das Verschulden der Beklagten mittels § 276 BGB, welcher auch auf den § 823 Abs. 1 BGB anwendbar ist²³, bejaht werden. Da auch der kausale Schaden – ein Schaden ist jede Beeinträchtigung eines Interesses, wobei es sich um Vermögenswerte oder rein ideelle Interessen handeln kann²⁴ – vorliegt, dürfte einer Bejahung eines Anspruches aus § 823 Abs. 1 BGB der Klägerin nur noch eine Sache im Wege stehen: Die Beweisbarkeit.

Der BGH verweist darauf, dass das Beweismaß des § 286 ZPO gilt. Bisher hatten sowohl das OLG Köln als auch das LG Köln die Entscheidung über die Beweisbarkeit bezüglich des Kausalzusammenhangs zwischen behandlungsfehlerbedingter Verschlechterung des Gesundheitszustands des Patienten und der Gesundheitsverletzung der Klägerin umgangen, indem beide Gerichte sagten, dass man bereits an anderer Stelle scheitere. Unter anderem wurde auch die Zuziehung von Sachverständigen hierdurch für überflüssig befunden. Im Namen der Rechtsfindung sollte es nunmehr der Klägerin möglich sein, die anspruchsbegründenden Tatsachen besser darlegen und nachweisen zu können. Ob es schlussendlich reicht, um das OLG Köln davon zu überzeugen, dass die geforderte Kausalität gegeben ist, wird sich zeigen. Fakt ist jedoch, dass die Klägerin durch die Entscheidung des BGH neue Möglichkeiten bekommt, die ihre Aussicht auf Erfolg zumindest steigern dürften.

bb) Alternativer Entscheidungshergang

Eher unwahrscheinlich ist die Variante, dass das OLG Köln einen gänzlich anderen Weg in der Sache einschlagen und dahingehend auch von der BGH-Tradition abweichen würde. Wie der Kollege Moritz Stamme in der *Hanover Law Review* 3/2020 auf den Seiten 192-194 nachvollziehbar darlegt, gäbe es auch die Möglichkeit der Erlangung des begehrten Schadensersatzes der Klägerin aus einem Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter. Es bleibt nur zu vermuten, warum ein vertraglicher Anspruch sowohl vom LG, als auch vom OLG, gerade nicht Betracht gezogen wird – aus Anerkennung vor höchstrichterlicher Rechtsprechung.

²¹ Mäsch, Schuldrecht BT: Schockschaden, JuS 2019, 1022.

²² *Hanover Law Review/Moritz Stamme*, Ausgabe 3 2020, Seite 196.

²³ BGH NZM 2019, 893 (893).

²⁴ MüKoBGB/Oetker, 7. Aufl. 2016, § 249 Rn. 16.

C. Fazit

Zusammenfassend kann man sagen, dass der BGH mit seinem Urteil über die Reichweite des Schutzzwecks des § 823 Abs. 1 BGB eine bisher unklare Konstellation für die Zukunft geklärt hat. Auf Grundlage dieser höchstrichterlichen Leitlinien können Gerichte die Kriterien für eine gerichtliche Bewertung solcher Fälle weiter entwickeln und präzisieren.

Schaut man auf das Urteil des BGH aus der Laiensphäre, kann man annehmen, dass es dem Gerechtigkeitsgefühl eines juristischen Laien entspreche. Es scheint interessengerecht, auch die Gesundheit Dritter in solcher Art von Fällen unter den Schutzzweck der Norm zu subsumieren und damit deren Rechtsgut auf Gesundheit und körperliche Unversehrtheit besser gegen äußere Einflüsse zu schützen.

Der BGH hat mit seiner Einschätzung in der Sache daher im Ergebnis Zustimmung verdient. Auch die dogmatische Herleitung weiß schlussendlich, wenn auch nicht ihr volles Potenzial ausschöpfend, zu überzeugen.

Klausur im Grundkurs Strafrecht III, 16 Punkte

stud. iur. Marvin Ehrenpfort

Die Klausur ist in der Veranstaltung Grundkurs Strafrecht III im Wintersemester 2021/2022 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden.

Herzlicher Dank gebührt dabei Prof. Dr. Susanne Beck, LL.M. (LSE), die sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

Anmerkung der Redaktion

Bei dem ersten Aufgabenteil der Klausur handelt es sich um eine studentische Bearbeitung des von Michelle Faber auf den Seiten 86–94 dargestellten Sachverhaltes. Die zeitgleiche Veröffentlichung einer, auf demselben Sachverhalt basierenden, Musterlösung und Klausurleistung soll den Studierenden ermöglichen, den Umfang der Musterlösung mit dem zu vergleichen, was für die Erreichung einer sehr guten Leistung erwartet wird. Denn dafür muss die Klausurbearbeitung der Musterlösung in ihrer Detailtiefe nicht vollständig entsprechen.

Sachverhalt

Ein mysteriöser Mann, der sich selbst nur als Professor bezeichnet, hat mit Hilfe von acht Spezialistinnen und Spezialisten den größten Überfall in der Geschichte Spaniens begonnen. Gemeinsam befinden sie sich in der Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, in der Banknotendruckerei Spaniens (B-Bank), um sich selbst Geldscheine zu drucken. Hierfür benötigen die Täterinnen und Täter elf Tage Zugriff auf die Gelddrucker, was einen ausgeklügelten Plan, um die Spezialkräfte der spanischen Polizei hinters Licht zu führen, erfordert. Nachdem bereits einige Tage vergangen sind, und der vom Professor ausgeklügelte Plan bisher reibungslos verläuft, ist die am Überfall Beteiligte Tokio (T) zunehmend genervt von dem aufmüpfigen Verhalten des Bankers Arturo (A), der von den Täterinnen und Tätern als Geisel in der Bank festgehalten wird. A gelingt es immer wieder, Streit zwischen den Beteiligten zu provozieren und diese zu verunsichern. Als A gegenüber T mal wieder eine aufsässige Bemerkung fallen lässt und die Liebe zwischen ihr und ihrem Freund Rio in Frage stellt, platzt ihr der Kragen. Sie entdeckt die Essensgabel des A auf dem Boden, die er dort liegen ließ. Dies bringt T auf die Idee, den A um seine geliebte Armbanduhr, die er von seiner Ex-Freundin Monica bekommen hat, zu erleichtern. T weiß genau, dass die Armbanduhr das letzte Erinnerungsstück an As verflissene Liebe darstellt und ihm viel bedeutet. Um A ganz besonders zu demütigen, möchte T den A mit seiner eigenen Essensgabel durch Drohung dazu bewegen, die Armbanduhr an sie zu übergeben. Bei der Essensgabel handelt es sich um eine leicht biegsame, wenig widerstandsfähige Gabel. Um ihm richtig Angst zu machen, schleicht sie sich von hinten an A heran und drückt ihm die leicht biegsame Essensgabel in den oberen Rücken. Dann flüstert sie dem A in sein Ohr, dass sie ihn auf der Stelle erschießen würde, wenn er ihr nicht sofort die Uhr, die er an seinem Handgelenk trägt, übergibt; wobei T das Angedrohte weder verwirklichen will noch kann. A, der noch vor wenigen Sekunden vor Selbstbewusstsein strotzte, fürchtet um sein Leben und glaubt, T würde ihn sonst erbarmungslos erschießen. A übergibt mit zitternden Händen die Uhr, obwohl ihm bewusst ist, dass T ihn auch einfach hätte erschießen oder anderweitig an seine Uhr kommen können.

T freut sich sehr, dass das Geschehen bisher so abgelaufen ist, wie sie sich das vorgestellt hat. Da sie sich mit ihrem Freund Rio (R) nach der Tat nach Barbados absetzen möchte, benötigt sie noch einen Bikini, den sie dann am Strand tragen kann. Aus diesem Grund hat sie zusätzlich die EC-Karte des Bankdirektors A an sich genommen, die dieser versehentlich auf dem Boden hat liegen lassen. Die vierstellige PIN, die für Abhebungen mit der Karte erforderlich ist, hat der vergessliche A auf einem Zettel notiert, der direkt an der Karte klebt. Mit der EC-Karte hebt T noch schnell einen 50 Euro Schein am Automaten ab, bevor sie die Bank endgültig verlässt. Den Automaten nutzt sie hierbei wie vorgesehen.

Strafbarkeit der T nach dem StGB?

Bearbeitungsvermerk:

Alle ggf. erforderlichen Strafanträge gelten als gestellt.

Die Planung und der Überfall auf die Bank Spaniens sowie der geplante Druck des Geldes aller Beteiligten ist nicht zu prüfen.

Zudem sind die §§ 123, 239, 239a und b, 240, 241 StGB nicht zu prüfen. Es ist nicht davon auszugehen, dass sich Waffen oder andere gefährliche Gegenstände in der Nähe des Tatortes befinden.

§ 242 Abs. 1 StGB bzgl. der EC-Karte und dem abgehobenen Geld ist nicht zu prüfen.

GUTACHTERLICHE LÖSUNG**A. Strafbarkeit T wegen räuberischer Erpressung gem. §§ 253, 255 StGB¹**

T könnte sich wegen einer räuberischen Erpressung zu-lasten A gem. §§ 253 Abs. 1, 255 strafbar gemacht haben, indem sie ihn aufforderte, die Uhr herauszugeben.

I. Tatbestand**1. Objektiver Tatbestand**

T müsste objektiv tatbestandsmäßig gehandelt haben.

a) Objektiver Tatbestand

Dazu müsste sie gem. §§ 253 Abs. 1, 255 von einem qualifizierten Nötigungsmittel Gebrauch gemacht haben. In Betracht kommt die Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben. Unter eine Drohung fällt auch das konkludente In Aussicht stellen eines künftigen Übels, auf dessen Eintritt der Drohende vorgibt, Einfluss zu haben oder Einfluss hat. Das Übel muss den Anschein einer Ernstlichkeit und einer Körperverletzung gewisser Erheblichkeit aufweisen. T gab A zu verstehen, dass sie ihn erschießen und auf diese erhebliche Körperverletzung Einfluss nehmen könne. Somit hat sie ihm ein künftiges Übel in Aussicht gestellt, dass sich gegen Leib und Leben richtet. Eine qualifizierte Drohung gem. §§ 253 Abs. 1, 255 liegt vor.

b) Nötigungserfolg

Ein Nötigungserfolg müsste gemäß § 253 Abs. 1 eingetreten sein und mit der Drohung in einem Kausalzusammenhang stehen. Jedes Tun, Dulden oder Unterlassen kommt dabei in Betracht. Ob A seine Uhr weggegeben hat oder die Wegnahme der T duldete, kann hier noch dahinstehen. Jedenfalls trat ein Nötigungserfolg durch die Drohung ein.

c) Vermögensverfügung

Fraglich ist, ob das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal einer Vermögensverfügung gefordert werden sollte. Dieses dient der Abgrenzung zum Raub gem. § 249 Abs. 1.

aa) Rechtsprechung

Nach der Auffassung der Rechtsprechung ist der Raub ein Spezialfall der räuberischen Erpressung. Es reiche ein Dulden der Wegnahme als Taterfolg. T hätte demnach einen hinreichenden Nötigungserfolg bewirkt.

bb) Literatur

Eine andere Ansicht fordert hingegen eine Vermögensverfügung, grenzt also anhand der Willensrichtung des Betroffenen ab. Raub und räuberische Erpressung stünden somit in einem Exklusivitätsverhältnis. Eine Vermögensverfügung ist eine willentliche, freiverantwortliche Gewahrsamsübertragung. A glaubt, T würde ihn bei Zuwiderhandeln erschießen und die Uhr nötigenfalls auf anderem Wege an sich nehmen. In Anbetracht dieser aussichtslosen Situation kann nicht mehr von einer freiverantwortlichen Vermögensverfügung, sondern von einer geduldeten Wegnahme durch T gesprochen werden. Der objektive Tatbestand wäre nicht erfüllt.

cc) Stellungnahme

Aufgrund der divergierenden Ergebnisse ist Stellung zu nehmen.

(1) Rechtsprechung

Für die erstgenannte Ansicht spricht der Wortlaut, der keine Vermögensverfügung fordert. Ferner würde in kriminalpolitischer Hinsicht eine Strafbarkeitslücke für eine geduldete Wegnahme ohne Zueignungsabsicht entstehen.

¹ Sämtliche unbenannte Paragraphen sind solche des StGB.

Systematisch solle zudem nicht von § 240 abgewichen werden, der einen ähnlichen Wortlaut enthalte.

(2) Literatur

Für die zweite Auffassung spricht der Charakter der Erpressung als Selbstschädigungsdelikt wie der Betrug aus § 263 Abs. 1, der unstreitig eine Verfügung fordert. Zudem sei die erste Auffassung systemwidrig, indem der Grundtatbestand der §§ 253 Abs. 1, 255 auf die Qualifikation in § 249 Abs. 1 verweise. Diese Erscheinung wäre einmalig und wird der Funktion des § 249 nicht gerecht, da die §§ 253, 255 immer miterfüllt wären und der Raub das Strafmaß nicht erhöht. Außerdem scheint es der gesetzgeberische Wille zu sein, den Täter, dessen Opfer die Wegnahme duldet, und der ohne Zueignungsabsicht handelt, zu privilegieren. In Anbetracht der systematischen und teleologischen Erwägungen ist der Literaturlösung zu folgen, sodass eine Vermögensverfügung zu fordern ist, die indessen nicht vorliegt.

II. Ergebnis

T handelte nicht tatbestandsmäßig und machte sich nicht wegen räuberischer Erpressung gem. §§ 253 Abs. 1, 255 strafbar.

B. Strafbarkeit wegen schweren Raubes gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1, lit. a, b, Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1

T könnte sich wegen eines schweren Raubes gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1, lit. a, b, Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 strafbar gemacht haben, indem sie die Uhr von A forderte und diese erlangte.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Fremde bewegliche Sache

Bei der Uhr handelt es sich um einen fortschaffbaren, körperlichen Gegenstand, der im Eigentum des A steht. Somit liegt eine für T fremde und bewegliche Sache im Sinne von § 90 BGB vor.

b) Wegnahme

Eine Wegnahme müsste gem. § 249 Abs. 1 vorliegen. Voraussetzung dafür ist der Bruch fremden, nicht notwendigerweise tätereigenen sowie die Begründung neuen Gewahrsams. Gewahrsam ist die natürliche Sachherrschaft über eine Sache, getragen von einem Gewahrsamswillen. A verlor seinen Gewahrsam als er T die Uhr übergab. T begründete damit neuen Gewahrsam. Fraglich ist, ob es sich

auch um einen Bruch handelte. A könnte mit der Übergabe einverstanden sein, sodass er willentlich über die Uhr verfügte. Wie oben abgegrenzt ist in diesem Verhalten keine freiverantwortliche Gewahrsamsübertragung zu sehen, sodass kein tatbestandsausschließendes Einverständnis gegeben ist und ein Bruch damit vorliegt. Mithin liegt eine Wegnahme gem. § 249 Abs. 1 vor.

c) Qualifiziertes Nötigungsmittel

Eine Drohung gegen Leib und Leben liegt vor, siehe oben.

d) Finalzusammenhang

§ 249 Abs. 1 fordert einen Finalzusammenhang zwischen Wegnahme und Nötigungsmittel. A ließ sich die Uhr gerade aufgrund der Drohung abnehmen. Der Wegnahmeentschluss der T lag von Anfang an vor. Ein Finalzusammenhang und damit der objektive Tatbestand liegen vor.

e) Qualifikationen

aa) Bewaffneter Raub gem. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a

T könnte während der Tat ein gefährliches Werkzeug gem. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a bei sich geführt haben. Darunter könnte die Gabel fallen. Fraglich ist, ob die Gabel gefährlich im Sinne von § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a ist. Dazu werden verschiedene Ansätze vertreten.

(1) Abstrakt-objektive Gefährlichkeit

Eine Ansicht fordert, dass das Werkzeug grundsätzlich und generell gefährlich verwendet werden könnte, sodass es eine Waffenähnlichkeit aufweise. Vorliegend handelt es sich um eine leicht biegsame, wenig widerstandsfähige Gabel, die auch abstrakt-objektiv nicht geeignet ist, Verletzungen herbeizuführen.

(2) Konkret-objektive Gefährlichkeit

Daran ändert sich auch nichts im konkreten Sachverhalt.

(3) Konkret-subjektive Gefährlichkeit

Ein Widmungsakt liegt mangels objektiver Gefährlichkeit erst recht nicht vor. Da alle Ansichten zu einer objektiven Ungefährlichkeit führen, ist die Qualifikation nicht erfüllt.

bb) Scheinwaffe gem. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b

Die Gabel könnte ein Mittel sein, um den Widerstand einer anderen Person zu verhindern, § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b. Die Gabel selbst ist ungeeignet, einen Widerstand zu brechen. Vielmehr sind es die Worte der T, den A zu erschießen, die seinen Widerstand beugen. Diese Worte sind jedoch kein

Werkzeug oder Mittel im Sinne von § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b. Die Gabel fällt somit nicht unter die Qualifikation.

cc) Bandenraub gem. § 250 Abs. 1 Nr. 2

T könnte die Tat als Mitglied einer Bande verübt haben. Die acht Spezialistinnen und Spezialisten sowie der Professor haben sich nicht zur fortgesetzten Begehung von Raub und Diebstahl, sondern nur zu einem einmaligen Zusammenwirken zusammengeschlossen, zumal nur T an der Tat zu lasten des A beteiligt war. Der Bandenraub liegt nicht vor.

dd) Verwenden von gefährlichen Werkzeugen gem. § 250 Abs. 2 Nr. 1

T könnte ein gefährliches Werkzeug gem. § 250 Abs. 2 Nr. 1 verwendet haben, indem sie die Gabel in den Rücken des A drückte und mit Erschießen drohte. Die Beurteilung einer Scheinwaffe fällt hier etwas anders aus als oben.

(1) Eine Ansicht

Einerseits wird objektive Gefährlichkeit gefordert, die hier nicht vorliegt, siehe oben.

(2) Andere Ansicht

Andererseits sei die subjektive Sicht des Opfers ausreichend, wenn der Inhalt der Drohung tatsächlich realisierbar wäre. A glaubte, T sei zur Tötung in der Lage. Indessen kann und will T dies nicht verwirklichen, sodass der Tatbestand nach beiden Ansichten zu verneinen ist.

f) Zwischenergebnis

Daher erfüllt T nur den Grundtatbestand.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz gem. § 15

T handelte in Kenntnis aller Tatumstände und beabsichtigte die Tat. Sie handelte gem. § 15 vorsätzlich.

b) Zueignungsabsicht gem. § 249 Abs. 1

T müsste gem. § 249 Abs. 1 mit Zueignungsabsicht gehandelt haben. T wollte A dauerhaft von seiner Verfügungsgewalt ausschließen, damit er gedemütigt wird. T wollte A enteignen. Es kam ihr zwar primär auf die Demütigung an, jedoch ist die Einnahme einer eigentümerähnlichen Stellung erforderlich, um dieses Ziel zu erreichen, sodass es ihr mittelbar gerade darauf ankam, sich die Uhr anzueignen. Sie hatte keinen Anspruch auf die Uhr und wusste das auch. Der subjektive Tatbestand ist somit erfüllt.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

In Ermangelung an Rechtfertigungsgründen sowie Schuld- ausschließungs- und Entschuldigungsgründen, handelte T rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

T hat sich wegen eines einfachen Raubes gem. § 249 Abs. 1 strafbar gemacht. Die §§ 242 Abs. 1 und 246 Abs. 1 treten subsidiär zurück.

C. Strafbarkeit wegen Betrugs gem. § 263 Abs. 1

T könnte sich wegen eines Betruges gem. § 263 Abs. 1 strafbar gemacht haben, indem sie mithilfe der EC-Karte des A einen 50-Euro-Schein abhob.

I. Tatbestand

T müsste durch Täuschung über Tatsachen einen Irrtum hervorgerufen haben. Es ist kein Mensch erkennbar, in dem ein solcher Irrtum erregbar ist. Der Geldautomat kann sich mangels logischen Denkens nicht irren.

II. Ergebnis

T ist nicht wegen Betrugs gem. § 263 Abs. 1 strafbar.

D. Strafbarkeit wegen Computerbetrugs gem. § 263a Abs. 1 Var. 3

T könnte sich mit demselben Verhalten wegen eines Computerbetrugs gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

T müsste gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 unbefugt Daten verwendet haben und dadurch das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs beeinflusst haben. T verwendete die PIN des A. Fraglich ist, ob sie diese Daten unbefugt verwendete. Der Begriff ist umstritten.

a) Subjektivierende Ansicht

Nach einer Auffassung müsste das Verwenden gegen den tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Berechtigten verstoßen. Als Berechtigter ist hier die B-Bank zu sehen, da diese den Datenverarbeitungsvorgang betreut. Die B-Bank macht sich gegenüber A ausgleichspflichtig, sodass die Verwendung durch T unbefugt wäre.

b) Computerspezifische Ansicht

Eine andere Auffassung fordert das Überwinden techni-

scher Hürden entgegen dem bestimmungsgemäßen Gebrauch des Computers. T nutzte den Automaten jedoch bestimmungsgemäß und wäre demnach befugt.

c) Betrugsspezifische Ansicht

Eine weitere Auffassung fordert einen hypothetischen Betrug. Wäre der Computer ein Mensch, hätte T diesen über die Tatsache getäuscht, zur Auszahlung berechtigt zu sein. Dieser Irrtum wäre bei dem Personal von ihr erregt worden, sodass es zu einer Vermögensverfügung käme. Demnach wäre T auch unbefugt.

d) Stellungnahme

Gegen die zweite Auffassung sprechen der Sinn und Zweck sowie der gesetzgeberische Wille, die Norm zur Schließung von Strafbarkeitslücken zu verwenden, die gerade in den Fällen vorkommen, in denen ein Computer bestimmungsgemäß, unter Ausnutzung seines Mangels an logischem Denken, genutzt wird. Somit ist das Tatbestandsmerkmal „unbefugt“ erfüllt. Durch die Eingabe der PIN ist der Datenverarbeitungsprozess des Geldautomaten so beeinflusst worden, dass Geld ausgegeben wurde.

e) Vermögensschaden

Es müsste gem. § 263a Abs. 1 ein Vermögensschaden entstanden sein. Gem. § 675u BGB ist die B-Bank dem A zum Ausgleich der 50 Euro verpflichtet. Gleichzeitig hat sie die 50 Euro an T verloren, sodass nach einer Gesamtsaldierung das Vermögen der B-Bank um 50 Euro geschmälert ist.

II. Subjektiver Tatbestand

1. Vorsatz

T handelte willentlich und wissentlich, mithin vorsätzlich.

2. Bereicherungsabsicht

T kam es gerade darauf an, sich mit einem Vermögensvorteil über 50 Euro zu bereichern. Diese 50 Euro sind die Kehrseite des Vermögensschadens und somit stoffgleich. T hatte keinen Anspruch und wusste über die Rechtswidrigkeit. T hatte Bereicherungsabsicht.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

T machte sich wegen eines Computerbetrugs gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 strafbar.

E. Gesamtergebnis

T hat sich wegen eines einfachen Raubes gem. § 249 Abs. 1 und Computerbetrugs gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 in Tateinheit gem. § 53 strafbar gemacht.

ANMERKUNGEN

Im ersten Tatkomplex erkennen Sie den Schwerpunkt im Rahmen der Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung. Dabei wählen Sie den möglichen Weg, mit der räuberischen Erpressung zu beginnen und bereits in der Vermögensverfügung abzugrenzen. Ihre Argumentation ist dabei fundiert und überzeugend.

Sehr schön ist, dass sie sämtliche in Betracht kommenden Qualifikationen prüfen und sich darüber hinaus mit den einschlägigen Ansichten auseinandersetzen.

Im zweiten Tatkomplex prüfen Sie umfangreich und überzeugend einen Computerbetrug und insbesondere das Merkmal „unbefugt“. Ihr detailliertes Verständnis zeigt die Anführung von § 675u BGB.

Insgesamt betrachtet handelt es sich um eine sehr überzeugende Bearbeitung. Im Ergebnis ist Ihre Arbeit daher mit 16 Punkten (eine besonders hervorragende Leistung) zu bewerten.

Hausarbeit im Grundkurs BGB III/IV, 15 Punkte

stud. iur. Nina Zarth

Die Hausarbeit ist in der Veranstaltung Grundkurs BGB III/IV im Sommersemester 2021 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden.

Herzlicher Dank gebührt dabei Professor Dr. Petra Buck-Heeb, die sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

Sachverhalt

Arthur (A) veranstaltet wie schon in den letzten zehn Jahren ein Hunderennen. Die Hunde starten dabei getrennt in verschiedenen Größenklassen. Für jede Größenklasse kann der Sieger ein Preisgeld in Höhe von 1.000 € gewinnen. Die einzelnen Rennen finden auf einer großen Wiese des A statt, die dafür jedes Jahr vor dem Hunderennen speziell hergerichtet wird. A will mit der jährlichen Veranstaltung der Hunderennen keinen Gewinn erzielen. Um aber die damit verbundenen Kosten abzudecken, verkauft er im Umfeld davon Speisen und Getränke an die Zuschauer des Hunderennens.

Damit auch dieses Jahr möglichst viele Menschen das Hunderennen besuchen und die von A angebotenen Speisen und Getränke kaufen, hat A mehrere große, schon von Weitem sichtbare Plakatwände in der Nähe des Veranstaltungsorts aufgestellt, auf denen die beliebte und aus Fernsehshows weit bekannte Hundetrainerin Martina (M) abgebildet ist. A hatte es jedoch versäumt, zuvor dafür eine Einwilligung der M einzuholen, da er irrtümlich und schuldlos glaubte, M sei als „Hundeliebhaberin“ damit einverstanden. Tatsächlich lehnt M aber die Durchführung von Hunderennen strikt ab und hätte daher niemals der Verwendung ihres Bildnisses als Werbung für eine solche Veranstaltung zugestimmt.

Da die Wiese an einem Waldrand liegt, besteht – wie A in den Jahren zuvor erfahren musste – das Risiko, dass selbst in der Nacht vor dem Hunderennen Wildschweine die Oberfläche der Wiese verwüsten. Durch diese Unebenheiten besteht für die teilnehmenden Hunde eine erhebliche Verletzungsgefahr. Um dem zu begegnen, hat A seinen guten Freund Ferdinand (F) gebeten, am Tag des Hunderennens zwischen 7.00 und 8.00 Uhr – der erste Lauf soll um 9.00 Uhr beginnen – die Wiese gründlich darauf zu untersuchen, ob diese immer noch glatt und eben ist, sodass insoweit eine Verletzungsgefahr für die Hunde ausgeschlossen ist. Sollte F, der diese Aufgabe unentgeltlich für seinen Freund A übernimmt, Unebenheiten entdecken, ist mit A vereinbart, dass er die Oberfläche wieder glättet oder, falls das nicht mehr rechtzeitig möglich sein sollte, A zumindest darüber informiert, damit der Start des Rennens verschoben werden kann.

Während F in den letzten Jahren diese Aufgabe immer gewissenhaft durchgeführt hat, klingelt dieses Jahr sein Wecker erst um 10.00 Uhr. Er schafft es daher weder, die Wiese vor dem Start des ersten Hunderennens zu kontrollieren, noch A davon in Kenntnis zu setzen. Zwar haben dieses Jahr keine Wildschweine die Wiese verwüstet, dafür hat jedoch ein Maulwurf, das erste Mal in all den Jahren, Öffnungen in der Erdoberfläche hinterlassen. Hätte F die Wiese auf Verwüstungen durch Wildschweine untersucht, hätte er auch die Maulwurfslöcher entdecken können. Ohne die Wiese zu betreten, waren diese Vertiefungen jedoch nicht erkennbar. Als das Rennen um 9.00 Uhr startet, geht A daher und, weil er nichts Gegenteiliges von F gehört hat, irrtümlich davon aus, es sei mit der Rennstrecke alles in Ordnung.

Auch Corinna (C), Eigentümerin und Halterin einer 2-jährigen Mischlingshündin (Wert: 200 €; jährliche Unterhaltskosten für Futter, Steuer, Versicherung, Tierarzt, etc.: 500 €), hat sich am Tag des Hunderennens mit ihrer „Bella“ dafür angemeldet. Bei der Anmeldung hat sie auch das von A vorgelegte Regelwerk für das Hunderennen unterschrieben, das u.a. die Bestimmung enthält: „Der Veranstalter haftet nicht für Verletzungen, die ein Hund erleidet, der an dem Rennen als Starter teilnimmt.“

Als der erste Lauf um 9.00 Uhr beginnt, gehört „Bella“ zu den Teilnehmern. Während des Rennens tritt „Bella“ mit ihrem Hinterbein in vollem Lauf in eines der Maulwurfslöcher. Sie stürzt und verletzt sich dabei schwer am Hinterlauf.

C bringt „Bella“ sofort in eine Tierklinik. „Bella“ muss umgehend operiert werden. Der Tierarzt stuft die Erfolgsaussichten der Operation als gut ein. Die Kosten dafür belaufen sich auf 1.500 €. Erst im Anschluss daran stellt sich heraus, dass weitere Operationen notwendig sind. Auch wenn „Bella“ allein C gehört, ist sie doch der Hund der Familie. Auch ihr Ehemann Edward (E) und der gemeinsame 6-jährige Sohn Jacob (J) hängen sehr an „Bella“. C stimmt daher und, weil anderenfalls die Amputation des Beins von „Bella“ droht, den weiteren Heilbehandlungen zu (zusätzliche Kosten dafür: 3.500 €), die am Ende auch zum Erfolg führen. „Bella“ ist wieder vollständig gesund.

Frage 1:

C verlangt von A Ersatz für die Tierarztkosten in Höhe von 5.000 €, die sie mittlerweile an die Tierklinik gezahlt hat. A lehnt das mit Verweis auf das Fehlverhalten des F, für das er nichts könne, und den Haftungsausschluss ab. Zudem seien die Tierarztkosten für die Behandlung von „Bella“ mit 5.000 € viel zu hoch. Allenfalls 200 € sei er, A, bereit, zu zahlen, da „Bella“ unverletzt ja auch nur noch einen solchen Marktwert aufgewiesen habe. Hat C einen Anspruch gegen A in der begehrten Höhe?

Frage 2:

M verlangt von A „Ersatz“ dafür, dass er ihr Bildnis ohne ihr Einverständnis als Werbung für das Hunderennen benutzt hat. Die Höhe des „Ersatzes“ beziffert M mit 10.000 €, der Lizenzgebühr, die sie sonst für ihre Zustimmung zur Nutzung ihres Bildnisses in einem vergleichbaren Fall bekommt. A verweigert das, weil er schuldlos versäumt habe, ihre Einwilligung einzuholen. Zudem hätte sie ja sowieso nicht zugestimmt und hätte deshalb auch niemals einen Anspruch gegen ihn, den A, auf Zahlung einer solchen Lizenzgebühr in Höhe von 10.000 € gehabt. Hat M einen Anspruch gegen A in der begehrten Höhe?

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

Frage 1:

A. Anspruch der C gegen A aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 3, 241 Abs. 2, 276, 278 i.V.m. §§ 657, 661 BGB¹

C könnte gegen A einen Anspruch auf Ersatz der Tierarztkosten für die Behandlung von „Bella“ i.H.v. 5.000 € aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 3, 241 Abs. 2, 276, 278 i.V.m. §§ 657, 661 haben.

I. Wirksames Schuldverhältnis, § 280 Abs. 1 S. 1

Hierzu bedarf es eines wirksamen Schuldverhältnisses zwischen C und A i.S.d. § 280 Abs. 1 S. 1.

1. Vertragliches Schuldverhältnis, § 311 Abs. 1

Es könnte ein vertragliches Schuldverhältnis gem. § 311 Abs. 1 zwischen C und A vorliegen. A stellte vor dem Hunderennen mehrere Plakatwände nahe des Veranstaltungsorts auf, die zur Teilnahme am Rennen einladen sollten. Mittels dieser könnte A ein Angebot abgegeben haben, woraufhin der Teilnehmer, hier C, das Angebot mit der Teilnahme am Rennen annahm. Allerdings einigten sich C und A nicht über Inhalt und Teilnahmebedingungen. Vielmehr

versprach A der C im Falle eines Siegs in der Größenklasse ihres Hundes einseitig ein Preisgeld. Ein vertragliches Schuldverhältnis gem. § 311 Abs. 1 zwischen C und A liegt somit nicht vor.

2. Vorvertragliches Schuldverhältnis, § 311 Abs. 2

Hingegen könnte ein vorvertragliches Schuldverhältnis, sog. *culpa in contrahendo* (c.i.c.), gem. § 311 Abs. 2 zwischen C und A bestehen. C und A schlossen keinen Vertrag (s.o.). Das Aufstellen von Plakatwänden durch A und die darauf folgende Anmeldung der C bei Veranstalter A stellen auch noch keine auf einen Vertrag abzielenden Verhandlungen oder eine Vertragsanbahnung dar. Die Voraussetzungen für § 311 Abs. 2 Nrn. 1, 2 liegen nicht vor. Es könnte aber ein vorvertragliches Schuldverhältnis durch einen ähnlichen geschäftlichen Kontakt zwischen C und A i.S.d. § 311 Abs. 2 Nr. 3 entstanden sein. Ähnliche geschäftliche Kontakte stellen einen Auffangtatbestand für nicht von den Nrn. 1 und 2 umfasste vorvertragliche Schuldverhältnisse dar.² Hierfür genügt, dass ein Teil durch die Kontaktaufnahme, die ggf. einen Vertragsschluss oder eine andere geschäftliche Beziehung zum Ziel hat, verstärkt auf die Rechtsgüter, Rechte und Interessen des anderen einwirken kann.³

¹ Alle §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

² BT-Drs. 14/6040, S. 163; Brox/Walker, Allg. Schuldrecht, § 5 Rn. 7; Jauernig/Stadler, § 311 Rn. 45.

³ Brox/Walker, Allg. Schuldrecht, § 5 Rn. 7.

Ein ähnlicher geschäftlicher Kontakt könnte sich hier aus einer Auslobung gem. § 657 in Form eines Preisausschreibens nach § 661 ergeben. Bei einem Preisausschreiben handelt es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft.⁴ Die Auslobung setzt gem. § 657 voraus, dass durch öffentliche Bekanntmachung eine Belohnung für die Vornahme einer Handlung, insbesondere für die Herbeiführung eines Erfolgs, ausgesetzt wird. Nach § 661 Abs. 1 bedarf es bei einem Preisausschreiben in der Bekanntmachung einer Frist für die Bewerbung. Diese kann ausdrücklich oder konkludent gesetzt,⁵ aber auch durch Auslegung ermittelt werden.⁶ Weiter erfordert ein Preisausschreiben, dass die Preisvergabe für die Vornahme der geforderten Handlung von einer wertenden Entscheidung abhängig ist.⁷ Die Entscheidung über die Preisvergabe ist gem. § 661 Abs. 2 S. 1 durch die in der Auslobung bezeichnete Person, oder bei Fehlen einer solchen, durch den Auslobenden selbst zu treffen. A gab durch das Aufstellen großer Plakatwände das Hunderennen öffentlich bekannt und versprach ein Preisgeld i.H.v. 1.000 € für die Sieger jeder Größenklasse. Eine Bewerbungsfrist geht aus dem Sachverhalt nicht ausdrücklich hervor. Allerdings konnten sich die Teilnehmer spätestens bis zum Rennstart anmelden, sodass sich eine Frist zumindest aus den Umständen ergab. Zwar ist die Schnelligkeit der Hunde beim Rennen für die Entscheidung über den Sieger objektiv nachprüfbar. Sowohl die Einteilung der Hunde in Größenklassen als auch das Einhalten der Regeln während des Rennens stellen hingegen subjektive Kriterien dar, sodass es einer wertenden Entscheidung bedurfte. Die Teilnehmer mussten ein von A vorgelegtes Regelwerk unterschreiben. Dieses adressierte den Veranstalter A. Anhaltspunkte für weitere Veranstalter des Rennens liegen nicht vor. Es ist daher davon auszugehen, dass A als Auslobender selbst für die Entscheidung über die Preisvergabe zuständig war. Folglich liegt hier eine Auslobung gem. § 657 in Form eines Preisausschreibens nach § 661 vor. Durch das Ausschreiben nahm A mit C Kontakt in der Absicht auf, C am Rennen teilnehmen zu lassen. A hatte hierdurch eine verstärkte Einwirkungsmöglichkeit auf die Rechtsgüter, Rechte und Interessen der C. Zwischen C und A besteht damit ein vorvertragliches Schuldverhältnis durch einen ähnlichen geschäftlichen Kontakt i.S.d. § 311 Abs. 2 Nr. 3.

3. Zwischenergebnis

Zwischen C und A entstand ein wirksames Schuldverhältnis i.S.d. § 280 Abs. 1 S. 1.

II. Pflichtverletzung, § 280 Abs. 1 S. 1

A müsste eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis mit C verletzt haben, § 280 Abs. 1 S. 1. Der Anspruch auf Auszahlung des Preisgelds entsteht erst mit der Entscheidung durch den Preisrichter.⁸ Dennoch bestehen zwischen Veranstalter und Teilnehmer bereits im Vorfeld Rücksichtnahme- und Schutzpflichten nach § 241 Abs. 2 bezüglich Sorgfalt und Ordnungsmäßigkeit im Vorbereitungs- und Durchführungsstadium der Veranstaltung sowie in Bezug auf den Schutz der Teilnehmer vor Gefahren, die über das allgemeine Risiko hinausgehen.⁹ Diese begründen sich durch das vorvertragliche Schuldverhältnis gem. § 311 Abs. 2. A hatte als Veranstalter dafür Sorge zu tragen, dass auf der Wiese, auf der das Rennen stattfindet, keine über das allgemeine Risiko hinausgehenden Gefahren bestehen. Um eine Verletzungsgefahr für die Hunde auszuschließen, verabredete A mit F, dass F am Tag des Hunderennens ein bis zwei Stunden vor Rennstart die Wiese gründlich auf Unebenheiten untersucht und diese ggf. ausgleicht oder, falls dies nicht rechtzeitig möglich sein sollte, A informiert, damit A den Rennstart verschieben kann. Der Wecker des F klingelte jedoch erst um 10.00 Uhr, sodass er die von A unentgeltlich übernommene Aufgabe versäumte. Tatsächlich hinterließ ein Maulwurf Öffnungen in der Erdoberfläche, die F beim Erfüllen der Aufgabe hätte erkennen können. Die Öffnungen waren allerdings nur bei Betreten der Wiese erkennbar. Zwar unterließ F die Untersuchung der Wiese, sodass eine Verletzungsgefahr für die Hunde nicht ausgeschlossen werden konnte. Dem A könnte das Versäumnis des F aber über § 278 S. 1 zuzurechnen sein. § 278 findet auch auf die vorvertragliche Haftung Anwendung¹⁰ sowie auf ein Unterlassen der aufgetragenen Tätigkeit, wenn das Unterlassen im Zusammenhang mit dem Tätigkeitskreis des Schuldners steht.¹¹ Entgegen des Wortlauts des § 278 S. 1 ist dem Schuldner nicht nur das Verschulden, sondern das gesamte Handeln des Erfüllungsgehilfen, somit auch eine Pflichtverletzung, zurechenbar.¹² Erfüllungsgehilfe ist, wer mit Willen des Schuldners in dessen Pflichtenkreis bei

⁴ BGH NJW 1983, 442 (443); MüKoBGB/Schäfer, § 657 Rn. 5.

⁵ MüKoBGB/Schäfer, § 661 Rn. 16.

⁶ BeckOK BGB/Kneller, 59. Ed. 1.8.2021, § 661 Rn. 3; MüKoBGB/Schäfer, § 661 Rn. 16.

⁷ Medicus/Lorenz, Schuldrecht II BT, § 45 Rn. 8; MüKoBGB/Schäfer, § 661 Rn. 3.

⁸ BeckOK BGB/Kneller, 59. Ed. 1.8.2021, § 661 Rn. 5; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II BT, § 45 Rn. 12.

⁹ BGH NJW 2011, 139 (140); Medicus/Lorenz, Schuldrecht II BT, § 45 Rn. 12.

¹⁰ HK-BGB/Schulze, § 311 Rn. 13.

¹¹ BGH NJW 1957, 709 (710); BeckOK BGB/Lorenz, 59. Ed. 1.8.2021, § 278 Rn. 13.

¹² Brox/Walker, Allg. Schuldrecht, § 20 Rn. 24.

Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit tätig wird.¹³ A bat F darum, die Wiese am Tag des Rennens gründlich auf Unebenheiten zu untersuchen und diese ggf. auszugleichen, um eine Verletzungsgefahr für die teilnehmenden Hunde auszuschließen. Demnach sollte F eine dem A als Veranstalter obliegende Verbindlichkeit erfüllen. Das Unterlassen des F stand im Zusammenhang mit dem Tätigkeitskreis des Schuldners A. F war mithin Erfüllungsgelhilfe des A. Somit ist dem A das Versäumnis des F über § 278 S. 1 zuzurechnen. Eine Verletzung von Rücksichtnahme- und Schutzpflichten nach § 241 Abs. 2 bezüglich Sorgfalt und Ordnungsmäßigkeit im Vorbereitungs- und Durchführungsstadium der Veranstaltung sowie in Bezug auf den Schutz der Teilnehmer vor Gefahren, die über das allgemeine Risiko hinausgehen, liegt vor. Dementsprechend verletzte A eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis mit C, § 280 Abs. 1 S. 1.

III. Vertretenmüssen, § 280 Abs. 1 S. 2

Des Weiteren müsste A die Pflichtverletzung gem. § 280 Abs. 1 S. 2 zu vertreten haben. Nach § 276 Abs. 1 S. 1 hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt, § 276 Abs. 2. A bat F darum, die Wiese am Morgen des Rennens auf Unebenheiten zu untersuchen und diese ggf. auszugleichen. Indem der Wecker des F erst um 10.00 Uhr klingelte, konnte F weder sein Versprechen gegenüber A einhalten noch A informieren. Daraufhin ging A von der Ebenmäßigkeit der Wiese aus und hatte keine Kenntnis von den Maulwurflöchern. Vorsatz und Fahrlässigkeit des A scheiden daher aus. F hingegen verschlief und konnte vor Rennstart die Wiese nicht mehr untersuchen. Damit ließ F die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht, handelte also fahrlässig i.S.d. § 276 Abs. 2. Dem A ist das Versäumnis des F aber über § 278 S. 1 zuzurechnen (s.o.), sodass A die Pflichtverletzung gem. § 280 Abs. 1 S. 2 zu vertreten hat.

IV. Haftungsausschluss

Die Haftung des A könnte jedoch wirksam ausgeschlossen worden sein. C unterschrieb bei der Anmeldung das von A vorgelegte Regelwerk, das u.a. die Bestimmung enthält: „Der Veranstalter haftet nicht für Verletzungen, die ein Hund erleidet, der an dem Rennen als Starter teilnimmt.“ Diese Bestimmung könnte der Kontrolle gem. §§ 305ff. unterliegen.

1. Anwendbarkeit der §§ 305ff.

Dazu müssten die §§ 305ff. hier anwendbar sein. Zwischen C und A liegt ein vorvertragliches Schuldverhältnis vor (s.o.). Auf Klauseln für vorvertragliche Schuldverhältnisse, die vorformulierte, vom Verwender festgelegte Haftungsausschlüsse für Verletzungen von Rechtsgütern des anderen Teils zum Inhalt haben, sind die §§ 305ff. anwendbar, da diese Klauseln auf absolut geschützte Rechte Dritter übergreifen.¹⁴ Hier war die vorformulierte Bestimmung von A vorgegeben. Sie schließt jegliche Haftung für Verletzungen, die ein teilnehmender Hund erleidet, aus. Demnach sind die §§ 305ff., auch mangels weiterer Ausschlussgründe, auf die Klausel für das zwischen C und A bestehende vorvertragliche Schuldverhältnis anwendbar.

2. Vorliegen von AGB i.S.d. § 305 Abs. 1

Weiter müssten AGB i.S.d. § 305 Abs. 1 vorliegen. AGB sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt, § 305 Abs. 1 S. 1. Dabei wird eine mindestens dreimalige Verwendungsabsicht vorausgesetzt.¹⁵ Soweit in den §§ 305ff. von „Vertrag“ die Rede ist, finden diese Vorschriften auch auf vorvertragliche Schuldverhältnisse Anwendung.¹⁶ Die Bestimmungen des Rennens waren im von A vorgelegten Regelwerk abgedruckt und bestanden bereits vor Kontaktaufnahme mit C. Somit waren sie vorformuliert. Durch den Abdruck im Regelwerk, das alle Teilnehmer unterschreiben mussten, beabsichtigte A, die Bestimmungen mindestens dreimal zu verwenden. Mithin waren Letztere für eine Vielzahl von vorvertraglichen Beziehungen bestimmt. C hatte keine Einflussmöglichkeit auf die Bestimmungen, sodass diese einseitig von A gestellt wurden. Eine Individualabrede zwischen C und A i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 3 ist nicht ersichtlich. AGB i.S.d. § 305 Abs. 1 liegen daher vor.

¹³ BGH NJW 1954, 1193 (1193); BGH NJW 2017, 2608 (2612); Palandt/Grüneberg, § 278 Rn. 7.

¹⁴ BGH NJW 2011, 139 (141).

¹⁵ BGH NJW 2002, 138 (138); HK-BGB/Schulte-Nölke, § 305 Rn. 4.

¹⁶ BGH NJW 2011, 139 (141).

3. Einbeziehungskontrolle

Die AGB müssten gem. § 305 Abs. 2 wirksam in das vorvertragliche Schuldverhältnis einbezogen worden sein. Nach § 305 Abs. 2 Nr. 1 müsste der Verwender bei Vertragsschluss ausdrücklich oder durch deutlich sichtbaren Aushang auf die AGB hinweisen. Zudem setzt § 305 Abs. 2 Nr. 2 eine bei Vertragsschluss bestehende zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme des Inhalts der AGB und § 305 Abs. 2 a.E. ein ausdrückliches oder konkludentes Einverständnis des Vertragspartners voraus. Gem. § 305c Abs. 1 dürfen AGB keine überraschenden Klauseln enthalten. Solche liegen vor, wenn sie nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, § 305c Abs. 1. Überraschende Klauseln werden nach § 305c Abs. 1 nicht Vertragsbestandteil. Die Bestimmungen waren im Regelwerk enthalten, das A der C bei der Anmeldung vorlegte. Damit wies A bei Kontaktaufnahme zu C ausdrücklich auf die AGB hin. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass für C auch eine zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme des Inhalts der AGB bestand. Indem C das Regelwerk unterschrieb, erklärte sie sich ausdrücklich mit den darin enthaltenen AGB einverstanden. Eine überraschende Klausel ist nicht ersichtlich. Folglich wurden die AGB gem. § 305 Abs. 2 wirksam in das vorvertragliche Schuldverhältnis einbezogen.

4. Inhaltskontrolle

a) Eröffnung der Inhaltskontrolle, § 307 Abs. 3 S. 1

Damit die Klausel des A einer Inhaltskontrolle unterliegt, müsste diese gem. § 307 Abs. 3 S. 1 eine von Rechtsvorschriften abweichende oder eine diese ergänzende Regelung enthalten. Nach § 276 Abs. 1 hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Die Klausel des A schließt jegliche Haftung des Veranstalters für Verletzungen, die ein am Rennen teilnehmender Hund erleidet, aus. Somit weicht sie gem. § 307 Abs. 3 S. 1 von der Rechtsvorschrift des § 276 Abs. 1 ab. Die Klausel des A unterliegt mithin einer Inhaltskontrolle.

b) § 309

Die Klausel könnte gegen § 309 Nr. 7 lit. b verstoßen. Gem. § 309 Nr. 7 lit. b ist in AGB ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für sonstige Schäden, die nicht Lebens-, Körper- oder Gesundheitsverletzungen sind und

auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruhen, unwirksam. A schließt in seiner Klausel jegliche Haftung des Veranstalters für Verletzungen, die ein am Rennen teilnehmender Hund erleidet und somit auch solche, die auf grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz beruhen, aus. Die Klausel verstößt daher gegen § 309 Nr. 7 lit. b und ist unwirksam. Sie hält dementsprechend einer Inhaltskontrolle nicht stand.

5. Rechtsfolge, § 306

Gem. § 306 Abs. 1 bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam, wenn AGB unwirksam sind. Soweit Bestimmungen unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften, § 306 Abs. 2. Aufgrund des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion ist eine unwirksame Klausel insgesamt unwirksam, sodass keine Reduzierung auf den gerade noch zulässigen Inhalt erfolgt.¹⁷ Das vorvertragliche Schuldverhältnis zwischen C und A bleibt gem. § 306 Abs. 1 trotz unwirksamen Haftungsausschlusses des A im Übrigen wirksam. Anstelle der unwirksamen Klausel tritt die gesetzliche Regelung des § 276 Abs. 1. Folglich muss sich A das Verschulden seines Erfüllungsgehilfen F, in Form der leichten Fahrlässigkeit i.S.d. § 276 Abs. 2, über § 278 S. 1 zurechnen lassen.

6. Zwischenergebnis

Die Haftung des A wurde somit nicht wirksam ausgeschlossen, sodass er die Pflichtverletzung weiterhin gem. § 280 Abs. 1 S. 2 zu vertreten hat.

V. Schaden

1. Kausaler Schaden

Es müsste ein kausaler Schaden entstanden sein. Ein Schaden ist jede unfreiwillige Einbuße an rechtlich geschützten Gütern materieller oder immaterieller Art.¹⁸ Hätte F die Wiese im vereinbarten Zeitrahmen untersucht, hätte er die Maulwurflöcher erkennen und diese entweder glätten oder A informieren können, sodass A das Rennen verschoben hätte. Dann wäre die Hündin „Bella“ der C nicht mit ihrem Hinterbein in ein Maulwurfloch getreten und gestürzt, hätte sich nicht schwer am Hinterlauf verletzt und für 5.000 € operiert werden müssen. Damit war das dem A zurechenbare Unterlassen des F kausal für die Verletzung und Heilbehandlungskosten von „Bella“. Der C ent-

¹⁷ Brox/Walker, Allg. Schuldrecht, § 4 Rn. 57.

¹⁸ Wandt, Gesetzl. Schuldverhältnisse, § 24 Rn. 4.

stand also durch die Pflichtverletzung des A ein kausaler Schaden.

2. Schadensumfang

Die Schadensberechnung erfolgt nach der Differenzhypothese.¹⁹ Herzustellen ist der Zustand, der bestünde, wenn das schädigende Ereignis ausgeblieben wäre.²⁰ Die Behandlungskosten der „Bella“ i.H.v. 5.000 € wären nicht angefallen, wenn die Pflichtverletzung des A ausgeblieben wäre (s.o.). Diese Kosten sind im Rahmen des § 249 Abs. 2 S. 1 ersatzfähig. Allerdings kommt hier § 251 Abs. 2 S. 1 in Betracht. Damit § 251 Abs. 2 überhaupt anwendbar ist, muss die Herstellung möglich sein.²¹ Dies war hier der Fall (s.o.). Gem. § 251 Abs. 2 S. 1 kann der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld entschädigen, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist. Die Herstellung von „Bellas“ ursprünglichem Gesundheitszustand war mit Kosten von 5.000 € verbunden. Diese könnten unverhältnismäßig sein. Für eine Unverhältnismäßigkeit der Heilbehandlungskosten sprechen „Bellas“ geringer Marktwert i.H.v. 200 € und ihre Eigenschaft als Mischlingshündin. Gem. § 251 Abs. 2 S. 2 sind die aus der Heilbehandlung eines verletzten Tiers entstandenen Aufwendungen aber nicht bereits dann unverhältnismäßig, wenn sie dessen Wert erheblich übersteigen. Diese können auch dann zu ersetzen sein, wenn sie den Wert des Tiers in hohem Maße übersteigen.²² Allein daraus, dass die Behandlungskosten den Marktwert der Mischlingshündin um das 25-fache übersteigt, können also noch keine Schlüsse gezogen werden. Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung sind nicht nur der Wert des Tiers, sondern alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.²³ Die Tierart ist bei der Abwägung insofern beachtlich, als dass sie Anhaltspunkt für eine besonders enge Beziehung zwischen Menschen und Tieren sein kann.²⁴ Ferner spielen das Alter sowie der Gesundheitszustand vor der Verletzung des Tiers eine Rolle.²⁵ „Bella“ ist eine Hündin. Zwischen Hunden und Menschen besteht i.d.R. durch das jahrelange gemeinsame Leben und die Betreuung des Hundes eine emotionale Bindung. Zwar ist „Bella“ erst 2 Jahre alt. Das niedrige Alter deutet jedoch nicht zwangsläufig auf eine schwächere Intensität der Bindung zum Eigentümer hin, verglichen mit Hunden, die bereits

länger mit ihrem Eigentümer zusammenleben. Vielmehr zeigt dies, wie jung „Bella“ ist und dass sie ohne Behandlung mit der Verletzung leben müsste, was für die Ersatzfähigkeit der Behandlungskosten spricht. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass sie vor der Verletzung keine gesundheitlichen Beeinträchtigungen hatte, die ihren Wert mindern würden. Auch dies spricht dafür, dass die Aufwendungen für „Bellas“ Behandlung ersatzfähig sind. Darüber hinaus wird das Kriterium der Heilungschance des Tiers bzw. die tiermedizinische Vertretbarkeit der aufgewendeten Behandlungskosten herangezogen.²⁶ Der Tierarzt stufte die Erfolgsaussichten für „Bellas“ erste Operation ex ante als gut ein, sodass diese aus tiermedizinischer Sicht vertretbar war. Tatsächlich stellte sich nach der Operation heraus, dass noch weitere notwendig sein würden, um eine Beinamputation zu verhindern. Letztere würde nicht nur „Bella“ beeinträchtigen, sondern auch eine Belastung für C darstellen. Durch weitere Operationen bestand zumindest die Möglichkeit, dass „Bella“ wieder vollständig gesund werden würde. Für einen jungen Hund wie „Bella“, ist es daher tiermedizinisch vertretbar, die weiteren Operationen zur Umgehung der Amputation durchzuführen. Dies deutet, trotz „Bellas“ geringen Marktwerts, auf eine Verhältnismäßigkeit der aus der Heilbehandlung entstandenen Aufwendungen hin. Für die Verhältnismäßigkeit spricht zudem, dass nur eine Operation an „Bella“ mit Kosten i.H.v. lediglich 1.500 € zu erwarten war. Dass sich danach herausstellte, dass noch weitere Behandlungen im Wert von 3.500 € notwendig sein würden, war weder für den Tierarzt noch für C vorhersehbar. Jedoch durfte C aufgrund der vom Tierarzt genannten Erfolgsaussichten auf das Genügen einer Operation und Kosten von 1.500 € vertrauen. Schließlich ist die persönliche Bindung zwischen Geschädigtem und verletztem Tier, sog. Affektionsinteresse, für die Bestimmung der Zumutbarkeitsgrenze relevant.²⁷ Die nicht nur unerheblichen Unterhaltskosten, die C für „Bella“ jährlich freiwillig aufbringt, betragen 500 €, was darauf hindeutet, dass „Bellas“ Unterhalt mindestens einen solchen Wert für C hat. Auch stimmte C der Heilbehandlung und den Kosten zu, ohne zu wissen, ob ihr diese ersetzt werden würden. Das bedeutet, dass sie, auch wenn die Heilbehandlungskosten nicht er-

¹⁹ Wandt, Gesetzl. Schuldverhältnisse, § 24 Rn. 8.

²⁰ MüKoBGB/Oetker, § 249 Rn. 18.

²¹ MüKoBGB/Oetker, § 251 Rn. 36.

²² BT-Drs. 11/5463, S. 5; BGH NJW 2016, 1589 (1590); BeckOGK BGB/Brand, 1.8.2021, § 251 Rn. 59.

²³ BGH NJW 2016, 1589 (1590).

²⁴ BeckOGK BGB/Brand, 1.8.2021, § 251 Rn. 62; MüKoBGB/Oetker, § 251 Rn. 63.

²⁵ AG Frankfurt a.M., NJW-RR 2001, 17 (17); MüKoBGB/Oetker, § 251 Rn. 63.

²⁶ BT-Drs. 11/5463, S. 7; BGH NJW 2016, 1589 (1590); BeckOGK BGB/Brand, 1.8.2021, § 251 Rn. 62.

²⁷ BT-Drs. 11/5463, S. 7; BGH NJW 2016, 1589 (1590).

satzfähig sein würden, 5.000 € für „Bellas“ Heilbehandlungen in Kauf nahm und ihr dementsprechend viel an „Bella“ liegt. Daraus folgt, dass C eine starke affektive Bindung zu „Bella“ hat, was ebenfalls für die Verhältnismäßigkeit spricht. Aufgrund der oben genannten Argumente sind die aus der Heilbehandlung entstandenen Aufwendungen von „Bella“ i.H.v. 5.000 €, trotz ihres geringen Marktwerts i.H.v. 200 € und ihrer Eigenschaft als Mischlingshündin, verhältnismäßig, sodass diese von A im Rahmen des § 249 Abs. 2 S. 1 zu ersetzen sind.

3. Mitverschulden, § 254

Ein anspruchskürzendes Mitverschulden der C nach § 254 liegt hier nicht vor.

VI. Ergebnis

C hat gegen A einen Anspruch auf Ersatz der Tierarztkosten für die Behandlung von „Bella“ i.H.v. 5.000 € aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 3, 241 Abs. 2, 276, 278 i.V.m. §§ 657, 661.

B. Anspruch der C gegen A aus § 831 Abs. 1 S. 1

Darüber hinaus könnte C gegen A einen Anspruch auf Ersatz der Tierarztkosten für die Behandlung von „Bella“ i.H.v. 5.000 € aus § 831 Abs. 1 S. 1 haben.

I. Verrichtungsgehilfe

Dann müsste F Verrichtungsgehilfe des A i.S.d. § 831 Abs. 1 S. 1 gewesen sein. Verrichtungsgehilfe ist, wer mit Wissen und Willen des Geschäftsherrn weisungsabhängig in dessen Interesse tätig wird.²⁸ Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Tätigkeit rechtlicher oder tatsächlicher Natur, entgeltlich oder unentgeltlich, auf Dauer oder lediglich vorübergehend ist.²⁹ Der Geschäftsherr muss jedoch in der Weise auf die Tätigkeit des Gehilfen Einfluss nehmen können, als dass er diese jederzeit beschränken, untersagen oder nach Zeit und Umfang bestimmen kann.³⁰ A bat F darum, die Wiese am Tag des Rennens zwischen 7.00 und 8.00 Uhr unentgeltlich auf Unebenheiten zu untersuchen und diese ggf. auszugleichen oder A zu informieren, um die Verletzungsgefahr für teilnehmende Hunde auszuschließen. A bestimmte die Tätigkeit des F nach Zeit und Umfang und konnte weiterhin jederzeit auf die Tätigkeit Einfluss nehmen, indem er sie beschränkt oder untersagt.

Somit wurde F mit Wissen und Willen des Geschäftsherrn A weisungsabhängig in dessen Interesse tätig und war mithin Verrichtungsgehilfe des A i.S.d. § 831 Abs. 1 S. 1.

II. Tatbestandsmäßige und rechtswidrige unerlaubte Handlung

Es müsste zudem eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige unerlaubte Handlung des F vorliegen.

1. § 823 Abs. 1

Es könnte eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige unerlaubte Handlung des F nach § 823 Abs. 1 gegeben sein.

a) Rechts- oder Rechtsgutverletzung

Es müsste eine Rechts- oder Rechtsgutverletzung bestehen.³¹ Hier könnte das Eigentum der C verletzt worden sein. Eine Eigentumsverletzung liegt vor, wenn der Eigentümer in einer seiner durch § 903 S. 1 verliehenen Befugnisse durch einen anderen beeinträchtigt wird.³² Gem. § 903 S. 1 kann der Eigentümer einer Sache andere von jeder Einwirkung ausschließen. Unter eine Eigentumsverletzung fällt u.a. die Substanzverletzung, z.B. in Form der Beschädigung.³³ Die Hündin „Bella“ ist ein Tier und steht im Eigentum der C. Gem. § 90a S. 1 sind Tiere keine Sachen. Die für Sachen geltenden Vorschriften sind jedoch entsprechend auf Tiere anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist, § 90a S. 3. Hier ist nichts anderes bestimmt, sodass die für Sachen geltenden Vorschriften gem. § 90a S. 3 entsprechend auf „Bella“ anzuwenden sind. „Bella“ trat mit ihrem Hinterbein in ein Maulwurfloch in der Wiese, auf der das Rennen stattfand, und verletzte sich dabei am Hinterlauf. Somit liegt eine Substanzverletzung der „Bella“ in Form einer Beschädigung, mithin eine Eigentumsverletzung der C, vor. Eine Rechtsverletzung besteht daher.

b) Verletzungshandlung

Es müsste auch eine Verletzungshandlung des F gegeben sein. Diese könnte hier in dem Unterlassen des F liegen, die Wiese am Tag des Rennens zu untersuchen, ggf. auszugleichen oder A zu informieren. Das Unterlassen einer Handlung ist nur beachtlich, wenn der Schädiger zur Handlung verpflichtet war.³⁴ Diese Handlungspflicht könnte sich hier

²⁸ § 18 Rn. 5; HK-BGB/Staudinger, § 831 Rn. 7; Wandt, Gesetzl. Schuldverhältnisse.

²⁹ Musielak/Hau, GK BGB, Rn. 1240; HK-BGB/Staudinger, § 831 Rn. 7.

³⁰ BGH NJW 1966, 1807 (1808); Musielak/Hau, GK BGB, Rn. 1240.

³¹ MüKoBGB/Wagner, § 823 Rn. 65.

³² BeckOK BGB/Förster, 59. Ed. 1.8.2021, § 823 Rn. 120; HK-BGB/Staudinger, § 823 Rn. 12.

³³ Medicus/Lorenz, Schuldrecht II BT, § 74 Rn. 12; BeckOK BGB/Spindler, 1.5.2021, § 823 Rn. 120.

³⁴ BeckOK BGB/Förster, 59. Ed. 1.8.2021, § 823 Rn. 100.

aus einer Verkehrssicherungspflicht ergeben. Eine solche verpflichtet denjenigen, der eine Gefahrenlage schafft, dazu, die notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um diese Gefahren von anderen abzuwenden.³⁵ Hier schuf jedoch nicht F, sondern A durch die Veranstaltung des Rennens für die teilnehmenden Hunde eine Gefahrenlage, sodass dem A eine Verkehrssicherungspflicht und damit eine Handlungspflicht oblag. Diese könnte A an den Dritten F delegiert haben, sog. Drei-Personen-Verhältnis. Eine solche Delegation ist i.d.R. durch Vereinbarung möglich, wobei den Delegierenden weiterhin eine Aufsichts- und Überwachungspflicht trifft.³⁶ A vereinbarte mit F ausdrücklich, dass F die Wiese am Tag des Rennens auf Unebenheiten untersuchen soll. Damit delegierte A die sich aus der Verkehrssicherungspflicht ergebende Handlungspflicht an F. F musste demnach die notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen treffen, um eine Verletzungsgefahr für die teilnehmenden Hunde auszuschließen. F verschlief und konnte daher die Wiese nicht rechtzeitig glätten oder A informieren, sodass eine Verletzungsgefahr für die teilnehmenden Hunde nicht ausgeschlossen werden konnte. F traf also nicht die zur Gefahrabwendung notwendigen und ihm zumutbaren Vorkehrungen. Ein Unterlassen des F liegt mithin vor. Durch dieses verletzte er eine sich aus der Verkehrssicherungspflicht ergebende Handlungspflicht.

c) Haftungsbegründende Kausalität

Überdies müsste das Unterlassen des F kausal für die Rechtsverletzung der C gewesen sein, sog. haftungsbegründende Kausalität. Ein Unterlassen ist äquivalent kausal, wenn die unterlassene Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der eingetretene Schaden entfielen.³⁷ Gem. der Adäquanztheorie ist die Zurechenbarkeit nicht gegeben, wenn es außerhalb jeglicher Wahrscheinlichkeit liegt, dass die unterlassene Handlung den Verletzungserfolg herbeigeführt hat.³⁸ Nach der Lehre vom Schutzzweck der Norm muss die verletzte Norm gerade vor Verletzungen wie der eingetretenen schützen.³⁹ Hätte F die Wiese im vereinbarten Zeitrahmen untersucht, hätte dieser die Maulwurflöcher erkennen und diese glätten oder A informieren können, sodass A das Rennen verschoben hätte.

Dann wäre „Bella“ nicht in ein Maulwurfloch getreten, hätte sich nicht schwer verletzt und operiert werden müssen. Das Unterlassen des F war daher äquivalent kausal für die Rechtsverletzung der C. Das Unterlassen war auch geeignet, bei „Bella“ derartige Verletzungen herbeizuführen, sodass ersteres adäquat kausal für die Rechtsverletzung der C war. Zudem bezweckt § 823 Abs. 1 gerade den Schutz vor Verletzungen dieser Art. Somit ist die Rechtsverletzung der C auch vom Schutzzweck der Norm umfasst. Die haftungsbegründende Kausalität liegt hier also vor.

d) Rechtswidrigkeit

Ferner müsste F rechtswidrig gehandelt haben. Wird bereits im Tatbestand eines Unterlassens ein Verstoß gegen eine Verkehrssicherungspflicht festgestellt, indiziert die eingetretene Verletzung die Rechtswidrigkeit.⁴⁰ Dies ist vorliegend der Fall (s.o.), sodass die hier eingetretene Verletzung die Rechtswidrigkeit indiziert. Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. F handelte demzufolge rechtswidrig.

e) Zwischenergebnis

Eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige unerlaubte Handlung des F nach § 823 Abs. 1 ist somit gegeben.

2. § 823 Abs. 2

Daneben könnte eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige unerlaubte Handlung des F nach § 823 Abs. 2 i.V.m. § 303 Abs. 1 StGB bestehen. Zwar handelt es sich bei § 303 Abs. 1 StGB um ein Schutzgesetz.⁴¹ Dieser erfordert aber Vorsatz.⁴² Der Wecker des F klingelte erst um 10.00 Uhr, sodass F verschlief und die Wiese vor Rennstart nicht mehr untersuchen konnte. Mangels vorsätzlicher Beschädigung der „Bella“ durch F, scheidet eine Verletzung des Schutzgesetzes des § 303 Abs. 1 StGB aus. Es besteht somit keine tatbestandsmäßige und rechtswidrige unerlaubte Handlung des F nach § 823 Abs. 2 i.V.m. § 303 Abs. 1 StGB.

3. Zwischenergebnis

Es liegt nur eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige unerlaubte Handlung des F aus § 823 Abs. 1 vor.

³⁵ BGH NJW 2013, 48 (48); BeckOK BGB/Förster, 59. Ed. 1.8.2021, § 823 Rn. 102.

³⁶ OLG Hamm, NJW 2013, 1375 (1376); Jauernig/Teichmann, § 823 Rn. 38.

³⁷ BeckOK BGB/Förster, 59. Ed. 1.8.2021, § 823 Rn. 257.

³⁸ Jauernig/Teichmann, § 823 Rn. 25, 33.

³⁹ BGH NJW 2014, 2190 (2191); Jauernig/Teichmann, § 823 Rn. 26, 33.

⁴⁰ Brox/Walker, Bes. Schuldrecht, § 45 Rn. 51; Jauernig/Teichmann, § 823 Rn. 49.

⁴¹ Medicus/Lorenz, Schuldrecht II BT, § 78 Rn. 2.

⁴² BeckOK StGB/Weidemann, 50. Ed. 1.5.2021, § 303 Rn. 25.

III. In Ausführung der Verrichtung

Die Schädigung durch F müsste in Ausführung der Verrichtung und nicht bloß bei Gelegenheit erfolgt sein. Erforderlich ist ein unmittelbarer innerer Zusammenhang zwischen aufgetragener Verrichtung und Schadenszufügung.⁴³ Ferner kommt es darauf an, ob die Gefahr des Schadenseintritts durch die aufgetragene Verrichtung erhöht wurde und ob der Geschäftsherr nach der Verkehrsauffassung als Garant für die Verhinderung einer solchen Schadenszufügung betrachtet werden kann.⁴⁴ F sagte A zu, die Wiese am Tag des Rennens zwischen 7.00 und 8.00 Uhr auf Unebenheiten zu untersuchen, diese ggf. zu glätten oder bei Bedarf A zu informieren. Sein Wecker klingelte jedoch erst um 10.00 Uhr, sodass er seiner zugesagten Verrichtung nicht nachkommen oder A informieren konnte. A ging sodann irrtümlich davon aus, dass mit der Wiese alles in Ordnung sei. Während des Rennens verletzte sich die teilnehmende Hündin der C schwer am Hinterlauf, indem sie in eines der Maulwurflocher trat. A übertrug F die Verrichtung und gab diese aus seiner Hand, wodurch er die Kontrolle über die zuverlässige Ausführung verlor. Dadurch erhöhte sich die Gefahr, dass Unebenheiten auf der Rennstrecke unentdeckt bleiben und teilnehmende Hunde sich verletzen. Die Verrichtung oblag A als Veranstalter, sodass er, wenn er diese aus der Hand an einen Verrichtungsgehilfen gibt, nach der Verkehrsauffassung als Garant für die Verhinderung einer solchen Schadenszufügung betrachtet werden kann. Es bestand daher ein unmittelbarer innerer Zusammenhang zwischen der dem F aufgetragenen Verrichtung und der Schadenszufügung am Eigentum der C. Die Schädigung durch F erfolgte mithin in Ausführung der Verrichtung.

IV. Verschulden des Geschäftsherrn

Den Geschäftsherrn A müsste auch ein Verschulden treffen.

1. Exkulpation, § 831 Abs. 1 S. 2

Die Haftung des A könnte nach § 831 Abs. 1 S. 2 ausgeschlossen sein. Dann müsste der Geschäftsherr darlegen, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt bei Auswahl sowie Anleitung und Überwachung des Verrichtungsgehilfen angewandt zu haben, sodass er sich insofern von der gesetzlichen Verschuldensvermutung des § 831 Abs. 1 S. 2 entlasten kann.⁴⁵

Welches Maß an Sorgfalt erforderlich ist, richtet sich nach der Verkehrsauffassung und den konkreten Umständen des Einzelfalls.⁴⁶ Dabei finden insbesondere die Art der aufgetragenen Verrichtung und die Persönlichkeit des Verrichtungsgehilfen Berücksichtigung.⁴⁷ A wählte F für die Untersuchung der Rennstrecke auf Unebenheiten und die ggf. erforderliche Glättung ebendieser aus. Bereits in den letzten Jahren führte F diese Aufgabe stets gewissenhaft durch, weshalb A sich auch bei dem diesjährigen Rennen auf ihn verließ. Zudem ist F ein guter Freund des A, sodass A ein erhöhtes Vertrauen in ihn hatte. F sollte nur schauen, ob Wildschweine die Oberfläche der Wiese verwüstet hatten und diese ggf. glätten oder, falls das nicht mehr rechtzeitig möglich sein sollte, A zumindest darüber informieren. Diese Aufgabe bedarf keiner besonderen Fähigkeit. F wusste aufgrund der Anleitung durch A und der Erfahrungen der letzten Jahre um ihre Durchführung. Problematisch ist aber, dass A sich auf die zuverlässige Ausführung durch F verließ. Deshalb erkundigte sich A am Morgen des Renntags nicht erneut bei F, ob er die Aufgabe zwischen 7.00 und 8.00 Uhr erledigt hat. A hätte sich diesbezüglich bei F informieren oder mit ihm vereinbaren müssen, dass F den A nach Erledigung der Aufgabe in jedem Fall benachrichtigt, sodass A positiv wusste, dass F nichts dazwischen gekommen ist. Dem A oblag die Pflicht zur Sicherung der Rennstrecke vor Gefahren. Dementsprechend musste er dafür sorgen, dass, wenn er diese Aufgabe aus der Hand gibt, sein Verrichtungsgehilfe der Aufgabe tatsächlich nachkommen würde. Er hätte sich, gerade im Hinblick auf das erhöhte Risiko der Verwüstung durch Wildschweine, vergewissern müssen, dass F die Aufgabe erledigt hat. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass zwar keine Wildschweine, dafür aber ein Maulwurf die Wiese verwüstete. A überwachte F nicht während der Ausführung der Verrichtung. Stattdessen vertraute er auf die zuverlässige Ausführung des F. Folglich wandte A zwar die im Verkehr erforderliche Sorgfalt bei Auswahl und Anleitung, nicht aber bei der Überwachung seines Verrichtungsgehilfen F an, sodass er sich nicht von der gesetzlichen Verschuldensvermutung des § 831 Abs. 1 S. 2 entlasten kann. Das Verschulden des A wird insofern nach § 831 Abs. 1 S. 2 vermutet. Die Haftung des A ist nicht nach § 831 Abs. 1 S. 2 ausgeschlossen.

⁴³ BGH NJW 1971, 31 (32); Wandt, Gesetzl. Schuldverhältnisse, § 18 Rn. 11.

⁴⁴ OLG Saarbrücken, NJW-RR 1986, 672 (672); BeckOGK BGB/Spindler, 1.5.2021, § 831 Rn. 29.

⁴⁵ BeckOK BGB/Förster, 59. Ed. 1.8.2021, § 831 Rn. 42; HK-BGB/Staudinger, § 831 Rn. 10, 11.

⁴⁶ HK-BGB/Staudinger, § 831 Rn. 11.

⁴⁷ HK-BGB/Staudinger, § 831 Rn. 11.

2. Haftungsausschluss

Die Klausel des A ist unwirksam (s.o.). Zudem ist eine gelungserhaltende Reduktion unzulässig,⁴⁸ sodass die Klausel der Haftung des A nicht entgegensteht.

3. Zwischenergebnis

Den Geschäftsherrn A trifft somit ein Verschulden.

V. Schaden

1. Kausaler Schaden

Es müsste ein kausaler Schaden entstanden sein. Hätte A die im Verkehr erforderliche Sorgfalt bei der Überwachung seines Verrichtungsgehilfen F angewandt, wäre die Wiese vor Rennstart untersucht worden. Dann wären die Maulwurflöcher erkannt und geglättet oder der Rennstart verschoben worden, sodass „Bella“ nicht in ein Maulwurfloch getreten wäre und sich nicht operationsbedürftig verletzt hätte. Es wären keine Kosten i.H.v. 5.000 € angefallen. Mithin war die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bei der Überwachung des F kausal für die Verletzung und Heilbehandlungskosten von „Bella“. Der C entstand somit ein kausaler Schaden.

2. Schadensumfang

A hat die aus der Heilbehandlung entstandenen Aufwendungen von „Bella“ i.H.v. 5.000 € im Rahmen des § 249 Abs. 2 S. 1 zu ersetzen (s.o.).

3. Mitverschulden, § 254

Ein anspruchskürzendes Mitverschulden der C nach § 254 fehlt vorliegend.

VI. Ergebnis

C hat gegen A auch einen Anspruch auf Ersatz der Tierarztkosten für die Behandlung von „Bella“ i.H.v. 5.000 € aus § 831 Abs. 1 S. 1.

C. Anspruch der C gegen A aus § 823 Abs. 1

Schließlich könnte C gegen A einen Anspruch auf Ersatz der Tierarztkosten für die Behandlung von „Bella“ i.H.v. 5.000 € aus § 823 Abs. 1 haben.

I. Rechts- oder Rechtsgutverletzung

Eine Rechtsverletzung besteht hier in der Eigentumsverletzung der C (s.o.).

II. Verletzungshandlung

Es müsste zudem eine Verletzungshandlung des A vorliegen. Diese könnte hier in der am Renntag unterlassenen Untersuchung und Glättung der Wiese durch A liegen. Eine Handlungspflicht könnte sich vorliegend aus einer Verkehrssicherungspflicht ergeben. A schuf durch die Veranstaltung des Rennens für die teilnehmenden Hunde eine Gefahrenlage, sodass ihm eine Verkehrssicherungspflicht und damit eine Handlungspflicht oblag. Diese delegierte A an den Dritten F (s.o.). Hierbei trifft ihn indes eine Aufsichts- und Überwachungspflicht. Durch die Delegation der Verkehrssicherungspflicht zum Ausschluss von Verletzungsgefahren für teilnehmende Hunde, wandelte sich diese in eine Aufsichts- und Überwachungspflicht des A um. Bei Verletzung dieser Pflichten, kommt eine Haftung aus § 823 Abs. 1 infrage.⁴⁹ A vertraute bei der Delegation darauf, dass F die Verkehrssicherungspflicht sorgfältig erfüllen würde. F verschlief jedoch und konnte die Wiese nicht glätten oder A informieren, sodass eine Verletzungsgefahr für die teilnehmenden Hunde nicht ausgeschlossen werden konnte. A wusste vor der Delegation um das erhöhte Risiko einer Verwüstung der Wiese und damit einer erheblichen Verletzungsgefahr für die Hunde. Daher hätte A nicht darauf vertrauen dürfen, dass F die Verkehrssicherungspflicht zuverlässig erfüllt. Vielmehr hätte A ihn beaufsichtigen und überwachen müssen, was er jedoch unterließ. Durch das Unterlassen verletzte A seine Aufsichts- und Überwachungspflicht.

III. Haftungsbegründende Kausalität

Überdies müsste das Unterlassen des A kausal für die Rechtsverletzung der C gewesen sein. Hätte A den F bei Erfüllung der Verkehrssicherungspflicht beaufsichtigt und überwacht, wäre die Wiese untersucht und die Maulwurflöcher erkannt und geglättet oder der Rennstart verschoben worden. Dann wäre „Bella“ nicht in ein Maulwurfloch getreten und hätte sich nicht operationsbedürftig verletzt. Das Unterlassen des A war daher äquivalent kausal für die Rechtsverletzung der C. Ferner war es geeignet bei „Bella“ derartige Verletzungen herbeizuführen, sodass das Unterlassen adäquat kausal für die Rechtsverletzung war. § 823 Abs. 1 bezweckt gerade den Schutz vor Verletzungen dieser Art. Daher ist die Rechtsverletzung der C auch vom Schutzzweck der Norm umfasst. Folglich ist die haftungsbegründende Kausalität gegeben.

⁴⁸ Brox/Walker, Allg. Schuldrecht, § 4 Rn. 57.

⁴⁹ Brox/Walker, Bes. Schuldrecht, § 45 Rn. 45.

IV. Rechtswidrigkeit

A müsste rechtswidrig gehandelt haben. Wird bereits im Tatbestand eine sich aus einer Verkehrssicherungspflicht ergebende Handlungspflicht festgestellt, indiziert die eingetretene Verletzung die Rechtswidrigkeit.⁵⁰ Die Verkehrssicherungspflicht wandelte sich in eine Aufsichts- und Überwachungspflicht des A um (s.o.). Die hier eingetretene Verletzung indiziert daher die Rechtswidrigkeit. Mangels Rechtfertigungsgründen handelte A rechtswidrig.

V. Verschulden

A müsste auch schuldhaft gehandelt haben. Der Verschuldensmaßstab richtet sich nach § 276. In Betracht kommt Fahrlässigkeit des A i.S.d. § 276 Abs. 2. Indem A nach Delegation der Verkehrssicherungspflicht seine Überwachungspflicht nicht erfüllte, ließ er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht. A handelte damit leicht fahrlässig i.S.d. § 276 Abs. 2. Die Klausel des A ist unwirksam (s.o.). Zudem ist eine geltungserhaltende Reduktion unzulässig,⁵¹ sodass hier kein niedrigerer Sorgfaltsmaßstab gilt. A handelte folglich schuldhaft.

VI. Rechtsfolge**1. Schaden**

A hat die aus der Heilbehandlung entstandenen Aufwendungen von „Bella“ i.H.v. 5.000 € im Rahmen des § 249 Abs. 2 S. 1 zu ersetzen (s.o.).

2. Haftungsausfüllende Kausalität

Schließlich müsste die Rechtsverletzung für den eingetretenen Schaden aufseiten der C kausal gewesen sein, sog. haftungsausfüllende Kausalität. Hätte „Bella“ keine operationsbedürftigen Verletzungen erlitten, wären keine Kosten i.H.v. 5.000 € angefallen. Folglich war die Rechtsverletzung äquivalent kausal für den eingetretenen Schaden. Eine derartige Rechtsverletzung ist auch geeignet, einen Schaden in der Höhe anzurichten, sodass diese adäquat kausal war. § 823 Abs. 1 soll gerade vor Schäden, wie dem eingetretenen, schützen. Somit ist der eingetretene Schaden vom Schutzzweck der Norm umfasst. Die haftungsausfüllende Kausalität ist also gegeben.

3. Mitverschulden, § 254

C trifft vorliegend kein anspruchskürzendes Mitverschulden nach § 254.

VII. Ergebnis

C hat gegen A einen Anspruch auf Ersatz der Tierarztkosten für die Behandlung von „Bella“ i.H.v. 5.000 € aus § 823 Abs. 1.

Frage 2:**A. Anspruch der M gegen A aus § 823 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG**

M könnte gegen A einen Ersatzanspruch i.H.v. 10.000 € aus § 823 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG haben, der Lizenzgebühr, die sie für ihre Zustimmung zur Nutzung ihres Bildnisses in einem vergleichbaren Fall bekommt.

I. Rechtsgutsverletzung**1. Anwendbarkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts**

Dann müsste das allgemeine Persönlichkeitsrecht, auch APR, im vorliegenden Fall anwendbar sein. Das APR ist anwendbar, wenn das betroffene Recht nicht vom Schutz einer anderen Regelung erfasst wird.⁵² Hier könnte § 22 KunstUrhG Anwendung finden. Dieser verbietet zwar die Verbreitung und die öffentliche Zurschaustellung von Bildnissen ohne Einwilligung des Abgebildeten, regelt jedoch keine Ersatzansprüche. Somit ist § 22 KunstUrhG nicht abschließend. Andere das betroffene Recht schützende Regelungen, sind nicht ersichtlich, sodass das APR im vorliegenden Fall anwendbar ist.

2. Verletzung des APR

Weiter müsste A das APR der M verletzt haben. Dazu müsste er in den Schutzbereich ihres APR eingegriffen haben. Rechtsträger sind u.a. natürliche Personen.⁵³ Der sachliche Schutzbereich des APR ist nicht abschließend bestimmt.⁵⁴ Vielmehr wird dieser mittels Fallgruppen konkretisiert.⁵⁵ Geschützt wird der Betroffene u.a. vor der unbefugten Nutzung von Bildern seiner Person zu Werbezwecken.⁵⁶ M ist eine natürliche Person, mithin Rechtsträgerin des APR. A wollte Teilnehmer anlocken und Speisen sowie Getränke verkaufen, um die mit dem Rennen verbundenen Kosten abzudecken. Dazu stellte A mehrere große, schon von

⁵⁰ Brox/Walker, Bes. Schuldrecht, § 45 Rn. 51; Jauernig/Teichmann, § 823 Rn. 49.

⁵¹ Brox/Walker, Allg. Schuldrecht, § 4 Rn. 57.

⁵² Wandt, Gesetzl. Schuldverhältnisse, § 16 Rn. 50.

⁵³ BGH NJW 1986, 2951 (2951); Wandt, Gesetzl. Schuldverhältnisse, § 16 Rn. 52.

⁵⁴ HK-BGB/Staudinger, § 823 Rn. 97.

⁵⁵ Musielak/Hau, GK BGB, Rn. 1092; HK-BGB/Staudinger, § 823 Rn. 91, 97.

⁵⁶ Wandt, Gesetzl. Schuldverhältnisse, § 16 Rn. 56; HK-BGB/Staudinger, § 823 Rn. 101.

Weitem sichtbare Plakatwände nahe des Veranstaltungsorts auf, die die beliebte, aus Fernsehshows weit bekannte Hundetrainerin M abbildeten. Er nutzte dabei ihr Ansehen aus und stellte mittels der Plakatwände einen Zusammenhang zwischen ihr und dem Rennen her. M willigte aber nicht in die Nutzung ihres Bildnisses zu Werbezwecken ein. Somit nutzte A unbefugt Bilder der M zu Werbezwecken. A griff folglich in den sowohl persönlich als auch sachlich eröffneten Schutzbereich des APR der M ein. A verletzte dementsprechend das APR der M.

II. Rechtswidrigkeit

Ferner müsste A rechtswidrig gehandelt haben. Bei dem APR handelt es sich um ein Rahmenrecht mit einem offenen Tatbestand.⁵⁷ Das bedeutet, dass das APR keinen deutlich umgrenzten Inhalt aufweist.⁵⁸ Vielmehr konkretisiert sich dieser erst im Verhältnis zu gegenüberstehenden Interessen.⁵⁹ Daher wird die Rechtswidrigkeit des Eingriffs in das APR positiv festgestellt, wobei eine umfassende Güter- und Interessabwägung vorzunehmen ist.⁶⁰ Zu beachten sind dabei die drei Sphären: die Intim-, Privat- und Sozialsphäre.⁶¹ Unter den Schutz der Intimsphäre fallen Angriffe auf die innere Gefühls- und Gedankenwelt, darunter u.a. das Sexualleben.⁶² Die Privatsphäre schützt vor Angriffen, insbesondere auf den häuslichen Bereich sowie den Familienkreis, aber auch darüber hinaus.⁶³ Die Sozialsphäre umfasst den Schutz des Selbstbestimmungsrechts sowie den des öffentlichen Lebens des Einzelnen.⁶⁴ Hier könnte A in die Sozialsphäre der M eingegriffen haben. M war auf den Plakatwänden, die A öffentlich aufstellte, so abgebildet, wie andere Personen sie auch in der Öffentlichkeit wahrnehmen. Allerdings nutzte A ihr Bildnis ohne ihre Einwilligung zu kommerziellen Zwecken. A nutzte das Ansehen der M aus und stellte einen Zusammenhang zwischen ihr und dem Rennen her. Für den Betrachter der Plakatwände schien es, als wäre M in die Veranstaltung involviert, was gerade nicht der Fall war. Dennoch ist M dadurch weder in ihrer Gedanken- oder Gefühlswelt noch in ihrem häuslichen oder familiären Bereich berührt. Vielmehr griff A in

die Sozialsphäre der M ein. Eingriffe in diese unterliegen weniger strengen Bedingungen.⁶⁵ Gem. § 22 S. 1 Kunst-UrhG ist die öffentliche Zurschaustellung von Bildnissen aber nur mit Einwilligung des Abgebildeten erlaubt. Die öffentliche Zurschaustellung i.S.d. § 22 S. 1 KunstUrhG meint die Ermöglichung der Wahrnehmung des Bildnisses gegenüber Dritten, d.h. die öffentliche Sichtbarmachung desselben im weitesten Sinne.⁶⁶ A ermöglichte Dritten mittels der öffentlich aufgestellten Plakatwände, das Bildnis der M wahrzunehmen und stellte es damit öffentlich zur Schau i.S.d. § 22 S. 1 KunstUrhG. M willigte aber nicht darin ein. Zwar ist M beliebt und aus Fernsehshows weit bekannt, doch ist ihr Bildnis keines aus dem Bereich der Zeitgeschichte i.S.d. § 23 Abs. 1 Nr. 1 KunstUrhG. Eine andere Ausnahme zu § 22 KunstUrhG nach § 23 KunstUrhG kommt hier ebenfalls nicht in Betracht. Somit war es A grundsätzlich verboten, Plakatwände mit dem Bildnis der M zu veröffentlichen. Dem Interesse der M könnte jedoch das Recht auf Meinungsfreiheit des A aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GG und Art. 10 EMRK entgegenstehen. Auch sind bei der Abwägung Allgemeininteressen von Belang, sodass ein Informationsinteresse der Öffentlichkeit zu berücksichtigen ist.⁶⁷ Dabei ist die Prominenz einer Person beachtlich.⁶⁸ Prominente müssen mit Bildnissen aus Alltagssituationen rechnen, die aufgrund des Allgemeininteresses an ihrem Leben in der Öffentlichkeit angefertigt werden.⁶⁹ A wollte mit den Plakatwänden nur Teilnehmer und Zuschauer anlocken und Speisen sowie Getränke verkaufen, um die mit dem Rennen verbundenen Kosten abzudecken. A hatte nicht die Absicht, mit dem Bildnis der M dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit nachzukommen. Für die Öffentlichkeit bestand auch kein Informationsinteresse an der Abbildung der M auf den Plakatwänden, die sie so darstellte, wie andere Personen sie in der Öffentlichkeit wahrnehmen. A verfolgte keine Allgemeininteressen, sondern lediglich private, kommerzielle Interessen. Zwar musste M aufgrund ihrer Bekanntheit in der Öffentlichkeit mit der Anfertigung von Bildnissen ihrer Person in Alltagssituationen rechnen. Allerdings geht es hier nicht um die An-

⁵⁷ BeckOGK BGB/Specht-Riemenschneider, 1.6.2021, § 823 Rn. 1452.

⁵⁸ Musielak/Hau, GK BGB, Rn. 1128.

⁵⁹ BeckOGK BGB/Specht-Riemenschneider, 1.6.2021, § 823 Rn. 1452.

⁶⁰ BeckOGK BGB/Specht-Riemenschneider, 1.6.2021, § 823 Rn. 1453; HK-BGB/Staudinger, § 823 Rn. 72.

⁶¹ HK-BGB/Staudinger, § 823 Rn. 99.

⁶² HK-BGB/Staudinger, § 823 Rn. 99.

⁶³ BGH NJW 1996, 1128 (1129); HK-BGB/Staudinger, § 823 Rn. 99.

⁶⁴ HK-BGB/Staudinger, § 823 Rn. 99.

⁶⁵ Schmidt, Schuldrecht BT II, Rn. 666.

⁶⁶ Dreier/Schulze/Specht, KUG § 22 Rn. 10; Schrickler/Loewenheim/Götting, KUG § 22 Rn. 37.

⁶⁷ Soergel/Beater, § 823 Anh IV Rn. 56.

⁶⁸ Jacoby/von Hinden, § 823 Rn. 15.

⁶⁹ Jacoby/von Hinden, § 823 Rn. 15.

fertigung von Aufnahmen. Vielmehr nutzte A solche zum Zwecke der Werbung ohne die Einwilligung der M, sodass auch Prominenz den Eingriff des A vorliegend nicht rechtfertigen kann. Weder die Meinungsfreiheit des A aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GG und Art. 10 EMRK, noch ein Allgemeininteresse bzw. ein Informationsinteresse der Öffentlichkeit stehen dem Interesse der M entgegen. Der Eingriff des A in das APR der M ist daher nicht gerechtfertigt. Dem A war es, ohne Einwilligung der M, verboten, ihr Bildnis zu Werbezwecken zu nutzen bzw. gem. § 22 S. 1 KunstUrhG zu veröffentlichen. Andere Rechtfertigungsgründe zugunsten des A sind nicht ersichtlich, sodass er rechtswidrig handelte.

III. Verschulden

A müsste schuldhaft gehandelt haben. Laut Sachverhaltsangaben glaubte A irrtümlich und schuldlos, dass M mit der Abbildung auf den Plakatwänden als „Hundeliebhaberin“ einverstanden sei, sodass A die Einholung ihrer Einwilligung versäumte. A ist somit entschuldigt und handelte nicht schuldhaft.

IV. Ergebnis

M hat gegen A keinen Ersatzanspruch i.H.v. 10.000 € aus § 823 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG, der Lizenzgebühr, die sie für ihre Zustimmung zur Nutzung ihres Bildnisses in einem vergleichbaren Fall bekommt.

B. Anspruch der M gegen A aus § 823 Abs. 2 i.V.m. § 22 KunstUrhG

M könnte gegen A einen Ersatzanspruch i.H.v. 10.000 € aus § 823 Abs. 2 i.V.m. § 22 KunstUrhG haben, der Lizenzgebühr, die sie für ihre Zustimmung zur Nutzung ihres Bildnisses in einem vergleichbaren Fall bekommt.

I. Schutzgesetz

Zunächst müsste es sich bei § 22 KunstUrhG um ein Schutzgesetz handeln. Ein solches kann jede Rechtsnorm sein, die das Individualinteresse schützt.⁷⁰

1. Gesetz

§ 22 KunstUrhG müsste ein Gesetz i.S.d. Art. 2 EGBGB sein. Gem. Art. 2 EGBGB ist ein Gesetz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dieses Gesetzes jede Rechtsnorm. § 22 KunstUrhG ist eine vorkonstitutionelle Rechtsnorm,⁷¹ mithin ein Gesetz nach Art. 2 EGBGB.

2. Gebots- oder Verbotsnorm

§ 22 KunstUrhG müsste auch eine Gebots- oder Verbotsnorm sein. § 22 KunstUrhG verbietet es, Bildnisse von anderen ohne ihre Einwilligung zu verbreiten oder öffentlich zur Schau zu stellen und ist daher eine Verbotsnorm.

3. Schutz eines anderen

Weiter müsste § 22 KunstUrhG einen anderen Menschen schützen. Ein Gesetz bezweckt den Schutz eines anderen Menschen, wenn es zumindest auch auf den Individualschutz gerichtet ist, der Verletzte zum geschützten Personenkreis gehört und es das vom Verletzten geltend gemachte Interesse schützt.⁷² § 22 KunstUrhG schützt das äußere Erscheinungsbild jedes einzelnen Menschen.⁷³ Es handelt sich also um ein individualschützendes Gesetz, das auch den Schutz der M vor der öffentlichen Zurschaustellung ihres Bildnisses zu Werbezwecken, ohne ihre Einwilligung, umfasst. Folglich schützt § 22 KunstUrhG einen anderen Menschen.

4. Zwischenergebnis

Bei § 22 KunstUrhG handelt es sich demzufolge um ein Schutzgesetz.

II. Verletzung des Schutzgesetzes

Dieser müsste auch verletzt worden sein. Gem. § 22 KunstUrhG dürfen Bildnisse nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. Indem A Plakatwände mit Abbildung der M, ohne ihre Einwilligung, aufstellte, stellte er ihr Bildnis ohne ihre Einwilligung öffentlich zur Schau. Eine Ausnahme nach § 23 KunstUrhG kommt nicht in Betracht (s.o.). Das Schutzgesetz des § 22 KunstUrhG wurde somit verletzt.

⁷⁰ BGH NJW 1989, 974 (974); Wandt, Gesetzl. Schuldverhältnisse, § 17 Rn. 5.

⁷¹ Wandtke/Bullinger/Fricke, KUG § 22 Rn. 2.

⁷² BGH NJW 2015, 1174 (1174); Brox/Walker, Bes. Schuldrecht, § 46 Rn. 3.

⁷³ Dreier/Schulze/Specht, KUG § 22 Rn. 1.

III. Rechtswidrigkeit

A müsste rechtswidrig gehandelt haben. Die Verletzung des Schutzgesetzes indiziert die Rechtswidrigkeit, die bei Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes entfällt.⁷⁴ Mangels Rechtfertigungsgründen handelte A rechtswidrig.

IV. Verschulden

A müsste ein Verschulden treffen. Laut Sachverhaltsangaben glaubte A irrtümlich und schuldlos, dass M mit der Abbildung auf den Plakatwänden als „Hundeliebhaberin“ einverstanden sei, sodass A die Einholung ihrer Einwilligung versäumte. A ist mithin entschuldigt, sodass A kein Verschulden trifft.

V. Ergebnis

M hat gegen A keinen Ersatzanspruch i.H.v. 10.000 € aus § 823 Abs. 2 i.V.m. § 22 KunstUrhG, der Lizenzgebühr, die sie für ihre Zustimmung zur Nutzung ihres Bildnisses in einem vergleichbaren Fall bekommt.

C. Anspruch der M gegen A aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2

M könnte gegen A einen Herausgabeanspruch i.H.v. 10.000 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 haben, der Lizenzgebühr, die sie für ihre Zustimmung zur Nutzung ihres Bildnisses in einem vergleichbaren Fall bekommt.

I. Etwas erlangt

Dann müsste A etwas erlangt haben. „Etwas“ ist jeder vermögenswerte Vorteil.⁷⁵ A stellte Plakatwände mit Abbildung der M nahe des Veranstaltungsorts auf, um Teilnehmer und Zuschauer für das Rennen anzulocken und Speisen sowie Getränke zu verkaufen. Somit nutzte A das Bildnis der M zu Werbezwecken. Fraglich ist, worin sein vermögenswerter Vorteil besteht. Eine Ansicht sieht einen vermögenswerten Vorteil in ersparten Aufwendungen für die unbefugte Nutzung.⁷⁶ Nach anderer Ansicht ist ein Nutzungsvorteil das erlangte Etwas.⁷⁷ Die erste Ansicht zieht die Prüfung des Vorliegens einer Bereicherung in den Tatbestand vor, obwohl diese erst auf Rechtsfolgenseite erfolgt.⁷⁸ Das erlangte Etwas nach § 812 Abs. 1 S. 1 und die Bereicherung i.S.d. § 818 sind aber strikt voneinander zu trennen.⁷⁹ Letztere

Ansicht ist überzeugender, sodass ihr hier gefolgt wird. Die Nutzung des Bildnisses der M zu Werbezwecken ist für A ein vermögenswerter Vorteil. A hat daher etwas erlangt.

II. In sonstiger Weise

A müsste etwas in sonstiger Weise erlangt haben. Das könnte ausgeschlossen sein, wenn M in die Nutzung ihres Bildnisses gegenüber A eingewilligt hätte. M willigte aber gerade nicht ein, sodass eine Leistung der M, mithin eine Leistungskondition aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 ausscheidet. Etwas in sonstiger Weise erlangt bedeutet, dass etwas nicht durch Leistung,⁸⁰ sondern durch einen Eingriff in den Zuweisungsgehalt einer Rechtsposition, die dem Konditionsgläubiger zusteht, erlangt wurde.⁸¹ Gem. § 22 KunstUrhG ist die öffentliche Zurschaustellung von Bildnissen nur mit Einwilligung des Abgebildeten, hier der M, erlaubt. Somit ist ihr allein dieses Recht zugewiesen. Indem A Plakatwände mit Abbildung der M, ohne ihre Einwilligung, zu Werbezwecken öffentlich aufstellte, verstieß er gegen § 22 KunstUrhG und griff damit in den Zuweisungsgehalt des APR der M, dem Recht am eigenen Bild, ein. Folglich erlangte A etwas in sonstiger Weise.

III. Auf Kosten eines anderen

Zudem müsste A etwas auf Kosten der M erlangt haben. Dazu müsste der Vorteil aus dem Vermögen des Konditionsgläubigers unmittelbar in das des Konditionsschuldners übergegangen sein.⁸² Hier erfolgte die Vermögensverschiebung nicht über ein drittes Vermögen, sondern unmittelbar von M auf A. M hätte aber der Verwendung ihres Bildnisses als Werbung für Hunderennen niemals zugestimmt, sodass sie auch keine Lizenzgebühr gezahlt bekommen hätte und ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 ausscheiden würde. Es ist jedoch belanglos, ob der Konditionsgläubiger Lizenzen für die Nutzung seines Bildnisses gegen Entgelt eingeräumt hätte oder hätte einräumen können⁸³ und ob ihm ein Vermögensnachteil entstanden ist.⁸⁴ Dass M der Verwendung ihres Bildnisses zu Werbezwecken niemals zugestimmt, sie keine Lizenzgebühr gezahlt bekommen hätte und ihr darüber hinaus kein Vermögensnachteil entstand, ist also unerheblich. Ein Anspruch

⁷⁴ HK-BGB/Staudinger, § 823 Rn. 152.

⁷⁵ BeckOK BGB/Wendehorst, 59. Ed. 1.8.2021, § 812 Rn. 132.

⁷⁶ BGH NJW 1985, 1952 (1953).

⁷⁷ Wandt, Gesetzl. Schuldverhältnisse, § 10 Rn. 5, 6.

⁷⁸ Wandt, Gesetzl. Schuldverhältnisse, § 10 Rn. 6.

⁷⁹ Wandt, Gesetzl. Schuldverhältnisse, § 10 Rn. 6.

⁸⁰ Brox/Walker, Bes. Schuldrecht, § 42 Rn. 5; Wandt, Gesetzl. Schuldverhältnisse, § 11 Rn. 8.

⁸¹ Brox/Walker, Bes. Schuldrecht, § 42 Rn. 5.

⁸² BGH NJW 2015, 229 (232); Palandt/Sprau, § 812 Rn. 43; BeckOK BGB/Wendehorst, 59. Ed. 1.8.2021, § 812 Rn. 134.

⁸³ BGH NJW 2007, 689 (690); Palandt/Sprau, § 812 Rn. 42.

⁸⁴ Brox/Walker, Bes. Schuldrecht, § 42 Rn. 6; Jauernig/Stadler, § 812 Rn. 58.

aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 ist weiterhin möglich. A erlangte demnach etwas auf Kosten der M.

IV. Ohne rechtlichen Grund

Schließlich müsste A etwas ohne rechtlichen Grund erlangt haben. Das wäre der Fall, wenn das Erlangte nach der Rechtsordnung einem anderen zusteht.⁸⁵ Jedoch kann sich ein Behaltensgrund aus Gesetz oder aus Vertrag ergeben.⁸⁶ Das Recht der öffentlichen Zurschaustellung von Bildnissen steht allein M zu (s.o.). Auch ist nicht ersichtlich, dass A durch Vertrag mit M oder durch Gesetz dazu befugt war, das Bildnis der M zu Werbezwecken zu nutzen. Damit liegt hier kein Behaltensgrund vor. A erlangte etwas ohne rechtlichen Grund.

V. Rechtsfolge

Grundsätzlich ist nach § 818 Abs. 1 das durch die Bereicherung Erlangte herauszugeben. Gem. § 818 Abs. 2 ist der Wert zu ersetzen, wenn die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich ist. Hier ist die Herausgabe der Nutzung des Bildnisses wegen der Beschaffenheit unmöglich. Daher hat A gem. § 818 Abs. 2 Wertersatz zu leisten. Die Höhe des Wertersatzes bemisst sich nach dem objektiven Wert des Erlangten,⁸⁷ hier also nach dem Betrag, den A bei Abschluss eines Lizenzvertrags für die Nutzung des Bildnisses der M an sie hätte zahlen müssen. Diese Lizenzgebühr hätte 10.000 € betragen. Daher hat A Wertersatz gem. § 818 Abs. 2 i.H.v. 10.000 € an M zu zahlen.

VI. Ergebnis

M hat gegen A einen Herausgabeanspruch i.H.v. 10.000 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, der Lizenzgebühr, die sie für ihre Zustimmung zur Nutzung ihres Bildnisses in einem vergleichbaren Fall bekommt.

Gesamtergebnis

C kann von A Ersatz der Tierarztkosten i.H.v. 5.000 € entweder aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 3, 241 Abs. 2, 276, 278 i.V.m. §§ 657, 661, aus § 831 Abs. 1 S. 1 oder § 823 Abs. 1 verlangen. M hat gegen A einen Herausgabeanspruch i.H.v. 10.000 €, der Lizenzgebühr, die sie für ihre Zustimmung zur Nutzung ihres Bildnisses in einem vergleichbaren Fall bekommt, aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2.

ANMERKUNGEN

Allgemein hält der/die Verfasser/in den Gutachtenstil konsequent ein. Die umfangreiche Verwertung von Rechtsprechung kompensiert die fehlende Verwendung von Artikeln aus Fachzeitschriften.

Im ersten Teil gelingt die Schwerpunktsetzung, mit Ausnahme der atypischen Verletzungsgefahr durch Maulwurflöcher statt Verwüstungen durch Wildschweine sowie der potenziellen Mithaftung der C als Tierhalterin aus Gefährdungshaftung im Rahmen des Mitverschuldens, stets.

Im zweiten Teil verkennt der/die Verfasser/in jedoch, dass M der Verwendung ihres Bildes nicht zugestimmt hätte. Zudem fällt die Prüfung des § 23 KUG zu kurz aus. Die Rechtsfolge hingegen hätte etwas knapper behandelt werden können.

Insgesamt handelt es sich aber um eine erheblich über den durchschnittlichen Anforderungen liegende Leistung. Die vorliegende Hausarbeit wird daher mit 15 Punkten bewertet.

⁸⁵ Brox/Walker, Bes. Schuldrecht, § 42 Rn. 7.

⁸⁶ Wandt, Gesetzl. Schuldverhältnisse, § 11 Rn. 18.

⁸⁷ HK-BGB/Wiese, § 818 Rn. 8.

Der lange Weg des Jurastudiums – Mut zu einem eigenen Weg und motiviert studieren

Long Bui, M. Iur.

Der Autor ist Doktorand an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und Wiss. Mitarbeiter sowie Dozent bei Alpmann Schmidt Juristische Lehrgänge Verlagsgesellschaft mbH & Co KG, Münster. Im Rahmen seiner Tätigkeiten bereitet er Jurastudentinnen und -studenten auf ihre Examina im Strafrecht vor.

A. Einleitung

2020 haben 9028 Studenten¹ nach durchschnittlich 10,8 Semestern die Erste Juristische Prüfung erfolgreich bestanden.² Statistisch dauert das Jurastudium also mehr als fünf Jahre – ein langer Weg, um in der klassischen Juristenausbildung den ersten Abschluss zu erreichen.

Während viele Studiengänge verschult sind (z.B. mit Labor, Versuchsprotokollen, Pflichtabgaben usw.), bietet das Jurastudium ein enormes Maß an Flexibilität und Freiheit. Doch die Kehrseite der Medaille ist, dass hierdurch viel Eigeninitiative und -planung erforderlich ist. Schnell stellt sich die *Frage nach dem richtigen Weg für das Jurastudium*. Hierfür schauen viele Studenten zunächst nach links und rechts: „Wie machen es Kommilitonen? Wie machen es ältere Studenten? Was sagt Professor XY, wie man Jura studieren sollte?“ Zum Glück gibt es mittlerweile zahlreiche Erfahrungsberichte und Wegweiser, die wissen... oder eher von sich überzeugt sind, zu wissen, welcher der richtige Weg ist. Letzteres mag sich zwar gemein anhören, soll es aber gar nicht sein. Es ist nur ein Hinweis, dass nicht jede erfolgreiche Methode einer Person zwingend zu einer anderen Person passt. Also was nun? Wie kann man seinen eigenen Weg durch das Jurastudium finden und wie bleibt man auf diesem langen und hartem Weg möglichst motiviert?

B. Mut zu einem eigenen Weg

I. Erfahrungen von anderen als Orientierung und Inspiration

Es ist sicherlich nicht verkehrt, sich bestimmte Dinge abzugucken oder um Rat zu fragen – ganz im Gegenteil: Tipps und Tricks können sehr dankbar sein, denn nicht alles lässt sich (sofort) auf eigene Faust herausfinden. Wichtig ist jedoch, Erfahrungen auf die Kompatibilität mit sich selbst zu überprüfen und sich nicht in Muster und Methoden drängen zu lassen, die man nur nutzt, da andere sie nutzen. Manche Studenten lösen konkrete Fälle zur Wiederholung, andere sind vielleicht eher ein abstrakter Lerntyp. Einige

lernen mit einer großen Menge selbst geschriebener Karteikarten, während andere mit Schemata oder Übersichten deutlich besser zurechtkommen. Differenzen gibt es auch wenn Studenten auf der einen Seite Streitstände und Detailwissen auswendig lernen, während auf der anderen Seite ein erfolgreich angeeignetes, intuitives Systemverständnis genutzt wird. Erfahrungen von anderen können also als Orientierung und Inspirationen dienen, sollten aber nicht mehr als das sein. Es scheint also sinnvoll zu sein, verschiedene Lernmethoden auszuprobieren und aus den Erfahrungen *ehrliche* Schlüsse zu ziehen, um das zu finden, *was persönlich zu einem selbst passt*. Auch wenn dieser Ratschlag nicht immer einfach umzusetzen ist, sollte es auch im Kern egal sein, wie andere etwas machen oder wie sie über eine Herangehensweise denken. Es geht schließlich um das eigene Studium, *die eigenen Ziele und die eigene Zukunft*.

II. Anekdoten über einen Professor und mich

All das Gesagte geht leicht über die Lippen, doch um zu zeigen, dass eigene Wege im Jurastudium tatsächlich funktionieren, weihe ich euch in die folgenden beiden Anekdoten über einen Professor und mich ein.

1. „Wie sieht mein Sachenrecht-Professor aus?“

Da ich im Laufe der Zwischenprüfung festgestellt habe, dass die meisten Vorlesungen nichts für mich sind, habe ich mich größtenteils nur mit Arbeitsgemeinschaften, Büchern, Fällen und Folien auf die Semesterabschlussklausuren vorbereitet – nicht mehr und nicht weniger als das. Wäre ich in einer hypothetischen Bilderfrage in meiner Sachenrecht-Klausur gefragt worden, wie mein Sachenrechts-Professor aussieht, wäre ich wahrscheinlich verzweifelt und hätte die richtige Antwort nur mit viel Glück erraten können. Da dies kein Bestandteil der Klausur war, hat sich meine Abwesenheit in der Sachenrecht-Vorlesung jedoch nicht gerächt – ganz im Gegenteil: Es war meine (notentechnisch) beste Klausur im Wintersemester 2017/2018.

¹ Zur besseren Lesbarkeit wird die männliche Form verwendet, mit der alle Geschlechter angesprochen sind („generisches Maskulinum“).

² Zur Ausbildungsstatistik des Bundesamts für Justiz s. https://www.bundesjustizamt.de/SharedDocs/Downloads/DE/Justizstatistiken/Juristenausbildung_2020.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (Abruf v. 16.06.2023).

Bevor mein Vorgehen für die Sachenrecht-Klausur (z.B. von Professoren/Dozenten) kritisiert wird, sei gesagt, dass das (Jura-)Studium doch genau diese Freiheit ermöglicht und es sich bei den Studenten – in aller Regel – um mündige Erwachsene handelt, die über ihren Weg eigenständig entscheiden können und auch sollten. Am Ende zählt das Ergebnis und der Erfolg spricht für sich.

2. Mit Wagner, Wein und (Lehrbuch-)Wissen zum erfolgreichen Examen

Dass die ungewöhnlichsten Wege manchmal am besten zum Ziel führen, zeigt sich auch anhand einer Anekdote meines ehemaligen BGB AT-Professors. So wurde ich bei einem Seminar von diesem mit Verwundern gefragt, was denn die Aufgabe eines Repetitors sei. Nachdem ich ihm dies dargelegt habe, musste ich – ebenso voller Erstaunen – fragen, wie er sich denn auf sein Examen vorbereitet habe, vor allem weil der Gang zum Repetitor früher fast unausweichlich gewesen sei. Er entgegnete mir (vollen Ernstes!), dass er zur Examensvorbereitung weder universitäre noch kommerzielle Kurse besucht habe, sondern er sich tagtäglich auf sein Sofa legte und zu Schallplatten von Richard Wagner und gutem Rotwein reihenweise Lehrbücher verschlang. Was aus ihm geworden ist? Ein einzigartiger und beeindruckender Rechtswissenschaftler, der als mein erster Professor an der Universität in Erinnerung bleibt und bei mir und vielen anderen sofort eine Leidenschaft für Jura wecken konnte.³

3. Erkenntnis dieser Anekdoten

Was zeigen diese beiden Anekdoten? Dass es, wie bereits angesprochen, nicht „den einen richtigen Weg“ gibt, um erfolgreich Jura zu studieren. Derjenige, der aktiv auf seine eigenen Stärken und Bedürfnisse eingeht und nicht sich an das Studium, sondern eher das Studium an sich anpasst, wird aller Voraussicht nach einen für sich richtigen Weg finden. Weniger zielführend ist es, einfach blind der Masse hinterherzulaufen und gedankenlos etwas auf eine bestimmte Art und Weise zu lernen, nur „weil es alle es so machen“.

C. Motiviert studieren

Wenn nun der passende, individuelle Weg gefunden wurde, gilt es weiter, ihn auch zu Ende zu gehen. Doch ohne Motivation wird der lange Weg des Jurastudiums ein harter

Weg – härter als er sowieso schon ist und auch härter als er sein müsste. Um motiviert zu bleiben, können – ohne Vollständigkeitsanspruch – folgende Tipps behilflich sein.

I. Ziele setzen und verfolgen!

Mit Ziel fährt es sich besser als ohne Ziel, denn Zielvorgaben können motivierend sein.⁴ Damit die Ziele im Jura-Studium aber nicht so enden wie die meisten Neujahrsvorsätze, sollten sie spezifisch, messbar, realistisch und zeitlich begrenzt sein. Ein denkbare Beispiel wäre, jeden Tag des Klausurmonats 10 Strafrecht-Karteikarten lesen. Eine solche Vorgabe eignet sich in vielen Fällen besser als ein abstrakt gehaltenes Ziel à la „Rechtzeitig Strafrecht lernen“. Ein Vorteil von messbaren (auch Zwischen-)Zielen ist, dass man sie abhaken und sich vergewissern kann, wie viel man bereits geschafft hat. Sichtbare Fortschritte können gut dazu beitragen, die Motivation aufrecht zu erhalten.

II. Nach dem „Warum“ fragen!

Es mag zwar eine banale Frage sein, aber jeder sollte sich fragen „warum“ er eigentlich Jura studiert. Anders gesagt: Warum wollt ihr genau das erreichen, was ihr euch als Ziel vorgenommen habt? Viel zu oft lassen sich Menschen von gesellschaftlichen Konventionen und Erwartungen anderer leiten, obwohl es sich um das eigene Leben handelt. Bei einem so langen Studium wie dem juristischen ist es aber besonders wichtig, sich zu vergegenwärtigen, „warum“ man diese Strapazen auf sich nimmt. Mit einer gefestigten inneren Motivation wird der Weg zum Ziel einfacher. Hierbei ist es möglich, dass sich das „Warum“ im Laufe der Zeit ändert – Beispiel: Zu Beginn meines Studiums wollte ich gerne Politiker oder Richter werden, aber seit der Examensvorbereitung neige ich mehr zum Anwaltsberuf. Selbst dieser Wunsch kann sich aber künftig wieder ändern. Maßgeblich ist auch weniger, welches Ziel man hat, sondern mehr, dass man überhaupt Ziele hat, nach welchen man streben kann. Egal ob aus ihnen etwas wird, oder ob sie sich mit der Zeit ändern – ihr dürft/sollt für den Moment träumen und nach den Sternen greifen!

III. Die Ziele und das „Warum“ visualisieren!

Aus den Augen aus den Sinnen. Viele Ziele werden aufgegeben, weil sie aus dem Bewusstsein verschwinden. Hiergegen hilft es, die Ziele und das „Warum“ zu visualisieren. Das kann in den unterschiedlichsten Formen passieren.

³ Um den Anschein einer Glorifizierung von Alkohol zu vermeiden, soll dazu gesagt sein, dass dieser Professor keinen Alkohol mehr trinkt und seine frühere Sucht aus Präventionsgründen publik gemacht hat.

⁴ Feldstudie zur motivierenden Wirkung von Zielvorgaben, s. https://homepage.coll.mpg.de/pdf_dat/2012_19online.pdf (Abruf v. 16.06.2023).

Während der Examensvorbereitung waren etwa in meinem Internetbrowser immer Tabs mit meinen späteren Wunscharbeitgebern geöffnet, damit ich ihnen täglich „aus Versehen“ über den Weg laufe. Gleiches funktioniert auch mit anderen Dingen wie z.B. dem nächsten Urlaub, der nächsten Party, dem Datum der letzten Semesterabschluss-/Examensklausur oder einem ganzen Board an Life Goals. Der Kreativität sind bei der Visualisierung keinerlei Grenzen gesetzt; aber bitte Vorsicht vor einem zu starken Druck!

IV. Geteiltes Leid ist halbes Leid.

Abschließend möchte ich nicht unerwähnt lassen, dass schwierige Aufgaben sich für viele (aber nicht alle!) angenehmer im Team bewältigen lassen. Am Ende muss zwar jeder die Klausuren oder das Examen selbst schaffen, aber in der Vorbereitung kann es motivieren und helfen, sich mit anderen auszutauschen, gemeinsam zu lernen und sich zu unterstützen. Vor allem wenn es auf die besonders schwierigen Phasen des Studiums zugeht, haben die Leidensgenossen oft das größte Verständnis – getreu danach, wie ich mich und meine damalige Rep-AG beschreiben würde: *„Wir haben zusammen gelernt, gelacht und gelitten – geteiltes Leid ist halbes Leid.“*

D. Zusammenfassung

Bei einem so langen und harten Studium, wie es in Jura der Fall ist, gibt es unterschiedliche Wege, um am Ende ans Ziel zu gelangen. Ein richtig oder falsch gibt es nicht. Dennoch machen viele den Fehler, einen vermeintlich „besten“ Weg zu wählen, der gar nicht zu ihnen passt – oft, weil „alle es so machen“ oder „weil es schon immer so gemacht wurde“. Hier gilt es, Mut für einen eigenen Weg zu haben, denn am Ende weiß jeder nur selbst, was gut und was nicht gut für einen ist – daher ein abschließender Appell: Habt ihr euren eignen Weg gefunden, müsst ihr ihn „nur“ noch bestreiten. Um auf dem Weg motiviert zu bleiben, bietet es sich an, vernünftige Ziele zu setzen, nach dem persönlichen „Warum“ zu fragen, beides zu visualisieren und Herausforderungen nicht allein, sondern gemeinsam zu bewältigen. So kann das Studium auch über die lange Zeit gut gelingen.



Jetzt kostenlos testen!

Unser Lesetipp für dich: MkG – Mit kollegialen Grüßen

Das kostenlose Fachinfo-Magazin von erfahrenen Praktikern für junge Juristinnen und Juristen

www.schweitzer-online.de/info/MkG/



Aktuelle Fachzeitschriften und Datenbanken kostenlos testen!

8 Gutscheine pro Heft. Aus diesen beiden Themen kannst du wählen:

- Jura-Studium
- Berufseinsteiger

Fordere am besten gleich deine gewünschten Gutscheinhefte an:
c.kaeder@schweitzer-online.de | Stichwort: HanLR2023

Schweitzer Fachinformationen | Hannover

Tel. 0511 357277-0 | hannover@schweitzer-online.de

Fachbuchhandlung: Volgersweg 4a | 30175 Hannover

Öffnungszeiten: Montag bis Freitag 09 – 16 Uhr

Der Schweitzer Webshop:
www.schweitzer-online.de

schweitzer
Fachinformationen



HANOVER LAW REVIEW