

Editorial

**Chefredaktion &
Vorstand**

Vorstellung des Wissenschaftlichen Beirates

Lernbeitrag

Kent Wilke

**Der Fräsmaschinenfall: Korrektur um jeden
Preis?**

Entscheidungen

**Anna Engel &
Yael Prantl**

**Containern als Diebstahl - BayObLG 206
StRR 1013/19, 206 StRR 1015/19**

Lea Köhne

**Betreten eines Abgeordnetenbüros
- BVerfG 2 BvE 2/19**

Patricia Meinking

**Auskunftsanspruch des durch anonyme
Samenspende gezeugten Kindes
- BGH XII ZR 71/18**

Studienpraxis & Fallbearbeitung

Sebastian Hielscher

**Kurzarbeit in der Übung für Fortgeschrittene
im Öffentlichen Recht, 17 Punkte**

Marie Judel

**Klausur im Grundkurs Strafrecht III,
16 Punkte**

Aron Rössig

**Klausur in der Übung für Fortgeschrittene im
Strafrecht, 14 Punkte**

Varia

Jari Kohne

**„Sie zahlen nur im Erfolgsfall!“ – Heraus-
forderungen bei der Regulierung von Legal
Tech-Dienstleistungen**

Johanna Lange

Stressfrei durch die Zwischenprüfung

Seiten 39 bis 44

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, 1 Han LR 2021, Anfangsseite (Fundstellenseite)

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

KONZEPT, SATZ & DESIGN

Dr. Tim Brockmann
Finja Maasjost

REDAKTION

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

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Redaktion:

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

KONTAKT

redaktion@hanoverlawreview.de

HANOVER LAW REVIEW

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

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

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

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

Einsendungen, Beiträge und Interessensbekundungen sind ausdrücklich erbeten.

- Die Redaktion

UNTERSTÜTZERINNEN UND UNTERSTÜTZER

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

Prof. Dr. Susanne Beck, LL.M.,
Prof. Dr. Hermann Butzer,
Ass. Jur. David Faber, LL.M.,
Dr. Sven Hasenstab,
Prof. Dr. Veith Mehde,
PD Dr. Erol Pohlreich,
Prof. Dr. Timo Rademacher, M.Jur.,
Prof. Dr. Christian Wolf,
Prof. Dr. Sascha Ziemann,
Kanzlei Pfeiffer • von der Heyde und
KSB INTAX v. Bismarck PartGmbB

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

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

Vorstellung des Wissenschaftlichen Beirates

Das Editorial der Ausgabe 01/2022 wollen wir nutzen, um Euch unseren neuen Wissenschaftlichen Beirat vorzustellen. Dieser wird uns künftig bei der Beurteilung der Ausbildungsrelevanz sowie der inhaltlichen Richtigkeit einzelner Beiträge zur Seite stehen und so eine erhöhte wissenschaftliche Kreditibilität unserer Zeitschrift ermöglichen. Der Beirat gliedert sich, wie auch unsere Redaktionen, in die drei Hauptgebiete Öffentliches Recht, Strafrecht und Zivilrecht.

Herzlicher Dank gebührt folgenden Professoren unserer Fakultät, die sich bereit erklärt haben, unser Projekt zu unterstützen:

Öffentliches Recht



© Peter Himself | Die Junge Akademie

Prof. Dr. Timo Rademacher,
M.Jur (Oxford)

Strafrecht



© Juristische Fakultät

Prof. Dr. Sascha Ziemann

Zivilrecht



© Juristische Fakultät

Prof. Dr. Christian Wolf

LERNBEITRAG

stud. iur. Kent Wilke	Der Fräsmaschinenfall: Korrektur um jeden Preis?	Seiten 1 bis 16
------------------------------	--	------------------------

ENTSCHEIDUNGEN

stud. iur. Anna Engel & stud. iur. Yael Prantl	Containern als Diebstahl - BayObLG 206 StRR 1013/19, 206 StRR 1015/19	Seiten 17 bis 23
stud. iur. Lea Köhne	Betreten eines Abgeordnetenbüros - BVerfG 2 BvE 2/19	Seiten 24 bis 32
Dipl. Jur. Patricia Meinking	Auskunftsanspruch des durch anonyme Samenspende gezeugten Kindes - BGH XII ZR 71/18	Seiten 33 bis 38

KURZ & KNAPP

Ass. Jur. David Faber, LL.M.	Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht - 1/2022	Seiten 39 bis 40
Prof. Dr. Sascha Ziemann & cand. iur. Ebru Horos	Rechtsprechungsübersicht Strafrecht - 1/2022	Seiten 41 bis 42
Prof. Dr. Hermann Butzer & cand. iur. Daniel Müller	Rechtsprechungsübersicht Öffentliches Recht - 1/2022	Seiten 43 bis 44

STUDIENPRAXIS & FALLBEARBEITUNG

stud. iur. Sebastian Hielscher	Klausur in der Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht, 17 Punkte	Seiten 47 bis 52
stud. iur. Marie Judel	Klausur im Grundkurs Strafrecht III, 16 Punkte	Seiten 53 bis 57
stud. iur. Aron Rössig	Klausur in der Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht Grundkurs Strafrecht I, 15 Punkte	Seiten 58 bis 63

VARIA

stud. iur. Jari Kohne	„Sie zahlen nur im Erfolgsfall!“ – Herausforderungen bei der Regulierung von Legal Tech-Dienstleistungen	Seiten 64 bis 68
stud. iur. Johanna Lange	Stressfrei durch die Zwischenprüfung	Seiten 69 bis 71

Der Fräsmaschinenfall: Korrektur um jeden Preis?

stud. iur. Kent Wilke

Der Autor ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Sozialrecht an der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover (Prof. Dr. Butzer).

A. Einleitung

Der gutgläubige Erwerb von Eigentum ist schon etwas Außergewöhnliches im System der Rechtsübertragung: Jemand, der ein Recht nicht hat, kann zum Nachteil des eigentlich Berechtigten einem anderen zu genau diesem Recht verhelfen. Der römische Rechtsgrundsatz *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*¹ wird also durch das Rechtsinstitut des gutgläubigen Erwerbs durchbrochen.² Dass dies erkennbar gegen das Rechtsbeharrungsinteresse³ des ursprünglichen Eigentümers⁴ geht, ist einleuchtend.⁵ Er verliert sein Eigentum an der Sache und ist grundsätzlich darauf beschränkt den – möglicherweise nicht liquiden – Nichtberechtigten in Regress zu nehmen.⁶ Würde es jedoch an diesem oft hart kritisierten⁷ Rechtsinstitut mangeln, so würde die Verkehrssicherheit massiv leiden.⁸ Um die Individual- und Verkehrsinteressen auszugleichen, unterliegt das Rechtsinstitut im Mobiliarsachenrecht verschiedenen Restriktionen: Der gute Glaube des Erwerbers muss sich auf die Eigentümerstellung des Veräußerers beziehen. Anknüpfungspunkt für den Rechtsschein der Eigentümerschaft ist dabei der Besitz an der betreffenden

Sache, sog. Rechtsscheinträgerprinzip, vgl. § 1006 BGB.⁹ Dieser zugunsten des Veräußerers wirkende Rechtsschein muss grundsätzlich vom Eigentümer veranlasst worden sein, sog. Veranlasserprinzip, vgl. § 935 Abs. 1 BGB,¹⁰ so dass er auch ohne Verschulden im engeren Sinne normativ das Risiko des Eigentumsverlustes zu tragen hat, sog. Risikoprinzip.^{11,12}

Der BGH wurde 1968 im sog. Fräsmaschinenfall¹³ in dieses Minenfeld an Individual- und Verkehrsinteressen geschickt. Da der Fall fortgeschrittenes Wissen im Mobiliarsachenrecht verlangt, einen quer durch die Übereignungstatbestände der §§ 929ff. BGB jagt und sogar eine kleine Falle im Allgemeinen Teil des BGB parat hält, eignet sich der Fräsmaschinenfall bzw. seine Abwandlungen exzellent für Prüfungen in Universität und Examen. Darüber hinaus wirft der Fall interessante Fragen zu den Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung im Spannungsfeld der Gewaltenteilung auf.

Dieser Lernbeitrag soll Studierenden dabei helfen, einen Durchblick in Bezug auf die komplizierte Personenkonstellation zu gewinnen und ihr Verständnis für das Mobiliarsachenrecht zu verbessern. Ferner soll ein Beitrag

¹ „Niemand kann mehr Recht übertragen, als er selbst hat“.

² Vgl. Baur/Stürmer, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 52 Rn. 1; Oechsler in: Limperg/Oetker/Rixecker/Säcker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. 2020, § 932 Rn. 1; Penner, Zur Inkongruenz der §§ 933, 934 BGB, 2006, S. 1; Vieweg/Werner, Sachenrecht, 8. Aufl. 2018, § 5 Rn. 1; Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 46 Rn. 15; Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 10 Rn. 1.

³ Oechsler in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 932 Rn. 3; Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 5 Rn. 2; Westermann/Gursky/Eickmann, SachenR (Fn. 2), § 45 Rn. 15.

⁴ Zur besseren Lesbarkeit wird das generische Maskulinum verwendet, mit dem alle Geschlechter angesprochen sein sollen.

⁵ Zur verfassungsrechtlichen Dimension des gutgläubigen Erwerbs: Hager, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, 1990, S. 9ff.; Peters, Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb, 1991, S. 17ff.; siehe auch D.II.2.b); Wilhelm, Sachenrecht, 7. Aufl. 2021, Rn. 917 Fn. 1616 spricht polemisch von „Grundgesetz Hysterie“.

⁶ Zu den Ansprüchen des ursprünglichen Eigentümers gegen den Erwerber sowie den Nichtberechtigten: C. Heinze in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neub. 2020, § 932 Rn. 111 f.; Peters (Fn. 5), S. 91ff.; Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 5 Rn. 50; Wieling/Finkenauer, SachenR (Fn. 2), § 10 Rn. 39.

⁷ Binding, Die Ungerechtigkeit des Eigentums-Erwerbers vom Nicht-Eigentümer nach BGB § 932 und § 935 und ihre Reduktion auf das kleinstmögliche Maß, 1908; Peters (Fn. 5), S. 39 spricht davon, dass der Verlust des Eigentums nach §§ 932ff. BGB „sachlich einer Enteignung [...] nahe“ käme; vgl. auch C. Heinze in: Staudinger (Fn. 6), Vorbem. zu §§ 932ff. Rn. 28ff. mwN.

⁸ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band III, 1888, S. 344; C. Heinze in: Staudinger (Fn. 6), Vorbem. zu §§ 932ff. Rn. 3a; Oechsler in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 932 Rn. 1; Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 5 Rn. 2.

⁹ C. Heinze in: Staudinger (Fn. 6), Vorbem. zu §§ 932ff. Rn. 8f.; Oechsler in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 932 Rn. 5; Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 5 Rn. 2.

¹⁰ Oechsler in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 932 Rn. 7; Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 5 Rn. 2; Westermann, Die Grundlagen des Gutglaubensschutzes, JuS 1963, 1 (7).

¹¹ C. Heinze in: Staudinger (Fn. 6), Vorbem. zu §§ 932ff. Rn. 23; Oechsler in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 932 Rn. 7; Westermann/Gursky/Eickmann, SachenR (Fn. 2), § 45 Rn. 10.

¹² Zu den verschiedenen Zurechnungsprinzipien grundlegend: Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1981, S. 473ff.

¹³ BGHZ 50, 45 = NJW 1968, 1382.

zur Diskussion¹⁴ um die Anwendung des § 139 BGB in dieser Fallkonstellation geleistet werden, die in der Literatur und Rechtsprechung zumeist sehr kurz ausfällt.

B. Sachverhalt¹⁵

V verkauft K unter Eigentumsvorbehalt eine Fräsmaschine. Da K knapp bei Kasse ist, schließt er zudem mit der D-Bank einen Darlehensvertrag ab. Zu deren Sicherung wird Folgendes vereinbart: K soll im Besitz der Fräsmaschine bleiben, damit dieser weiterhin seinem Erwerb nachgehen kann. Das Eigentum an der Maschine soll hingegen auf die D-Bank übergehen, solange K das Darlehen noch nicht zurückgezahlt hat. Dabei klärt K die D-Bank nicht über den mit V verabredeten Eigentumsvorbehalt auf.

K kann das Darlehen, aufgrund seiner prekären finanziellen Situation, nach Fälligkeit nicht an die D-Bank zurückzahlen. Die D-Bank tritt anschließend ihre Ansprüche gegen K an die gutgläubige E-Bank ab. Dabei soll auch das Eigentum an der Fräsmaschine an diese übergehen. Die D-Bank teilt K diesen Umstand mit. K zahlt im Anschluss weiterhin seine Raten an V und kommt auch den Anweisungen der E-Bank nach. Nach einiger Zeit erfährt V, dessen Kaufpreisforderung immer noch nicht von K beglichen wurde und der den Kaufvertrag wirksam gekündigt hat, von den Vorgängen. Mittlerweile hat die E-Bank, deren Darlehensrückzahlungsanspruch auch noch nicht befriedigt wurde, die Fräsmaschine eingezogen.

Fallfrage: Kann V von der E-Bank die Herausgabe der Fräsmaschine verlangen?

C. Problemendarstellung

Wenn V Eigentümer der Fräsmaschine ist, kann er den Vindikationsanspruch aus § 985 BGB gegenüber der E-Bank geltend machen. Diese hätte als unmittelbare Besitzerin der Fräsmaschine gegenüber V weder ein absolut wirkendes noch ein relatives Besitzrecht iSd. § 986 BGB.

Folglich gewinnt die Frage der Eigentümerschaft entscheidende Bedeutung.

Nach der Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB ist davon auszugehen, dass V bei Übergabe der Fräsmaschine an K Eigentümer war. Jedoch ist fraglich, ob er im Verlauf der Vorgänge eben dieses Eigentum verloren hat. Insbesondere ein gutgläubiger Erwerb nach den Vorschriften der §§ 932ff. BGB kommt in Betracht.

Für einen Erwerb nach den §§ 932ff. BGB ist neben der dinglichen Einigung allgemein erforderlich, dass (1) Anwendbarkeit der Normen besteht, (2) ein vertrauenssetzender Tatbestand erfüllt ist (sog. Rechtsscheintatbestand), (3) in diesen Tatbestand auf Seiten des Erwerbers guter Glaube besteht und (4) die Sache nicht abhandengekommen ist.¹⁶

Das Problem des Falles besteht primär in der Auslegung des Rechtsscheintatbestandes des § 934 Alt. 1 BGB im systematischen Zusammenhang zu den anderen Erwerbsstatbeständen der §§ 932ff. BGB. Somit ist zunächst eine systematische Betrachtung der Rechtsscheintatbestände der §§ 932ff. BGB erforderlich.

I. System des Eigentumserwerbs vom Nichtberechtigten, §§ 932ff. BGB

1. Tatsächliches Element „Übergabe“ als Rechtscheinträger

Nach den Erwerbsstatbeständen des § 932 Abs. 1 S. 1 BGB sowie § 933 BGB ist der vertrauenssetzende Tatbestand in der Übergabe der Sache zu sehen.¹⁷ Eine Übergabe ist im Wesentlichen die Aufgabe jeglichen Besitzrestes auf Seiten des Veräußerers zugunsten des Erwerbers.¹⁸ Nach dem Wortlaut und der Beziehung der Übergabe zu ihren Surrogaten in den §§ 930, 931 BGB muss der Erwerber grundsätzlich den unmittelbaren Besitz vom Veräußerer erlangen.¹⁹ Die Verschaffung des mittelbaren Besitzes kann aber auch ausreichend sein, wenn ein Besitzmittler auf Erwerberseite eingeschaltet wird und dieser die unmittelbare

¹⁴ BGHZ 50, 45 (48) = NJW 1968, 1382 (1383) geht nicht auf die Frage der Anwendbarkeit des § 139 BGB ein; Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 4 Rn. 46 sprechen zum einen von der Geschäftseinheit von Einigung und Besitzkonstitut, aber beziehen im nächsten Satz die Übergabe in diese ein und verneinen eine Anwendbarkeit des § 139 BGB; Weber, Gutgläubiger Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen gemäß §§ 932 ff. BGB, JuS 1999, 1 (3) und Lange, Eigentumserwerb im Falle des § 934 Halbs. 1 BGB – BGHZ 50, 45, JuS 1969, 162 (163) widmen sich dem Problem auch sehr kurz; Enneccerus/Kipp/Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts – Das Sachenrecht, 9. Aufl. 1932, S. 221 Fn. 17 und Wolff/Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, S. 255 Fn. 18 kommen sogar ohne Begründung aus; Lichtblick jedoch: Hager (Fn. 5), S. 332ff. und Michalski, Versuch einer Korrektur der Inkongruenz von § 933 und § 934 BGB, AcP 181 (1981), 384 (388ff.).

¹⁵ Sachverhalt vereinfacht nach: BGHZ 50, 45 = NJW 1968, 1382. Vgl. zur gutachterlichen Falllösung auch: Gursky, Klausurenkurs im Sachenrecht, 12. Aufl. 2008, S. 82ff.; Lange/Schiemann, Fälle zum Sachenrecht, 6. Aufl. 2008, S. 55ff.; Schwabe, Sachenrecht, 14. Aufl. 2021, S. 99ff.; Vieweg/Röthel, Fälle zum Sachenrecht, 4. Aufl. 2017, S. 77ff.

¹⁶ Vgl. Baur/Stürner, SachenR (Fn. 2), § 52 Rn. 2; Tiedtke, Gutgläubiger Erwerb, 1985, S. 1f.; Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 5 Rn. 6f.

¹⁷ Vgl. Verweis des § 932 Abs. 1 S. 1 BGB auf § 929 BGB und den Wortlaut des § 933 BGB: „übergibt“; siehe auch Baur/Stürner, SachenR (Fn. 2), § 52 Rn. 13ff.; Penner (Fn. 2), S. 22; Westermann/Gursky/Eickmann, SachenR (Fn. 2), § 47 Rn. 1, § 48 Rn. 1f.

¹⁸ Baur/Stürner, SachenR (Fn. 2), § 51 Rn. 12; C. Heinze in: Staudinger (Fn. 6), § 929 Rn. 61; Michalski (Fn. 15), AcP 181 (1981), 384 (385); Tiedtke (Fn. 16), S. 9; Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 4 Rn. 22; Wieling/Finkenauer, SachenR (Fn. 2), § 9 Rn. 5.

¹⁹ Baur/Stürner, SachenR (Fn. 2), § 51 Rn. 12; C. Heinze in: Staudinger (Fn. 6), § 929 Rn. 63; Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 4 Rn. 21.

Sachherrschaft nach § 854 BGB erlangt.²⁰ Maßgeblich ist also für die Erwerbstatbestände des § 932 Abs. 1 S. 1 BGB sowie des § 933 BGB, dass eine Verlagerung der Sache vom Sachherrschaftsbereich des Veräußerers in den Sachherrschaftsbereich des Erwerbers stattfinden muss („von Hand zu Hand“²¹), die nach außen erkennbar gewollt ist.²² Diese Fähigkeit weist den Veräußerer – anknüpfend an die Eigentumsvermutung des § 1006 BGB – nicht nur als tatsächlichen Herrscher, sondern auch als rechtlichen Herrscher der Sache aus, sog. Besitzverschaffungsmacht.²³ Ein ähnliches Bild zeichnet sich bei § 932 Abs. 1 S. 2 BGB ab, bei dem die Übergabe zeitlich vor der Einigung erfolgt,²⁴ sowie bei § 934 Alt. 2 BGB, bei dem der Vertrauensschutz durch die Übergabe der Sache durch den angezeigten vermeintlich besitzmittelnden Dritten ausgelöst wird.²⁵

2. § 934 Alt. 1 BGB als „the odd one out“

Im Fall des § 934 Alt. 1 BGB ist es für den vertrauenssetzenden Tatbestand nach dem Wortlaut ausreichend, dass der mittelbar besitzende Veräußerer seinen Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer an den Erwerber abtritt. Dieser Tatbestand ist damit im Kontext des Gutgläubenserwerbs nach seinem Wortlaut außergewöhnlich:

Es findet keine tatsächliche „Verschiebung“ der Sache statt, sondern der Herrschaftsbereich des Erwerbers wird durch die Abtretung des Herausgabeanspruches rechtsgeschäftlich erweitert.²⁶ Insofern gibt es einen Besitzwechsel ohne Wechsel in der tatsächlichen Sachherrschaft.²⁷

Damit ist § 934 Alt. 1 BGB der einzige Erwerbstatbestand der §§ 932ff. BGB, der die Verschaffung des mittelbaren Besitzes ohne Wechsel des unmittelbaren Besitzers für den vertrauensbildenden Tatbestand genügen lässt.²⁸

II. Konsequenz für die Fallkonstellation

Die verblüffenden Konsequenzen dieses außergewöhnlichen – oder auch von einer Vielzahl von Autoren als systemwidrig wahrgenommenen²⁹ – Tatbestandes zeigen sich im oben dargestellten Sachverhalt besonders:

1. Situation in der ersten Phase (V – K)

Die dingliche Einigung zwischen V und K hinsichtlich der Fräsmaschine im Rahmen des Erwerbstatbestandes des § 929 S. 1 BGB stand unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung, sog. Eigentumsvorbehalt, vgl. § 449 Abs. 1 BGB. K hat nie den vollständigen Kaufpreis an V gezahlt, sodass der Vorbehalt nie ausgeräumt wurde und das Eigentum an der Fräsmaschine zunächst bei V verblieben ist, vgl. § 158 Abs. 1 BGB. In der ersten Phase konnte V also sein Eigentum behaupten.

2. Situation in der zweiten Phase (K – D)

Mangels Berechtigung konnte K die Fräsmaschine nicht im Rahmen der Sicherungsabrede nach § 930 BGB an die D-Bank auflösend bedingt übereignen, sog. Sicherungsübereignung, vgl. § 158 Abs. 2 BGB. Die Genehmigung durch den Berechtigten V, die die unberechtigte Übereignung retten könnte, vgl. § 185 Abs. 2 S. 1 BGB, muss als verweigert gelten, wenn V die Herausgabe der Fräsmaschine fordert. Ein gutgläubiger Erwerb durch die D-Bank scheitert an der in § 933 BGB geforderten Übergabe der Fräsmaschine von K an die D-Bank. So konnte V sich auch in der zweiten Phase seines Eigentums behaupten.

3. Situation in der dritten Phase (D – E)

Unter Wortlautauslegung des § 934 Alt. 1 BGB scheint ein solches Ergebnis in der dritten Phase nicht haltbar: Die

²⁰ Baur/Stürmer, SachenR (Fn. 2), § 51 Rn. 16; Tiedtke (Fn. 16), S. 10f.; Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 4 Rn. 26.

²¹ C. Heinze in: Staudinger (Fn. 6), § 929 Rn. 46.

²² Vgl. Boehmer, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung II 2, 1952, S. 30; C. Heinze in: Staudinger (Fn. 6), § 929 Rn. 63; Oechsler in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 929 Rn. 53.

²³ BGHZ 36, 56 (60f.) = NJW 1962, 299 (300); C. Heinze in: Staudinger (Fn. 6), § 932 Rn. 20; Oechsler in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 932 Rn. 6; Penner (Fn. 2), S. 49f.; Weber (Fn. 14), JuS 1999, 1 (2); Westermann/Gursky/Eickmann, SachenR (Fn. 2), § 45 Rn. 6; Wolff/Raiser, SachenR (Fn. 14), S. 254f.

²⁴ Baur/Stürmer, SachenR (Fn. 2), § 52 Rn. 16; Weber (Fn. 14), JuS 1999, 1 (2).

²⁵ Wilhelm, SachenR (Fn. 5), Rn. 928 spricht auch von Übergabe bei § 932 Abs. 1 S. 2 und § 934 Alt. 2; vgl. auch Kindl, Gutgläubiger Mobiliärerwerb und Erlangung mittelbaren Besitzes, AcP 201 (2001), 391 (394f.); Michalski (Fn. 15), AcP 181 (1981), 384 (385); Penner (Fn. 2), S. 23.

²⁶ Illustrativ: „Wenn die Sache nicht in meinen Herrschaftsbereich kommt, so muss mein Herrschaftsbereich zu der Sache kommen“.

²⁷ C. Heinze in: Staudinger (Fn. 6), Vorbem. zu §§ 932ff. Rn. 17.

²⁸ Abtretung des Herausgabeanspruches hat die Übertragung des mittelbaren Besitzes zur Folge, vgl. § 870 BGB; Boehmer, Bürgerl-RO (Fn. 22), S. 33; C. Heinze in: Staudinger (Fn. 6), Vorbem. zu §§ 932ff. Rn. 16ff.

²⁹ Baur/Stürmer, SachenR (Fn. 2), § 52 Rn. 20; Boehmer, Bürgerl-RO (Fn. 22), S. 33; Hager (Fn. 5), S. 331; Kindl (Fn. 25), AcP 201 (2001), 391 (398); Lange (Fn. 14), JuS 1969, 162 (164); Lohsse, Gutgläubiger Erwerb, mittelbarer Besitz und die Väter des BGB, AcP 206 (2006), 527 (527); Medicus, Gedanken zum Nebenbesitz, in: Baumgärtel/Becker/Klingmüller/Wacke, Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag am 7. November 1984, 1984, 611 (612); ders./Petersen, Bürgerliches Recht, 28. Aufl. 2021, Rn. 560f.; Michalski (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384ff.; Müller, Heimlicher Gutgläubenserwerb?, AcP 137 (1933), 86 (87); Penner (Fn. 2), S. 3; Picker, Mittelbarer Besitz, Nebenbesitz und Eigentumsvermutung in ihrer Bedeutung für den Gutgläubenserwerb, AcP 188 (1988), 511 (515); Thomale/Schüßler, Das innere System des Rechtsscheins, ZfPW 2015, 454 (461); Wacke, Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat in Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik, 1974, S. 50ff.; Weber, Sachenrecht I, 4. Aufl. 2015, § 5 Rn. 24f.; ders. (Fn. 14), JuS 1999, 1 (3f.); Wolff/Raiser, SachenR (Fn. 14), S. 256f. Auch der BGH scheint einen Widerspruch zu erkennen, vgl. BGH NJW 1968, 1362 (1384).

D-Bank tritt ihre Ansprüche, d.h. auch ihren – möglicherweise vermeintlich bestehenden³⁰ – Herausgabeanspruch gegen K aus der Sicherungsabrede, an die E-Bank ab. Diese gelangt so in den mittelbaren Besitz der Fräsmaschine, vgl. § 870 BGB. Genau diese Sachlage wird vom Wortlaut des § 934 Alt. 1 BGB erfasst. Mangels „Bösgläubigkeit“ der E-Bank iSd. § 932 Abs. 2 BGB und durch das von V veranlasste Auseinanderfallen von Besitz und Eigentum, steht einem gutgläubigen Erwerb des Eigentums an der Fräsmaschine durch die E-Bank nichts entgegen.

Dieses Ergebnis erscheint jedoch unter wertender Betrachtung fragwürdig: Die E-Bank als Zweiterwerberin des Herausgabeanspruches wird – zu Lasten des V – gegenüber der D-Bank, der Ersterwerberin des Herausgabeanspruches gegen K, privilegiert, obwohl beide lediglich in den mittelbaren Besitz der Fräsmaschine gelangen. Das Ergebnis erscheint noch fragwürdiger, wenn man bedenkt, dass die E-Bank mangels Übergabe der Fräsmaschine kein Eigentum erworben hätte, wenn sie mit der D-Bank ein Besitzkonstitut nach § 930 BGB vereinbart hätte.³¹

D. Korrektur des Ergebnisses?

Im Wesentlichen lassen sich zwei Angriffspunkte der oben genannten Phasenanalyse identifizieren:

Zunächst ist fraglich, ob das Besitzmittlungsverhältnis zwischen Nichtberechtigten und Erwerber in der zweiten Phase nach Scheitern der Sicherungsübereignung bestehen bleibt.³² Erlischt das Besitzmittlungsverhältnis mit dem Scheitern der Sicherungsübereignung, so hätte der Veräußerer in der dritten Phase weder einen Herausgabeanspruch noch wäre er mittelbarer Besitzer iSd. §§ 934 Alt. 1, 868 BGB.

Hauptangriffspunkt ist das Ergebnis der reinen Wortlautauslegung von § 934 Alt. 1 BGB aus oben genannten Gründen: Es wirkt wertungswidersprüchlich im System der §§ 932ff. BGB,³³ dass der Zweiterwerber gegenüber dem Ersterwerber des Herausgabeanspruches privilegiert wird.

Damit könnte unter systematischen und teleologischen Gesichtspunkten eine restriktive Auslegung des Rechtscheintatbestandes geboten sein.

I. Schicksal des Besitzmittlungsverhältnisses

1. Grundlage: Sicherungsübereignung und Sicherungsabrede

Eine Sicherungsübereignung ist eine Übereignung gem. §§ 929 S. 1, 930 BGB, die in der Regel unter der auflösenden Bedingung des Erreichens des Sicherungszweckes steht.³⁴ Wird dieser erreicht, so geht das Eigentum unmittelbar und ohne Rückgriff auf das Bereicherungsrecht (§§ 812ff. BGB) an den Sicherungsnehmer zurück, vgl. § 158 Abs. 2 BGB.³⁵ Dabei ist das Bindungselement zwischen Sicherungszweck und der Sicherungsübereignung die sog. Sicherungsabrede.³⁶ Die Sicherungsabrede ist ein hinreichend konkretes Rechtsverhältnis iSd. § 868 BGB und damit stellt die Begründung eines solchen ein Übergabesurrogat iSd. § 930 BGB, sog. Besitzkonstitut, dar.³⁷ Demnach findet prinzipiell im Rahmen der Sicherungsabrede getrennt voneinander zum einen die dingliche Einigung iSd. § 929 S. 1 BGB und zum anderen der Abschluss eines Besitzmittlungsverhältnisses iSd. §§ 930, 868 BGB statt. Die Sicherungsabrede ist jedoch in sich rechtlich selbstständig gegenüber der Sicherungsübereignung und ihren Tatbestandsmerkmalen.³⁸

2. Anwendung des § 139 BGB

Im Fall der gescheiterten Sicherungsübereignung könnte man nun folgende Überlegung anstellen: Wenn die Sicherungsübereignung scheitert, dann wären die Parteien bestimmt kein Besitzmittlungsverhältnis eingegangen.³⁹ Um diesen Gedanken normativ Geltung zu verschaffen, kann man § 139 BGB bemühen.⁴⁰ Nach dieser Norm führt die Teilnichtigkeit eines teilbaren, aber einheitlichen Rechtsgeschäftes zur vollständigen Nichtigkeit, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil

³⁰ Vgl. D.I.2.

³¹ Vgl. zu dem Beispiel Michalski (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (386); siehe auch: Henssler in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl. 2002, § 934 Rn. 2.

³² Idee zurückgehend auf Enneccerus/Kipp/Wolff, BürgerlR (Fn. 14), S. 221 Fn. 17; Wolff/Raiser, SachenR (Fn. 14), S. 255 Fn. 18; vgl. Michalski (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (388).

³³ Siehe dazu schon unter C.I.2.

³⁴ Baur/Stürmer, SachenR (Fn. 2), § 57 Rn. 1f.; Oechsler in: MüKo-BGB (Fn. 2), Anh. §§ 929–936 Rn. 8; Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 12 Rn. 1, 10; Wolff/Raiser, SachenR (Fn. 14), S. 735.

³⁵ Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 12 Rn. 10.

³⁶ C. Heinze in: Staudinger (Fn. 6), Anh. zu §§ 929ff. Rn. 2; Schur, Grundprobleme der Wirkungsweise von Akzessorietätsprinzip und Sicherungsabrede, Jura 2005, 361 (363ff.); Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 12 Rn. 14.

³⁷ BGH NJW 1979, 2308 (2309); Gehrlein, Die Wirksamkeit einer Sicherungsübereignung, MDR 2008, 1069 (1070); Oechsler in: MüKo-BGB (Fn. 2), Anh. §§ 929–936 Rn. 15; Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 12 Rn. 13.

³⁸ Baur/Stürmer, SachenR (Fn. 2), § 57 Rn. 15; C. Heinze in: Staudinger (Fn. 6), Anh. zu §§ 929ff. Rn. 2; Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 12 Rn. 16.

³⁹ Formulierung angelehnt an: Gursky, KlausurenK (Fn. 15), Rn. 129.

⁴⁰ Ohne Begründung: Enneccerus/Kipp/Wolff, BürgerlR (Fn. 14), S. 221 Fn. 17 und Wolff/Raiser, SachenR (Fn. 14), S. 255 Fn. 18; vgl. auch BGHZ 50, 45 (48) = NJW 1968, 1382 (1383); Michalski (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (388ff.).

vorgenommen sein würde. Bringt man mit dem § 139 BGB die Vereinbarung des Besitzmittlungsverhältnisses zu Fall, dann würde eine Anwendung des § 934 Alt. 1 BGB gesperrt sein, da die D-Bank nicht mittelbare Besitzerin der Fräsmaschine wäre.⁴¹

a) Direkte Anwendung

Anwendungsbereich des § 139 BGB ist grundsätzlich für Rechtsgeschäfte aller Art eröffnet.⁴² Einheitlich sind diese und damit „ein ganze[s] Rechtsgeschäft“, wenn die Regelungen nur als Ganzes von den Vertragsparteien gewollt sind.⁴³

Zunächst könnte man die in der Sicherungsübereignung nach §§ 929 S. 1, 930 BGB bzw. §§ 929 S. 1, 930, 933 BGB enthaltene dingliche Einigung sowie die Vereinbarung des Besitzmittlungsverhältnisses als Geschäftseinheit betrachten.⁴⁴ Die parteilich gewollte Einheitlichkeit erscheint jedoch fraglich, da die beiden Geschäfte nicht nach dem Willen der Parteien gleichzeitig abgeschlossen werden, sondern ihre Einheit vom Gesetzgeber in §§ 929 S. 1, 930 BGB angeordnet wird, um den Eigentumsübergang als bezweckte Rechtsfolge zu erreichen.⁴⁵

Selbst wenn man annimmt, dass die dingliche Einigung und die Vereinbarung des Besitzmittlungsverhältnisses ein einheitliches Rechtsgeschäft darstellen würden,⁴⁶ so müsste eines der beiden Rechtsgeschäfte „nichtig“ sein. Ein Rechtsgeschäft ist dann nichtig, wenn dessen Voraussetzungen zwar grundsätzlich vorliegen, die Rechtsfolgen aber deshalb nicht eintreten,⁴⁷ da außertatbestandliche Normen⁴⁸ die Rechtswirkung missbilligen. Die dingliche Einigung zwischen den Parteien ist vorliegend ein vollständig wirksamer dinglicher Vertrag. Aufgrund der mangelnden Berechtigung von K bzw. der fehlenden Übergabe kann die dingliche Einigung lediglich nicht ihr Ziel – im Unterschied zur Rechtswirkung (!) – erreichen. Demnach ist die

dingliche Einigung nicht „nichtig“ und kann so nicht nach § 139 BGB das Besitzmittlungsverhältnis zu Fall bringen.

Man könnte zusätzlich überlegen, ob die Sicherungsübereignung, die letztlich an der für § 933 BGB notwendigen Übergabe scheitert, als solche nicht das maßgebliche teilnichtige, einheitliche Rechtsgeschäft ist.⁴⁹ Eine Übereignung nach §§ 929 S. 1, 930, 933 BGB besteht jedoch aus rechtsgeschäftlichen Teilen (dingliche Einigung und Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses) und regelmäßig aus einem Realakt (Übergabe nach den Grundsätzen von § 854 Abs. 1 BGB).⁵⁰ Auf letzteren passt weder die von § 139 BGB angeordnete Rechtsfolge der Nichtigkeit⁵¹ noch spricht die systematische Stellung des § 139 BGB im 3. Abschnitt des BGB („Rechtsgeschäfte“) für eine direkte Anwendung der Norm. Ferner kann eine Übergabe – sofern Realakt – selbst nicht „Teilnichtigkeit“ auslösen, sondern lediglich zur „Gesamterfolgslosigkeit“ führen.⁵²

b) Analoge Anwendung

Die von § 139 BGB angeordnete Rechtsfolge der Nichtigkeit spricht auch gegen eine analoge Anwendung der Norm:⁵³ Sollte zum Beispiel Einigung oder die Vereinbarung des Besitzkonstituts aufgrund einer mangelnden Geschäftsfähigkeit des Veräußerers nichtig sein, so würde bei analoger Anwendung des § 139 BGB auch die Nichtigkeit, oder bei entsprechender Anwendung, die Erfolglosigkeit der realen Übergabe angeordnet werden. Der Verlust der unmittelbaren Sachherrschaft auf Seiten des Übergabenden kann jedoch nicht per Rechtskraft verhindert werden, da es sich um einen tatsächlichen Umstand handelt.⁵⁴ Folglich ist eine analoge Anwendung des § 139 BGB abzulehnen.

c) Wille der Parteien auf Gesamtnichtigkeit gerichtet?

Selbst wenn man gemäß den genannten Ausführungen eine direkte oder analoge Anwendung des § 139 BGB bevorzugt,

⁴¹ Vgl. BGHZ 50, 45 (48) = NJW 1968, 1382 (1383).

⁴² Busche in: Limperg/Oetker/Rixecker/Säcker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 139 Rn. 8; Roth in: Staudinger, Neub. 2020, § 139 Rn. 27.

⁴³ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I, 1888, S. 222; Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 45. Aufl. 2021, § 15 Rn. 3; Busche, MüKo-BGB (Fn. 42), § 139 Rn. 15; Michalski (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (392).

⁴⁴ Sinngemäß: „Wenn ein rechtsgeschäftliches Element der Übereignung nichtig ist, so ist anzunehmen, dass das andere rechtsgeschäftliche Element auch nichtig ist“.

⁴⁵ Michalski (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (392); Schapp/Schur, Sachenrecht, 4. Aufl. 2010, Rn. 216 Fn. 344 gleiches Ergebnis ohne Begründung.

⁴⁶ So ohne Begründung: Gursky, KlausurenK (Fn. 15), Rn. 129; Vieweg/Röthel, SachenR (Fn. 15), S. 79f.

⁴⁷ Roth in: Staudinger (Fn. 42), § 139 Rn. 31.

⁴⁸ So z.B. §§ 104, 105 Abs. 1 BGB, § 134 BGB iVm. Verbotsgesetz oder § 138 BGB.

⁴⁹ Michalski (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (391).

⁵⁰ Michalski (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (391); Tiedtke (Fn. 16), S. 9.

⁵¹ Michalski (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (391); Müller (Fn. 29), AcP 137 (1933), 86 (87); Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 4 Rn. 46.

⁵² Der Satz „Wenn ein rechtsgeschäftliches Element oder ein tatsächliches Element der Übereignung nichtig ist, so ist anzunehmen, dass die anderen Elemente auch nichtig sind“ hängt merklich schief; vgl. auch Michalski (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (396); Vieweg/Röthel, SachenR (Fn. 15), S. 80.

⁵³ Michalski (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (396); so wohl auch Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 4 Rn. 46.

⁵⁴ Siehe dazu schon C.I.1.

so ist zu beachten, dass die Regelwirkung der Gesamtnichtigkeit⁵⁵ nur eintritt, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Übersetzt für den Fall heißt die Frage also: „Ist nicht eher anzunehmen, dass K und die D-Bank das Besitzmittlungsverhältnis doch abgeschlossen hätten, wenn sie um die Erfolglosigkeit der Sicherungsübereignung gewusst hätten?“ Zeitlicher und sachlicher Bezugspunkt ist der Wille der Parteien zum Abschluss des Rechtsgeschäfts.⁵⁶

aa) Wille der Parteien

Die D-Bank als Darlehensgeberin hat zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein erhöhtes Interesse an der dinglichen Sicherung ihrer Darlehensforderung gegen K. Als Darlehensnehmer will K diesem Interesse auch entsprechen, da möglicherweise der D-Bank bei mangelnder Sicherung des Darlehens ein vertragliches Rücktrittsrecht zusteht. Jedenfalls war es für K erkennbar, dass die Bank die maximale dingliche Sicherung des Darlehens erreichen möchte, die sie von ihm erhalten kann.

bb) Anwartschaftsrecht als alternative Sicherungsgabe

Diese Sicherung kann die D-Bank auch erreichen, wenn K kein Eigentümer der Fräsmaschine zum Zeitpunkt des Abschlusses des Besitzkonstituts gewesen ist, denn er hatte ein Anwartschaftsrecht bezogen auf das Eigentum an der Fräsmaschine: Die Einigung im Rahmen der Übereignung V – K stand zum Zeitpunkt der Sicherungsgabe unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung, vgl. §§ 449 Abs. 1, 158 Abs. 1 BGB. Sollte V die Fräsmaschine zwischenzeitlich weiterübereignen (sog. Zwischenverfügung), so wird diese Übereignung ab Bedingungseintritt, d.h. der vollständigen Kaufpreiszahlung, gem. § 161 Abs. 1 BGB unwirksam.⁵⁷ Diese besonders geschützte Rechtsposition wird gegenüber dem Eigentum als vollumfassendes Herrschaftsrecht als „wesensgleiches Minus“⁵⁸ oder „Vorstufe zum Vollrecht“⁵⁹ bezeichnet.⁶⁰ Dieses

Anwartschaftsrecht kann sich ein Sicherungsnehmer, aus Ähnlichkeit des Vollrechts und des Anwartschaftsrechts heraus, nach §§ 929ff. BGB analog⁶¹ übertragen lassen.⁶² Im konkreten Fall käme also eine Übertragung des Anwartschaftsrechts nach §§ 929 S. 1, 930 BGB analog in Betracht. Für diese Übertragung ist auch ein Besitzkonstitut von Nöten. Bei Umdeutung (§ 140 BGB analog⁶³) oder (ergänzender) Auslegung (§§ 133, 157 BGB)⁶⁴ der „Eigentumsübertragungseinigung“ in eine „Anwartschaftsrechtsübertragungseinigung“, wären alle Voraussetzungen des §§ 929 S. 1, 930 BGB analog erfüllt.⁶⁵ So erlangt die D-Bank bezogen auf die Fräsmaschine die maximale erreichbare dingliche Sicherung ihrer Darlehensforderung gegenüber K.

cc) Zwischenergebnis: Wille der Parteien nicht auf Gesamtnichtigkeit gerichtet

In Anbetracht dieser Sicherungsmöglichkeit, die ohne Erhalt des Besitzmittlungsverhältnisses nicht zu erreichen ist, ist nicht davon auszugehen, dass eine Erfolglosigkeit der Sicherungsübereignung in eine Nichtigkeit des Besitzkonstituts resultieren sollte. Insofern wäre die Vermutung des § 139 BGB selbst bei Anwendung der Norm widerlegt.

3. Ergebnis: Kein Untergang des Besitzmittlungsverhältnisses

Bei Scheitern der Sicherungsübereignung kann also weder eine direkte noch eine analoge Anwendung des § 139 BGB im Ergebnis zu einem Untergang des Besitzmittlungsverhältnisses führen.

4. Hinweise für die Fallbearbeitung

Für die Klausur sei darauf hingewiesen, dass die obigen Ausführungen sehr weitgängig sind und der (zeitliche) Schwerpunkt auf dem noch folgenden Themenkomplex liegen sollte. Gursky⁶⁶ beschäftigt sich noch am ausführlichsten mit der Frage des Parteiwillens und

⁵⁵ BGH NJW 1995, 722 (724); Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rn. 507; Michalski (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (389).

⁵⁶ Busche in: MüKo-BGB (Fn. 42), § 139 Rn. 31; Roth in: Staudinger (Fn. 42), § 139 Rn. 77 mwN.

⁵⁷ Vgl. Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 11 Rn. 41; Wieling/Finkenauer, SachenR (Fn. 3), § 17 Rn. 11.

⁵⁸ BGH NJW 1958, 1133 (1134); Wieling/Finkenauer, SachenR (Fn. 2), § 17 Rn. 8.

⁵⁹ BGH NJW 1984, 1184 (1185).

⁶⁰ Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 11 Rn. 41.

⁶¹ C. Heinze in: Staudinger (Fn. 6), § 929 Rn. 7; Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 11 Rn. 49; Wieling/Finkenauer, SachenR (Fn. 2), § 17 Rn. 18.

⁶² BGHZ 50, 45 (48f.) = NJW 1968, 1382 (1383); Lange (Fn. 14), JuS 1969, 162 (163).

⁶³ Für eine direkte Anwendung fehlt es wieder an der „Nichtigkeit“ der Übereignung bzw. der Einigung. Für analoge Anwendung ist auch Lüke, Sachenrecht, 4. Aufl. 2018, § 5 Rn. 215 Fall 5 ohne Begründung; a.A. Baur/Stürner, SachenR (Fn. 2), § 52 Rn. 19; Gursky, KlausurenK (Fn. 15), Rn. 132; Wellenhofer, Sachenrecht, 35. Aufl. 2020, § 15 Rn. 14; für weitere Nachweise siehe: Hager (Fn. 5), S. 333.

⁶⁴ BGH NJW 1986, 1985 (1986); 1968, 1382 (1383); Herrler in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Aufl. 2021, § 929 Rn. 46; Lange (Fn. 14), JuS 1969, 162 (163), für weitere Nachweise siehe: Hager (Fn. 5), S. 333.

⁶⁵ Medicus/Petersen, BürglR (Fn. 29), Rn. 559 kommt ohne Begründung zum gleichen Ergebnis; Müller/Gruber, Sachenrecht, 2016, Rn. 1482 unterlässt eine genaue dogmatische Einordnung und kommt zum gleichen Ergebnis.

⁶⁶ Gursky, KlausurenK (Fn. 15), Rn. 129ff.

der Anwendung des § 140 BGB. Vieweg/Röthel⁶⁷ nennen nur die wesentlichen Argumente gegen eine direkte Anwendung des § 139 BGB und wenden sich anschließend der Frage des Parteiwillens zu. Lange/Schiemann⁶⁸ beschränken sich – ohne Nennung des § 139 BGB – auf die Darlegung des Parteiwillens. Schwabe⁶⁹ kommt sogar ohne Nennung des Problems aus.

Es bietet sich an, sofort zur Widerlegung der Vermutung der Gesamtnichtigkeit zu kommen. So kann man unnötig lange Ausführungen zur Anwendbarkeit des § 139 BGB vermeiden.

Es ist jedoch wichtig immer am konkreten Fall zu argumentieren. Demnach kann sich auch ergeben, dass eine Aufrechterhaltung des Besitzmittlungsverhältnisses nicht gewollt war, wenn die Sicherungsübereignung scheitert. In diesen Fällen lebt die Frage der Anwendbarkeit des § 139 BGB wieder auf.

II. Rechtsscheintatbestand des § 934 Alt. 1 BGB

Nach dem Wortlaut des § 934 Alt. 1 BGB ist für den vertrauenssetzenden Tatbestand ausreichend, dass der veräußernde mittelbare Besitzer seinen Herausgabeanspruch gegen seinen Unterbesitzer an den Erwerber abtritt. Dass dies im System der §§ 932ff. BGB außergewöhnlich ist, wurde bereits oben erläutert.⁷⁰ Möglicherweise kann man sich jedoch über den Wortlaut der Norm hinwegsetzen. Methodisch gibt es dafür zwei Optionen:

Zunächst könnte man sich in diesen Fallkonstellationen das „Doppelspiel“⁷¹ des Besitzmittlers zu Nutze machen⁷² und danach fragen, was mit dem ursprünglichen Besitzmittlungsverhältnis zwischen K und V passiert ist. Sollte dieses neben dem Besitzmittlungsverhältnis von K und D-Bank weiterbestehen, so wäre der Wortlaut dafür offen, zu fordern, dass der Veräußerer nach §§ 934 Alt. 1, 870 BGB

mittelbaren Alleinbesitz⁷³ übertragen muss und nicht nur mittelbaren Nebenbesitz⁷⁴.

Ferner könnte man auch tief in die methodische Trickkiste greifen und den Anwendungsbereich des § 934 Alt. 1 BGB unter teleologischen oder verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten reduzieren.

1. Wortlautöffnung durch Annahme des Nebenbesitzes?

Fraglich ist, ob (a) die Annahme eines mittelbaren Nebenbesitzes zulässig ist und (b) was bei dessen Existenz die Folge für den Rechtsscheintatbestand des § 934 Alt. 1 BGB wäre.

a) Zulässigkeit des Nebenbesitzes?

aa) Grundlage: Mittelbarer Besitz, § 868 BGB

Um das Problem der rechtlichen Existenz des mittelbaren Nebenbesitzes zu verstehen, muss man sich zunächst die Voraussetzungen und Modalitäten des mittelbaren Besitzes vergegenwärtigen.

Objektiv setzt der Erwerb des mittelbaren Besitzes den Besitz des Besitzmittlers voraus, der diesen Besitz an der Sache aufgrund eines konkreten Rechtsverhältnisses gegenüber dem Oberbesitzer auf Zeit innehat.⁷⁵ Der Besitzer muss dabei die Sache grundsätzlich dem Oberbesitzer aufgrund eines Herausgabeanspruches herauszugeben haben.⁷⁶

Subjektiv muss der Besitzmittler die Sache unter Anerkennung des Herausgabeanspruches seines Oberbesitzers besitzen, d.h. den Oberbesitzer selbst als solchen anerkennen, sog. Besitzmittlungswille.⁷⁷ Aufgrund des sachenrechtlichen Publizitätsgrundsatzes muss dieser Wille nach außen erkennbar sein.⁷⁸ Ein innerer Vorbehalt

⁶⁷ Vieweg/Röthel, SachenR (Fn. 15), S. 79f.

⁶⁸ Lange/Schiemann, SachenR (Fn. 15), S. 56.

⁶⁹ Schwabe, SachenR (Fn. 15), S. 103 spricht sogar davon, dass der Herausgabeanspruch „zweifelloso“ abgetreten worden wäre.

⁷⁰ Vgl. C.I.2 und II.

⁷¹ Lange (Fn. 14), JuS 1969, 162 (164); Medicus, in: Baumgärtel/Becker/Klingmüller/Wacke (Fn. 29), 611 (616); Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 2 Rn. 39.

⁷² Idee zurückgehend auf: Wolff, Sachenrecht, 7. Aufl. 1927, S. 67; vgl. Boehmer, Bürgerl-RO (Fn. 22), S. 43 und Szerkus, Die Lehre vom Nebenbesitz und gutgläubiger Erwerb nach § 934 Alt. 1, ZJS 2016, 592 (594 Fn. 36).

⁷³ Es sei hier darauf hingewiesen, dass anknüpfend an die Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 BGB die Übertragung des mittelbaren Mitbesitzes (vgl. §§ 866, 870 BGB) zu einem gutgläubigen Erwerb des Miteigentums nach §§ 929 S. 1, 933, 934 Alt. 1 BGB führen kann, vgl. C. Heinze in: Staudinger (Fn. 6), § 929 Rn. 110. Für Alleineigentum muss aber mittelbarer Alleinbesitz nach § 934 Alt. 1 BGB übertragen werden, siehe zu der Problematik auch D.II.1.b).

⁷⁴ Begriff zurückgehend auf: Dölle, Anmerkungen zu RGZ, 135, 75 = JW 1932, 1212 (1214); ders. Anmerkungen zu RG, Urt. v. 17.06.1932 – VII 220/31, JW 1932, 3763 (3763); vgl. Boehmer, Bürgerl-RO (Fn. 22), S. 43; Szerkus (Fn. 72), ZJS 2016, 592 (594 Fn. 17).

⁷⁵ Gutzeit in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, Neub. 2018, § 868 Rn. 14f., 23; Schäfer in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 868 Rn. 8; Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 2 Rn. 29; Wieling/Finkenauer, SachenR (Fn. 2), § 6 Rn. 3f.; Wilhelm, SachenR (Fn. 5), Rn. 491.

⁷⁶ Siehe Fn. 75 für Nachweise.

⁷⁷ BGH NJW 2005, 359 (364); Gutzeit in: Staudinger (Fn. 75), § 868 Rn. 24; Herrler in: Palandt (Fn. 64), § 868 Rn. 7; Schäfer in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 868 Rn. 17; Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 2 Rn. 29; Wilhelm, SachenR (Fn. 2), Rn. 497.

⁷⁸ Vgl. RGZ 135, 75 (80); Gutzeit in: Staudinger (Fn. 75), § 868 Rn. 25; Schäfer in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 868 Rn. 30; Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 2 Rn. 33; Wilhelm, SachenR (Fn. 5), Rn. 497.

insgeheim doch für einen anderen besitzen zu wollen, ist nach § 116 S. 1 BGB analog unbeachtlich.⁷⁹

Beendet wird der mittelbare Besitz, wenn eine seiner Voraussetzungen wegfällt.⁸⁰ Eine Änderung des Besitzmittlungswillens von Seiten des Besitzmittlers zugunsten eines anderen muss dem mittelbaren Besitzer nach dem Publizitätsprinzip nicht „zugehen“, sondern es reicht zum Schutz der im Sachenrecht gebotenen Rechtssicherheit objektive Erkennbarkeit.⁸¹

bb) Anwendung auf die Fallkonstellation

(1) Objektive Voraussetzungen

In der oben dargestellten Konstellation des Doppelspiels sind die objektiven Voraussetzungen eines Mittlungsverhältnisses⁸² iSd. § 868 BGB sowohl zugunsten des ursprünglichen Eigentümers (V) als auch zugunsten des ersten Erwerbsinteressenten (D-Bank) erfüllt: K besitzt die Fräsmaschine gegenüber V als Vorbehaltskäufer und gegenüber der D-Bank als Sicherungsgeber. Prinzipiell können V und die D-Bank nach Fälligkeit ihrer jeweiligen Ansprüche und wirksamen Rücktritt die obligatorischen Herausgabeansprüche gegen K geltend machen, vgl. § 346 Abs. 1 BGB. Dem K steht damit ein zeitlich begrenztes Besitzrecht gegenüber beiden Parteien zu.

(2) Subjektive Voraussetzung

Damit kommt es entscheidend auf die subjektive Voraussetzung des Besitzmittlungswillens an, d.h. wem der K den Besitz zum Zeitpunkt des dritten Erwerbsvorgangs (D-Bank – E-Bank) mitteln wollte. Auffällig ist, dass K sowohl den Anweisungen der D-Bank nachkam, als auch seine Kaufpreistraten gegenüber V bezahlte. Aus einem solchen verdeckten Doppelspiel zieht die sog. Nebenbesitzlehre, dass der Besitzmittler beiden Parteien gleichermaßen unabhängig voneinander den Besitz mitteln will.⁸³ Demnach bestünde der mittelbare Besitz des V weiterhin und gleichstufig neben dem der D-Bank, als die D-Bank an die E-Bank übereignen wollte.

cc) Deutung des Verhaltens des unmittelbaren Besitzers

Bevor man sich mit der grundsätzlichen rechtlichen Zulässigkeit des Nebenbesitzes auseinandersetzt, muss man sich fragen, ob die Zahlung des Kaufpreises wirklich objektiv eine Aufrechterhaltung des Besitzmittlungswillens zugunsten des ursprünglichen Oberbesitzers zum Ausdruck bringt. Die Kaufpreiszahlung erfolgt nämlich bei genauer Betrachtung nicht, um den Herausgabeanspruch des Oberbesitzers zu würdigen, sondern um dem Oberbesitzer durch weitere Einhaltung seiner schuldrechtlichen Verpflichtung vorzutäuschen, dass alles normal sei.⁸⁴ Objektiv wendet er sich vielmehr von dem Herausgabeanspruch

⁷⁹ BGH NJW 1979, 2037 (2038); *Gutzeit* in: Staudinger (Fn. 75), § 868 Rn. 25; *Michalski* (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (400); *Schäfer* in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 868 Rn. 17; *Tiedtke* (Fn. 16), S. 36; *ders.*, Erwerb und Verlust des Sicherungseigentums an eingelagerter Ware, WM 1978, 446 (451); *Westermann/Gursky/Eickmann*, SachenR (Fn. 2), § 18 Rn. 7.

⁸⁰ *Gutzeit* in: Staudinger (Fn. 75), § 868 Rn. 80; *Schäfer* in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 868 Rn. 27; *Vieweg/Werner*, SachenR (Fn. 2), § 2 Rn. 37.

⁸¹ Dass dem Oberbesitzer die Willensänderung mitgeteilt werden bzw. „zugehen“ muss, wurde von der 2. Kommission mehrheitlich abgelehnt: *Gebhard/Achilles/Spahn*, Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band III, 1899, S. 227f.; vgl. auch RGZ, 135, 75 (79f.); BGH NJW 2005, 359 (364); *Baur/Stürmer*, SachenR (Fn. 2), § 7 Rn. 58; *Gutzeit* in: Staudinger (Fn. 75), § 868 Rn. 86; *Kindl* (Fn. 25), AcP 201 (2001), 391 (395); *Lange* (Fn. 14), JuS 1969, 162 (164); *Michalski* (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (400); *Picker* (Fn. 29), AcP 188 (1988), 511 (544); *Vieweg/Werner*, SachenR (Fn. 2), § 2 Rn. 37 mwN; a.A. *Hager*, Lagerschein und gutgläubiger Erwerb, WM 1980, 666 (671); wohl auch *Schäfer* in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 868 Rn. 30 Fn. 83; *Boehmer*, Bürgerl-RO (Fn. 22), S. 44 („eine Annullierung des Oberbesitzes des mittelbaren Besitzers durch einseitige Handlung des Besitzmittlers [ist] rechtlich unmöglich“).

⁸² Mit „Mittlungsverhältnis“ ist das Besitzmittlungsverhältnis im weiteren Sinne gemeint. So soll differenziert werden zwischen dem tatbestandlich notwendigen „Besitzmittlungsverhältnis“ und dem am Ende des Tatbestandes stehenden (Besitz-)Mittlungsverhältnis.

⁸³ *Baur/Stürmer*, SachenR (Fn. 2), § 54 Rn. 24, § 7 Rn. 59 m.E.; *Brem*, Der Nebenbesitz 1976, S. 98ff., 107f.; *Brehm/Berger*, Sachenrecht, 3. Aufl. 2014, § 3 Rn. 19; *Dölle* (Fn. 74), JW 1932, 1212 (1213f.); *ders.* (Fn. 74), JW 1932, 3763 (3763); *Dubischar* in: Wassermann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1983, § 868 Rn. 8; *Gutzeit* in: Staudinger (Fn. 75), § 868 Rn. 9; *Lange* (Fn. 14), JuS 1969, 162 (164) m.E.; *Lüke*, SachenR (Fn. 63), Rn. 215; *Medicus*, in: Baumgärtel/Becker/Klingmüller/Wacke (Fn. 29), 611 (612); *ders./Petersen*, BürgerlR (Fn. 29), Rn. 559ff.; *Müller* (Fn. 29), AcP 137 (1933), 86 (88); *Reich* in: Wassermann (ebd.), § 934 Rn. 7; *Sonntag*, Gutgläubiger Erwerb von Lagergütern nach § 934 2. HS BGB, 2003, S. 85; *Wacke* (Fn. 29), S. 55; *Weber* (Fn. 14), JuS 1999, 1 (4f.); *ders.* (Fn. 29), § 5 Rn. 24f.; *Westermann*, Probleme der Sicherungsübereignung von Warenlagern, NJW 1956, 1297 (1298); *Wieling/Finkenauer*, SachenR (Fn. 2), § 6 Rn. 14, § 10 Rn. 24; *Wolff/Raiser*, SachenR (Fn. 14), S. 35; fälschlicherweise wird *Boehmer* bei *Vieweg/Werner*, SachenR (Fn. 2), § 2 Rn. 40 Fn. 152 als Anhänger der Nebenbesitzlehre zitiert. Dem ist aber nicht so, vgl. *Boehmer*, Bürgerl-RO (Fn. 22), S. 43.

⁸⁴ Zutreffend also: *Michalski* (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (401); *Brehm/Berger*, SachenR (Fn. 83), § 3 Rn. 19 legen hingegen den Schwerpunkt ihrer Deutung auf die möglicherweise im Einzelfall bestehende Spekulation des Besitzmittlers, dass es nicht zum Konfliktfall kommen wird, da er davon ausgehe beide Verträge ordnungsgemäß erfüllen zu können. Indessen ist dieser vorgeschlagene aufgespaltene Wille, der wie Schrödingers Katze auf den Tag der Kollision wartet, denkunmöglich (*Bordmann/Streder* in: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl. 1920, § 868 2 b.); a.A. *Sonntag* (Fn. 83), S. 83). Da die Herausgabe des Alleinbesitzes nur an eine Person möglich ist, muss ab dem Zeitpunkt des Abschlusses des zweiten Besitzmittlungsverhältnisses der Gedanke des Besitzmittlers folgender sein: „Ich werde im Kollisionsfall nur an A und nicht an B herausgeben“. Ein Gedanke wie „Ich werde an den herausgeben, der zuerst fragt“ würde in einem rechtlich unzulässigen bedingten Besitz enden, vgl. zum Ganzen *Krekel* in: Mitglieder des Bundesgerichtshofs, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 12. Aufl. 1982, § 868 Rn. 9; *Medicus/Petersen*, BürgerlR (Fn. 29), Rn. 558 geben sogar zu, dass der Besitzmittler nicht aus Loyalität gegenüber seinem ursprünglichen Oberbesitzer den Kaufpreis zahlt oder Anweisungen folgt, sondern seine Machenschaften „aus Angst vor dem Staatsanwalt“ verdeckt hält. Die richtigen Schlüsse aus dieser Erkenntnis werden jedoch nicht gezogen. Auch *Henssler* in: *Soergel* (Fn. 31), § 934 Rn. 7 schließt sich, obwohl er nicht Anhänger der Nebenbesitzlehre ist, der These an, dass die kontinuierliche Kaufpreistratenzahlung einen Besitzmittlungswillen zugunsten des alten Oberbesitzers ausdrücken würde.

seines ursprünglichen Oberbesitzers ab, indem er sich dem neuen Herausgabeanspruch des ersten Erwerbsinteressenten ausliefert.⁸⁵ Dass sich der unmittelbare Besitzer möglicherweise innerlich vorbehält, wenn es hart auf hart kommt, nur dem Herausgabeanspruch seines ersten Oberbesitzers nachzukommen, ist nach den obigen Ausführungen⁸⁶ gem. § 116 S. 1 BGB analog unbeachtlich. Man könnte auch schon zeitlich vor dem Abschluss des zweiten Besitzmittlungsverhältnisses ansetzen: K geriert sich gegenüber dem Rechtsverkehr als Eigentümer und will die Sache über seine Befugnis hinaus wirtschaftlich verwerten.⁸⁷ Er verhält sich also in diesem Erwerbsvorgang ersichtlich wie ein Eigentümer.⁸⁸ Damit fehlt ihm der Besitzmittlungswille bzw. Fremdbesitzerwille zugunsten des V schon vor Eingehung des zweiten Besitzmittlungsverhältnisses mit der D-Bank.⁸⁹

Das zusammengebrochene Mittlungsverhältnis kann durch entsprechendes objektives Verhalten im Nachgang der Eingehung des neuen Besitzmittlungsverhältnisses wieder aufleben („Nacheinander, kein Nebeneinander“⁹⁰). Dies muss aber bis zur dritten Phase (Erwerbsverhältnis D-Bank – E-Bank) geschehen sein.⁹¹ Die bloße weitere Kaufpreiszahlung ist nach obiger Ausführung dafür nicht ausreichend.

Die Lehre vom Nebenbesitz ist nach oben Gesagtem also zum einen fragwürdig, da sie das Verhalten des „Doppelspielers“ falsch deutet und zum anderen, weil ein gespaltener Besitzmittlungswille tatsächlich nicht möglich ist.

dd) Prinzipielle rechtliche Zulässigkeit des Nebenbesitzes

Wenn man über diese Schwächen der Lehre vom Nebenbesitz hinwegschaut, ist noch fraglich, ob ihr Grundgedanke des doppelten gleichstufigen Loyalitäts- und

Besitzmittlungsverhältnisses überhaupt mit dem Besitzrecht vereinbar ist.

Prinzipiell ist die Inhaberschaft der mittelbaren Sachgewalt auf gleicher Stufe beim mittelbaren Mitbesitz gem. §§ 866, 868 BGB vom Gesetz anerkannt. Indessen würden die Besitzer bei den Konstellationen des Nebenbesitzes, anders als für den mittelbaren Mitbesitz notwendig, die Sachherrschaft nicht durch gemeinschaftliche Zuständigkeit für den Herausgabeanspruch nach § 868 BGB ausüben, sondern durch voneinander unabhängige Zuständigkeit für ihren Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer.⁹² Anders als beim mittelbaren Mitbesitz streben die mittelbaren Nebenbesitzer mit ihren Herausgabeansprüchen den unmittelbaren Alleinbesitz an und nicht lediglich die Einräumung von unmittelbarem Mitbesitz.⁹³ Folglich ist dieses unabhängige Nebeneinander der mittelbaren Besitzer wenigstens nicht ausdrücklich in den §§ 854ff. BGB normiert. Damit kommt es darauf an, ob sich die Besitzfigur des mittelbaren Besitzes anderweitig auf die §§ 854ff. BGB stützen kann.

(1) Wortlaut: „Der Besitz“

Zunächst ist auffällig, dass in § 854 Abs. 1 BGB, der die Einstiegsnorm in das Besitzrecht darstellt, nur von „der Besitz“ die Rede ist. Daraus könnte man den Grundsatz ableiten, dass sich das Gesetz, anlehnend an die Ausschließlichkeit des Eigentums nach § 903 BGB, den Besitz prinzipiell als ausschließliche Gewalt über eine Sache vorstellt.⁹⁴ Dieser Grundsatz würde lediglich in den Regelungen zum Mitbesitz (§ 866 BGB) und zum (mehrstufigen) mittelbaren Besitz (§§ 868, 871 BGB) durchbrochen, indem eine Besitzaufspaltung zulässig ist.⁹⁵ Im Unterschied zu dieser Aufteilung der Besitzposition in einem horizontalen (Mitbesitz) oder vertikalen Verhältnis (mittelbarer Besitz), kommt es beim mittelbaren Nebenbesitz zur Besitzverdopplung

⁸⁵ Illustrativ: „Niemand kann zwei Herren gleichzeitig dienen“; So auch RGZ 135, 75 (81f.); Herrler in: Palandt (Fn. 64), § 934 Rn. 2; Müller/Gruber, SachenR (Fn. 65), Rn. 484; Picker (Fn. 29), AcP 188 (1988), 511 (540); Prütting, Sachenrecht, 37. Aufl. 2020, Rn. 431; Schreiber, Sachenrecht, 7. Aufl. 2018, Rn. 76; Tiedtke (Fn. 16), S. 18; ders. (Fn. 79), WM 1978, 446 (451); Wellenhofer, SachenR (Fn. 63), § 15 Rn. 15; Westermann/Gursky/Eickmann, SachenR (Fn. 3), § 18 Rn. 7; Gutzeit in: Staudinger (Fn. 75), § 868 Rn. 9 spricht jedoch davon, dass die Eingehung eines neuen Besitzmittlungsverhältnisses nicht als Aufkündigung der Loyalität von Seiten des Besitzmittlers zu werten sei. Dieser Gedanke hängt zumindest sprachlich schief, denn wer käme auf den Gedanken zu sagen, dass ein Mensch, der seinen Partner betrügt und diesen Betrug aktiv verheimlicht, um seine eigene Haut zu retten, noch loyal gegenüber seinem Partner ist?

⁸⁶ Siehe dazu schon bei Fn. 79.

⁸⁷ Michalski (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (400); Picker (Fn. 29), AcP 188 (1988), 511 (541f.); Tiedtke (Fn. 79), WM 1978, 446 (451); Wilhelm, SachenR (Fn. 5), Rn. 508; vgl. auch Krekel in: RGRK-BGB (Fn. 84), § 868 Rn. 21.

⁸⁸ Zum Eigenbesitzerwillen: BGH NJW-RR 1986, 858 (860); Schäfer in: MüKo-BGB (Fn. 2), Rn. 3 mwN.

⁸⁹ Vgl. Fn. 87 für Nachweise.

⁹⁰ Krekel in: RGRK-BGB (Fn. 84), § 868 Rn. 21.

⁹¹ Henssler in: Soergel (Fn. 31), § 934 Rn. 7; Krekel in: RGRK-BGB (Fn. 84), Rn. 9; Schäfer in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 868 Rn. 20; Westermann/Gursky/Eickmann, SachenR (Fn. 2), § 18 Rn. 7; zum unabhängigen Zusammenbrechen des „neuen“ Mittlungsverhältnisses: BGH NJW 2005, 359.

⁹² Vgl. Gutzeit in: Staudinger (Fn. 75), § 866 Rn. 5.

⁹³ Vgl. Müller (Fn. 29), AcP 137 (1933), 86 (88).

⁹⁴ RGZ, 135, 75 (80).

⁹⁵ RGZ, 135, 75 (80); Lange (Fn. 14), JuS 1969, 162 (164); Picker (Fn. 29), AcP 188 (1988), 511 (536); Wilhelm, SachenR (Fn. 5), Rn. 508.

durch Schaffung von zwei unabhängigen, aber gleichrangigen, mittelbaren Besitzpositionen.⁹⁶ Der vom Wortlaut des § 854 BGB wohl aufgestellte Grundsatz der Ausschließlichkeit des Besitzes würde folglich durch einen Nebenbesitz völlig neuartig, d.h. dem Besitzrecht fremd, durchbrochen.⁹⁷

Nicht nur im Kontext des unmittelbaren Besitzes wird der bestimmte Artikel verwendet, sondern auch im Zusammenhang zum mittelbaren Besitz.⁹⁸ Es entsteht also der Eindruck, dass die §§ 868ff. BGB nur die Besitzmittelung gegenüber einer Person bzw., im Fall des mittelbaren Mitbesitzes, verbundenen Personengemeinschaft zulassen.⁹⁹ Man könnte auch die Frage stellen, warum der Gesetzgeber in § 870 BGB, wenn er den mittelbaren Nebenbesitz hätte zulassen wollen, nicht die Formulierung „ein mittelbares Besitzverhältnis“ eingefügt hat anstatt „der mittelbare Besitz“.¹⁰⁰

Jedoch ist zuzugeben, dass auch an anderen Stellen des BGB bei Festsetzung eines Rechtsinstituts der bestimmte Artikel verwendet wird, ohne dass nicht mehrere Rechtssubjekte zuständig sein könnten.¹⁰¹ Die These, dass dem Besitzrecht nach dem Wortlaut der § 854ff. BGB ein Grundsatz der Ausschließlichkeit des Besitzes innewohnt, ist damit nicht restlos überzeugend.

(2) numerus clausus der Sachenrechte

Zwar schließt der Wortlaut nicht eindeutig eine Ergänzung des Besitzrechts um eine weitere Besitzart aus, jedoch ist der sog. numerus clausus der Sachenrechte zu beachten. Nach diesem Zentralprinzip des Sachenrechts sind die dinglichen Rechte in Existenz, Inhalt und Umfang zwingend und abschließend vorgeschrieben.¹⁰² Zwar ist der

Besitz an sich als Sachherrschaft (Faktum) kein dingliches Recht,¹⁰³ jedoch sind unmittelbar an diesen Rechtsfolgen geknüpft.¹⁰⁴ Dies rechtfertigt unter anderem den Schutz des (berechtigten) Besitzes neben dem dinglichen Recht des Eigentums unter § 823 Abs. 1 BGB.¹⁰⁵ Damit ist der Besitz als „Quasi“-Sachenrecht zu qualifizieren. Es wäre somit schon zweifelhaft den Nebenbesitz durch richterliche Rechtsfortbildung zu ergänzen, wenn er eine Besitzaufspaltung zur Folge hätte. Bei einer nicht angesprochenen Besitzverdopplung muss dies erst recht gelten.¹⁰⁶

Gleichzeitig ist zuzugeben, dass der Besitz lediglich als „Quasi“-Sachenrecht zu qualifizieren ist und damit nicht unmittelbar in den Schutzbereich des numerus clausus der Sachenrechte fällt.¹⁰⁷

(3) Systematik: Folgeprobleme der Annahme des Nebenbesitzes

Dass ein mittelbarer Nebenbesitz im Sachenrecht nicht gewollt sein kann, zeigt sich jedoch bei der Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 3 BGB und auch im Ersitzungsrecht nach § 937ff. BGB, die jeweils eine Ausschließlichkeit des Besitzes voraussetzen.¹⁰⁸

Nach der Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 3 BGB iVm. § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB wird zugunsten des mittelbaren Besitzers vermutet, dass er Eigentümer der Sache ist. Sind aber zwei Personen unabhängig voneinander Besitzer, d.h. Nebenbesitzer, ist fraglich, was zugunsten der jeweiligen Personen vermutet wird. Beim (mittelbaren) Mitbesitz ist es grundsätzlich Miteigentum.¹⁰⁹ Beim (mittelbaren) Alleinbesitz grundsätzlich Alleineigentum.¹¹⁰ Demnach müsste zugunsten eines Nebenbesitzers das „Nebeneigentum“ (Alleineigentum zweier Eigentümer?) vermutet werden.

⁹⁶ RGZ, 135, 75 (80); Herrler in: Palandt (Fn. 64), § 868 Rn. 2; Picker (Fn. 29), AcP 188 (1988), 511 (536); Wilhelm, SachenR (Fn. 5), Rn. 508.

⁹⁷ Vgl. im Einzelnen Picker (Fn. 29), AcP 188 (1988), 511 (536).

⁹⁸ Siehe in § 869 S. 2 BGB und § 872 BGB „der mittelbare Besitzer“ sowie in § 870 BGB „der mittelbare Besitz“; vgl. RGZ, 135, 75 (80).

⁹⁹ RGZ, 135, 75 (81).

¹⁰⁰ RGZ, 135, 75 (81); Anstatt „Der mittelbare Besitz kann dadurch auf einen anderen übertragen werden, dass diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird“ müsste § 870 also „Ein mittelbares Besitzverhältnis kann auf einen anderen übertragen werden, dass diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird“ lauten.

¹⁰¹ Hager (Fn. 5), S. 348: „Niemand wird wohl aus § 1153 Abs. 2 Halbs. 2 BGB schließen wollen, ein Grundstück könne nur mit einer einzigen Hypothek belastet werden“, vgl. auch Brem (Fn. 83), S. 28; Dölle (Fn. 74), JW 1932, 1212 (1212); Müller (Fn. 29), AcP 137 (1933), 86 (88); Sonntag (Fn. 83), S. 77.

¹⁰² Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 1 Rn. 5.

¹⁰³ Brem (Fn. 83), S. 34; vgl. auch BGH NJW 2019, 1669 (1670 Rn. 14): „neben dem Eigentum und anderen dinglichen Rechten auch den (berechtigten) unmittelbaren Besitz an der Sache“; RGZ 135, 75 (80f.) scheint dies aber anzunehmen; unpräzise auch Sonntag (Fn. 83), S. 78: „ein vom Gesetz geschaffenes Recht – der Besitz“.

¹⁰⁴ Besitzschutz (§§ 1007, 861, 862), Übertragbarkeit (§§ 854 Abs. 2, 870 BGB) und Vererbbarkeit (§ 857 BGB); siehe dazu: Brem (Fn. 83), S. 34.

¹⁰⁵ H.M.: BGH NJW 2019, 1669 (1670 Rn. 13) mit einer Vielzahl von Nachweisen.

¹⁰⁶ Im Ergebnis übereinstimmend: RGZ, 135, 75 (80f.); Picker (Fn. 29), AcP 188 (1988), 511 (536); Tiedtke (Fn. 79), WM 1978, 446 (451); vgl. auch Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 2 Rn. 40.

¹⁰⁷ Brem (Fn. 83), S. 34.

¹⁰⁸ Schäfer in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 868 Rn. 20.

¹⁰⁹ Vgl. BGH NJW 1993, 935 (936f.); Kaiser in: Staudinger, Neub. 2019, § 1006 Rn. 37; Raff in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 1006 Rn. 39.

¹¹⁰ Vgl. BGH NJW 2003, 1055 (1056); Kaiser in: Staudinger (Fn. 109), § 1006 Rn. 40; Raff in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 1006 Rn. 37.

Eine solche Eigentumsart wird jedoch nirgendwo im Sachenrecht erwähnt.¹¹¹ Das Eigentum als dingliches Recht (vgl. § 903 S. 1 BGB) ist unmittelbar vom Schutzbereich des *numerus clausus* der Sachenrechte erfasst. Folglich ist eine Erweiterung der Eigentumsarten unstatthaft und so stellt sich die Frage, welchen Rechtsschein der Nebenbesitz nun aufstellen soll.

Das gleiche Problem stellt sich im Rahmen der Ersitzung. Soll der mittelbare Nebenbesitzer, der die Sache zehn Jahre im Eigenbesitz gehalten hat, „Nebeneigentum“ nach § 937 Abs. 1 BGB erwerben?¹¹²

Anhänger der Nebenbesitzlehre lehnen diese Möglichkeit zwar ab,¹¹³ jedoch zeigt sich exemplarisch, „daß sich eine Figur wie der Nebenbesitz im Besitzkonzept des Gesetzes an allen Ecken und Enden stößt“¹¹⁴. Auch verwandelt die Haltung dem Nebenbesitz jegliche positive Rechtsfolge abzusprechen, das Besitzkonstrukt eher in einen Nichtbesitz als einen Nebenbesitz.¹¹⁵ Damit wäre der Nebenbesitz lediglich zum Vehikel einer teleologischen Reduktion des § 934 Alt. 1 BGB degradiert.¹¹⁶

ee) Zwischenergebnis: Keine Zulässigkeit des Nebenbesitzes

Der Lehre vom Nebenbesitz ist somit nach hier vertretener Ansicht nicht zu folgen. Dieses Ergebnis entspricht der Ansicht der Rechtsprechung¹¹⁷ und Teilen der Literatur¹¹⁸.

b) Folgen bei Annahme des Nebenbesitzes

Wenn man entgegen der hier vertretenen Ansicht einen Nebenbesitz anerkennt und in den vorliegenden Konstellationen bejaht, dann stellt sich die Frage, ob dies nicht trotzdem einen ausreichenden Rechtsschein darstellt, um das Alleineigentum an der Fräsmaschine zu erlangen. Eine vereinzelt vertretene Ansicht bejaht einen ausreichenden Rechtsschein.¹¹⁹ Die weit überwiegende Ansicht verweist darauf, dass den §§ 932ff. BGB der Grundsatz zu entnehmen sei, dass der Erwerber der Sache näher rücken müsse als der Eigentümer und damit Nebenbesitz nicht ausreichend sei für den Erwerb von Alleineigentum.¹²⁰

Dass dieser Grundsatz in seiner Allgemeinheit anzunehmen ist, ist vor dem Hintergrund der Existenz der §§ 933, 934 Alt. 1 BGB fraglich. Liegt nämlich kein verdecktes Doppelspiel des Vorbehaltskäufers vor, so kann der Erstinteressent mangels Übergabe immer noch nicht nach § 933 BGB erwerben, obwohl er rechtsgeschäftlich, d.h. nach Vereinbarung eines Besitzkonstituts, näher an die Sache herangerückt ist als der Eigentümer¹²¹. Demnach kann nach § 933 BGB eine bessere besitzrechtliche Position des Erwerbers im Vergleich zum ursprünglichen Eigentümer für den gutgläubigen Erwerb allein nicht ausreichend sein.¹²² Vielmehr ist nach §§ 932, 933 und 934 Alt. 2 BGB ein tatsächliches Heranrücken erforderlich.¹²³

¹¹¹ Siehe dazu: *Picker* (Fn. 29), AcP 188 (1988), 511 (537f.); vgl. auch RGZ 135, 75 (81); *Müller/Gruber*, SachenR (Fn. 65), Rn. 485; *Brem* (Fn. 83), S. 35 und *Sonntag* (Fn. 83), S. 79 sowie *Wieling/Finkenauer*, SachenR (Fn. 2), § 6 Rn. 15 schlagen vor, dass die Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 3 BGB nicht im Innenverhältnis der Nebenbesitzer gelten soll, jedoch im Außenverhältnis. Eine Stütze für diese bemerkenswerte Differenzierung zwischen Außen- und Innenverhältnis lässt sich im Wortlaut des § 1006 BGB jedoch nicht erblicken. Ferner würde diese Differenzierung in eine Art relatives Eigentum münden, vgl. *Picker* (Fn. 29), AcP 188 (1988), 511 (533ff.).

¹¹² Vgl. *Kindl* (Fn. 25), AcP 201 (2001), 391 (400).

¹¹³ *Brehm/Berger*, SachenR (Fn. 83), § 27 Rn. 78; *Medicus*, in: Baumgärtel/Becker/Klingmüller/Wacke (Fn. 29), 611 (615); *Sonntag* (Fn. 83), S. 80; *Weber* (Fn. 14), JuS 1999, 1 (6).

¹¹⁴ *Picker* (Fn. 29), AcP 188 (1988), 511 (538), zu anderen Folgeproblemen vgl. (537); vgl. auch *Oechsler* in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 934 Rn. 8.

¹¹⁵ Angelehnt an *Picker* (Fn. 29), AcP 188 (1988), 511 (538); vgl. auch *Kindl* (Fn. 25), AcP 201 (2001), 391 (401); *Wilhelm*, SachenR (Fn. 5), Rn. 992.

¹¹⁶ *Medicus*, in: Baumgärtel/Becker/Klingmüller/Wacke (Fn. 29), 611 (615) spricht unverblümt davon, dass der Nebenbesitz „bloß den gutgläubigen Erwerb nach § 934 BGB einschränken“ solle; *Kainer*, Sachenrecht, 1. Aufl. 2021, § 13 Rn. 39 scheint das Problem zu erkennen und spricht ehrlicherweise vom Nebenbesitz nicht als „besitzrechtliches Phänomen“ sondern als „Denkfigur“ im Rahmen einer teleologischen Reduktion des § 934 Alt. 1 BGB. Zur teleologischen Reduktion siehe D.II.2.a).

¹¹⁷ RGZ 135, 75 (79ff.); 138, 265 (267); BGH NJW 1979, 2037 (2038); der BGH übergeht im Fräsmaschinenfall die Frage des Nebenbesitzes und geht direkt zur Frage der Reduktion des Anwendungsbereiches, vgl. BGHZ 50, 45 (49ff.) = NJW 1968, 1382 (1383f.).

¹¹⁸ *Bayer* in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, 16. Aufl. 2020, § 934 Fn. 6; *Hager* (Fn. 5), S. 360ff.; *C. Heinze* in: Staudinger (Fn. 6), § 934 Rn. 3; *Henssler* in: Soergel (Fn. 31), § 868 Rn. 7; *Herrler* in: Palandt (Fn. 64), § 868 Rn. 2ff.; *Jakl*, Der unsichtbare Rechtsscheinträger? – Der Zuckerfall, Jura 2010, 292 (295); *Kindl* (Fn. 25), AcP 201 (2001), 391 (402); *Krekel* in: RGRK-BGB (Fn. 84), § 868 Rn. 9, 21; *Müller/Gruber*, SachenR (Fn. 65), Rn. 483, 1485; *Musielak*, Eigentumserwerb an beweglichen Sachen nach §§ 932ff. BGB, JuS 1992, 713 (720); *Oechsler* in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 934 Rn. 8; *Picker* (Fn. 29), AcP 188 (1988), 511 (533ff.); *Prütting*, SachenR (Fn. 85), Rn. 431; *Schäfer* in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 868 Rn. 20; *Schapp/Schur*, SachenR (Fn. 45), Rn. 216; *Schreiber*, SachenR (Fn. 85), Rn. 76; *Szerkus* (Fn. 72), ZJS 2016, 592 (595); *Tiedtke* (Fn. 16), S. 17f., 36; *ders.* (Fn. 79), WM 1978, 446 (451); *Wellenhofer*, SachenR (Fn. 63), § 15 Rn. 15; *Westermann/Gursky/Eickmann*, SachenR (Fn. 2), § 18 Rn. 7, § 48 Rn. 12; *Wilhelm*, SachenR (Fn. 5), Rn. 508.

¹¹⁹ *Manigk*, Anmerkungen zu RG, Urt. v. 29.11.1927 – VI 351/27, JW 1928, 398; *Sonntag* (Fn. 83), S. 120; so wohl auch *Michalski* (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (416).

¹²⁰ *Baur/Stürner*, SachenR (Fn. 2), § 52 Rn. 24; *Brehm/Berger*, SachenR (Fn. 83), § 27 Rn. 76f.; *Dubischar* in: Wassermann (Fn. 83), § 868 Rn. 8; *Lüke*, SachenR (Fn. 63), Rn. 215; *Medicus*, in: Baumgärtel/Becker/Klingmüller/Wacke (Fn. 29), 611 (623); *ders./Petersen*, BürgerlR (Fn. 29), Rn. 558; *Müller* (Fn. 29), AcP 137 (1933), 86 (88); *Wacke* (Fn. 29), S. 55; *Wieling/Finkenauer*, SachenR (Fn. 2), § 10 Rn. 24; *Wolff/Raiser*, SachenR (Fn. 14), S. 256 Fn. 32.

¹²¹ Nach Vereinbarung des Besitzkonstituts erlangt der Erstinteressent mittelbaren Alleinbesitz. Der Eigentümer hingegen hat selbst nach der Nebenbesitzlehre mangels verdeckten Doppelspiels (z.B. Ausbleiben der Kaufpreiszahlung, mangelnde Befolgung von Weisungen etc.) keinerlei besitzrechtliche Position.

¹²² So aber ausdrücklich: *Medicus/Petersen*, BürgerlR (Fn. 29), Rn. 558; vgl. auch *Kindl* (Fn. 25), AcP 201 (2001), 391 (400).

¹²³ Übergabe als tatsächliches Element, siehe dazu C.I.1.

Sollte man das Heranrücken jedoch in tatsächlicher Hinsicht verstehen, d.h. für einen gutgläubigen Erwerb eine Verschiebung der Sache in die Nähe des Herrschaftsbereiches des Erwerbers verlangen, so gerät man bei § 934 Alt. 1 BGB in Erklärungsnot. Dieser verlangt grundsätzlich keine Verschiebung der Sache, sondern nur eine Verschiebung des Herrschaftsbereichs durch Abtretung des Herausgabeanspruchs. Demnach reicht ein rechtsgeschäftliches Heranrücken im Widerspruch zu § 933 BGB für den gutgläubigen Erwerb aus. Die Existenz des § 934 Alt. 1 BGB kann man dabei nicht wegdiskutieren,¹²⁴ auch wenn man durch die Nebenbesitzlehre versucht den Anwendungsbereich klein zu halten.¹²⁵ Man könnte den Tatbestand des § 934 Alt. 1 BGB lediglich als Durchbrechung des oben genannten Grundsatzes verstehen, sodass § 934 Alt. 1 BGB zu den übrigen Erwerbstatbeständen der §§ 932ff. BGB in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis steht. Demnach kann man den §§ 932ff. BGB den Grundsatz entnehmen, dass der Erwerber der Sache tatsächlich näher gerückt sein muss als der ursprüngliche Eigentümer. Nur nach § 934 Alt. 1 BGB ist es ausnahmsweise ausreichend, dass der Erwerber rechtsgeschäftlich der Sache näher rückt als der ursprüngliche Eigentümer.¹²⁶ Folglich kann es in Ablehnung der ersten Ansicht für den Erwerb des Alleineigentums nicht ausreichend sein, wenn mittelbarer Nebenbesitz übertragen wird. Unter hypothetischer Annahme eines Nebenbesitzes im vorliegenden Fall fehlt damit ein Rechtsscheintatbestand, der zum Erwerb des Alleineigentums führen kann.

c) Zwischenergebnis: Keine Wortlautöffnung

Nach oben Gesagtem ist nicht davon auszugehen, dass es neben dem mittelbaren Allein- und Mitbesitz noch einen mittelbaren Nebenbesitz gibt. Ohne diese Alternative ist nach dem Wortlaut des § 934 Alt. 1 BGB iVm. §§ 870, 398ff. BGB hinreichender vertrauenssetzender Tatbestand die Übertragung des mittelbaren Mitbesitzes (grundsätzliche Rechtsfolge: Miteigentumserwerb) oder

des mittelbaren Alleinbesitzes (grundsätzlich Rechtsfolge: Alleineigentumserwerb).

d) Hinweise für die Fallbearbeitung

Der Nebenbesitzlehre wird zwar hier nicht gefolgt, jedoch erfreut sie sich heute immer noch regen Zulaufs.¹²⁷

Gursky¹²⁸ und Lange/Schiemann¹²⁹ zeigen auf, dass man auch einen Streitentscheid unterlassen kann, wenn man am konkreten Fall darlegt, dass objektiv kein hinreichendes Doppelspiel vorliegt.

Vieweg/Röthel¹³⁰ nennen pointiert die Hauptargumente beider Seiten, unterlassen aber – aus didaktischen Gründen – einen Streitentscheid. Schwabe¹³¹ beschränkt sich darauf, die Argumente der Nebenbesitzlehre zu nennen und folgt dieser.

Sollte man die Nebenbesitzlehre ablehnen wollen, so kann man sich auf die stärksten Gegenargumente beschränken, d.h. zum einen die Fragwürdigkeit eines gespaltenen gleichrangigen Besitzmittlungswillens¹³² sowie die Folgeproblemen bei Annahme eines Nebenbesitzes¹³³. Sollte man die Zeit haben, kann man auch methodisch ansprechend das Wortlaut-¹³⁴ sowie das numerus-clausus-Argument¹³⁵ anführen.

2. Reduktion des § 934 Alt. 1 BGB?

Mangels Existenz des Nebenbesitzes konnte die D-Bank lediglich den mittelbaren Alleinbesitz an die E-Bank nach §§ 870, 398ff. BGB übertragen. Damit wurde nach oben genannter Auslegung ein ausreichender Rechtsschein iSd. § 934 Alt. 1 BGB gesetzt.

Es könnte jedoch eine Reduktion des Anwendungsbereiches unter (a) teleologischen oder (b) verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten geboten sein.

a) Teleologische Reduktion

Eine teleologische Reduktion ist geboten, wenn die von der Norm verlangte Rechtsfolge die Art des begutachteten Sachverhalts nach dem Willen des einfachen Gesetzgebers,

¹²⁴ So wohl aber Müller (Fn. 29), AcP 137 (1933), 86 (88f.).

¹²⁵ Beispiel des § 934 Alt. 1 BGB ohne Nebenbesitzproblematik: Es fehlt am verdeckten Doppelspiel des K. Das ursprüngliche Mittelungsverhältnis zu V bricht folglich selbst nach der Nebenbesitzlehre komplett zusammen. Wie im Ausgangsfall kommt es daraufhin zur Sicherungsübereignung und der Abtretung des Herausgabeanspruches. Dabei war die E-Bank die ganze Zeit gutgläubig. Hier sieht man, dass ein rechtsgeschäftliches Heranrücken entgegen § 933 BGB für einen gutgläubigen Erwerb ausreichend sein kann.

¹²⁶ Zu einem gemeinsamen Konzept des gutgläubigen Erwerbs, das ohne Regel-Ausnahme-Argumente auskommt, s. Fn. 161.

¹²⁷ Siehe Fn. 83.

¹²⁸ Gursky, KlausurenK (Fn. 15), Rn. 133ff.; wie hier vertreten, reicht Kaufpreiszahlung nicht aus, um ein hinreichendes Doppelspiel zu konstituieren.

¹²⁹ Lange/Schiemann, SachenR (Fn. 15), S. 57f.

¹³⁰ Vieweg/Röthel, SachenR (Fn. 15), S. 80f.; zeigen auf, dass beide Ansichten gut zu vertreten sind. Steht auch in Korrespondenz zur wertungsneutral gehaltenen und umfangreichen Darstellung des Streits in Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 2 Rn. 40ff.

¹³¹ Schwabe, SachenR (Fn. 15), S. 104f., 108.

¹³² Siehe dazu: D.II.1.a).cc).

¹³³ Siehe dazu: D.II.1.a).dd).(3).

¹³⁴ Siehe dazu: D.II.1.a).dd).(1).

¹³⁵ Siehe dazu: D.II.1.a).dd).(2).

der im Sinn und Zweck der Norm zum Ausdruck kommt, nicht treffen soll.¹³⁶ Es muss also ein „Zuviel“ geben, dass zurückgedrängt werden muss, damit sich der objektive Wille des einfachen Gesetzgebers optimal entfalten kann. Sollte der einfache Gesetzgeber jedoch zum Ausdruck gebracht haben, dass die Norm die Art des Sachverhalts erfassen soll, so ist diesem Willen grundsätzlich vom Richter Geltung zu verschaffen (Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG).¹³⁷

Auffällig ist im Fall des § 934 Alt. 1 BGB der augenscheinliche Wertungswiderspruch zu § 933 BGB. Wollte der Gesetzgeber bei § 933 BGB noch den „heimlichen“, d.h. für den ursprünglichen Eigentümer nicht ersichtlichen, gutgläubigen Erwerb durch das Übergabeerfordernis verhindern, so erscheint es fragwürdig, dass er dies in § 934 Alt. 1 BGB wieder ermöglichen wollte.¹³⁸

Diese Beobachtung stützt sich jedoch lediglich auf einen wertenden Vergleich der §§ 933, 934 Alt. 1 BGB. Fraglich ist, ob die tatsächliche Gesetzgebungshistorie diese Beobachtung unterstützt.¹³⁹

Während der Revision der heutigen §§ 932ff. BGB stellte ein Mitglied der zuständigen 2. Kommission – namentlich Rudolph Sohm – zeitlich versetzt zwei Anträge. Nach diesen Anträgen sollte § 934 BGB dahingehend ergänzt werden, dass ein Erwerb nach § 934 Alt. 1 BGB unmöglich sein soll, wenn die Sache nie unfreiwillig die Hände verlassen

hat, in die der ursprüngliche Eigentümer sie gelegt hat. Sohm antizipierte also die Art der Fräsmaschinenfälle. Er befürchtete einen Wertungswiderspruch zum heutigen § 933 BGB und folgte dem im germanischen Recht vorkommenden Rechtsgrundsatz „Hand wahre Hand“¹⁴⁰. Der historische Gesetzgeber wurde damit gleich zweimal auf die Problematik der Fräsmaschinenfälle aufmerksam gemacht. Trotz dessen hat sich dieser im Fall des § 934 Alt. 1 BGB – durch mehrheitliche Ablehnung der Anträge – dazu entschieden dem Verkehrsschutz gegenüber dem Eigentümerschutz den Vorrang zu geben. Damit ist aus Sicht des einfachen Gesetzgebers nicht von einem „Zuviel“ auszugehen.¹⁴¹ Eine teleologische Reduktion des § 934 Alt. 1 BGB ist demnach, im Anschluss an Rechtsprechung¹⁴² und Teile der Literatur¹⁴³, abzulehnen.¹⁴⁴

b) Verfassungsrechtlich gebotene Reduktion

Eine Reduktion des Anwendungsbereiches einer Norm kann auch geboten sein, wenn die beabsichtigte Anwendung gegen höherrangiges Recht, insbesondere Verfassungsrecht, verstößt.¹⁴⁵ Das „Zuviel“ beurteilt sich damit aus Sicht des höherstehenden Gesetzes.

In Betracht kommt ein Verstoß gegen den Allgemeinen Gleichbehandlungssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG. Nach diesem

¹³⁶ BVerwG NVwZ 2014, 1170 (1172 Rn. 14); Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1964, S. 83; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 391; Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, Rn. 614; Wank, Juristische Methodenlehre, 2020, § 15 Rn. 130; Zippelius, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2021, S. 57; vgl. im Kontext der §§ 933, 934 BGB insbesondere Penner (Fn. 2), S. 121; Siehe zur prinzipiellen Zulässigkeit einer teleologischen Reduktion im deutschen Recht: BVerfG NJW 1993, 2861 (2863).

¹³⁷ Zippelius, Methodenlehre (Fn. 136), S. 54f.; vgl. auch Canaris (Fn. 136), S. 82ff.; Möllers, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 6 Rn. 110; Reimer, Methodenlehre (Fn. 136), Rn. 620; Larenz (Fn. 136), S. 373; vgl. im Kontext des Fräsmaschinenfalles insbesondere: Michalski (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (421f.).

¹³⁸ Müller (Fn. 29), AcP 137 (1933), 86 (87) beschreibt diese Beobachtung illustrativ: „Der Gesetzgeber [müsste] die Weisheit, mit der er den § 933 begründete, bei § 934 schon wieder vergessen haben.“; siehe auch Boehmer, Bürgerl-RO (Fn. 22), S. 38.

¹³⁹ Zum Nachfolgenden: Gebhard/Achilles/Spahn, Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band VI, 1899, S. 263f. = Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band III, 1899, S. 634; Lohsse (Fn. 290), AcP 206 (2006), 527 (550f.); Oechsler in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 934 Rn. 2; Penner (Fn. 2), S. 121ff.; entgegen Oechsler in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 934 Rn. 2 Fn. 8 machen Lohsse und Penner zeitgleich auf den ausdrücklichen Willen des historischen Gesetzgebers aufmerksam. Ferner nahm Hager (Fn. 5), S. 337 Fn. 41 auch schon Kenntnis von der „Mindermeinung“ Sohms.

¹⁴⁰ Dieser Rechtsgrundsatz besagt unter anderem, dass ein gutgläubiger Erwerber schutzlos ist, wenn er die Sache in den Händen des Veräußerers belässt, vgl. Lohsse (Fn. 29), AcP 206 (2006), 527 (532).

¹⁴¹ Wilhelm, SachenR (Fn. 5), Rn. 988 Fn. 1733 kommt zu einem anderen Ergebnis, indem er in Anschluss an Lohsse (Fn. 29), AcP 206 (2006), 527 (551) davon spricht, dass die 2. Kommission den erkannten Wertungswiderspruch „nicht genügend beachtet“ habe. Daraus zieht er – anders als Lohsse – dass, eine Korrektur geboten sei. Indessen kann der Rechtsanwender nicht selbstständig aus seinem Rechtsempfinden ein „nicht genügend“ feststellen, vgl. Reimer, Methodenlehre (Fn. 136), Rn. 620; Zippelius, Methodenlehre (Fn. 136), S. 54 f.; Vielmehr muss der Rechtsanwender darlegen, dass der ausdrückliche Wille des historischen Gesetzgebers, ob nun „gut durchdacht“ oder nicht, vom Willen eines höherrangigen Gesetzgebers gebrochen wird. „Nicht genügend“ muss also am Maßstab des höherrangigen Rechts festgestellt werden. Andernfalls begibt sich der Rechtsanwender unzulässigerweise in den Stuhl des (einfachen) Gesetzgebers.

¹⁴² BGHZ 45 (49ff.) = NJW 1968, 1382 (1383f.).

¹⁴³ Bayer in: Erman (Fn. 118), § 934 Rn. 2; C. Heinze in: Staudinger (Fn. 6), § 934 Rn. 3; Henssler in: Soergel (Fn. 31), § 934 Rn. 6; Herrler in: Palandt (Fn. 64), § 934 Rn. 2; Lohsse (Fn. 29), AcP 206 (2006), 527 (552f.); Michalski (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (421); Müller/Gruber, SachenR (Fn. 65), Rn. 1475 Fn. 151; Oechsler in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 934 Rn. 2; Penner (Fn. 2), S. 121ff.; Prütting, SachenR (Fn. 85), Rn. 431; Schapp/Schur, SachenR (Fn. 45), Rn. 216; Schreiber, SachenR (Fn. 85), Rn. 173; Wellenhofer, SachenR (Fn. 63), § 15 Rn. 15; Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 5 Rn. 22.

¹⁴⁴ a.A.: Hager (Fn. 5), S. 342 f., 364 f. Kindl (Fn. 25), AcP 201 (2001), 391 (405ff.); Musielak (Fn. 118), JuS 1992, 713 (720ff.); Picker (Fn. 29), AcP 188 (1988), 548ff.; Wilhelm, SachenR (Fn. 5), Rn. 995.

¹⁴⁵ Wird in der Literatur zum Teil auch als teleologische Reduktion bezeichnet, vgl. Larenz (Fn. 136), S. 392; Wank, Methodenlehre (Fn. 136), § 15 Rn. 132. Dieser Begriff erscheint jedoch fragwürdig, wenn der Sinn und Zweck (teleos) einer Norm nach Willen des einfachen Gesetzgebers eindeutig ist. Der Wille des einfachen Gesetzgebers kann lediglich durch höherrangiges Recht gebrochen werden. Der teleos der Norm bleibt dabei gleich. Er wird lediglich durch das höherrangige Recht überlagert. „Verfassungskonforme Rechtsfortbildung“ (Wank, Methodenlehre (Fn. 136), § 15 Rn. 133 Fn. 317) oder verfassungskonforme Reduktion wäre der bessere Begriff.

Grundsatz muss der gleiche Hoheitsträger wesentlich gleiche Sachverhalte gleich behandeln.¹⁴⁶

aa) Ungleichbehandlung

In der Art der Fräsmaschinenfälle bleibt die Sache in der zweiten sowie in der dritten Phase in den Händen derjenigen Person, in der der Eigentümer sein Vertrauen gesetzt hat. Ferner erlangen die Erwerber in der zweiten sowie in der dritten Phase mittelbaren Besitz. Durch die vom einfachen Gesetzgeber beabsichtigte Anwendung des § 934 Alt. 1 BGB knüpft das Gesetz an die beiden – im Wesentlichen gleich liegenden – Sachverhalte zum Nachteil des ursprünglichen Eigentümers unterschiedliche Rechtsfolgen: In der zweiten Phase kann der Eigentümer sein Eigentum gegenüber dem Erwerber behaupten. In der dritten Phase hingegen wird dem Eigentümer der Schutz verwehrt.

Demnach wird ein wesentlich gleich liegender Sachverhalt rechtlich ungleich bewertet.¹⁴⁷

bb) Rechtfertigung

Eine Ungleichbehandlung im Kontext des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes mündet jedoch nicht unmittelbar in einer Verletzung desselben.¹⁴⁸ Mangels verschärfender Umstände ist die Ungleichbehandlung, die durch vom einfachen Gesetzgeber beabsichtigte Anwendung des § 934 Alt. 1 BGB ausgelöst wird, auf Willkür zu überprüfen.¹⁴⁹ Willkürlich ist eine Ungleichbehandlung, wenn sich für sie keine vernünftigen Erwägungen finden lassen, die sich aus der Natur der Sache ergeben oder sonst wie einleuchtend sind.¹⁵⁰ Dabei muss das Fehlen eines sachlichen Grundes evident sein.¹⁵¹

Die Ungleichbehandlung der Sachverhalte knüpft daran an, dass sich der Veräußerer bei § 933 BGB durch Abschluss des Besitzkonstituts nicht jeglichen Besitzrestes entledigt, sondern einen Besitzrest und damit einen Rest Besitzverschaffungsmacht zurückbehält.¹⁵² Bei § 934 Alt. 1 BGB verliert der Veräußerer hingegen schon durch die Abtretung seines Herausgabeanspruches seinen Besitz und seine Besitzverschaffungsmacht. Gleiches Phänomen ist auch bei den Erwerbstatbeständen des § 932 BGB zu beobachten.¹⁵³ Damit ist gemeinsames Regelungskonzept der §§ 932, 933, 934 Alt. 1 BGB, dass für einen gutgläubigen Erwerb von Alleineigentum die (vollständige) Übertragung des Besitzes notwendig ist und nicht allein die Schaffung einer irgendwie gearteten Besitzposition auf Seiten des Erwerbers.¹⁵⁴

Auch ist es konsequent, dass der Gesetzgeber, der in § 1006 Abs. 3 BGB dem unmittelbaren und den mittelbaren Besitz die gleiche Rechtsscheinwirkung zugesprochen hat, in § 934 Alt. 1 BGB an die Übertragung des mittelbaren Besitzes die gleiche Rechtsfolge knüpft, wie die §§ 932, 933 BGB bei der Übertragung des unmittelbaren Besitzes.¹⁵⁵ Damit wäre § 934 Alt. 1 BGB folgerichtiger Erwerbstatbestand im System des Sachenrechts und nicht willkürliches Produkt gesetzgeberischer Tätigkeit.

Problematisch ist, dass der Veräußerer bei § 934 Alt. 2 BGB keinerlei Besitzposition innehat und dementsprechend keine Besitzposition auf den Erwerber übertragen kann.¹⁵⁶ In diesen Fällen scheint es lediglich für den Erwerber so, als ob eine Übertragung stattfindet.¹⁵⁷ Mithin scheint der oben aufgestellte Grundsatz, dass für einen gutgläubigen Erwerb die Übertragung und nicht die Schaffung von Besitz auf Erwerberseite notwendig sei, fragwürdig. Indessen setzt diese Beobachtung nur den § 934 Alt. 2 BGB dem

¹⁴⁶ BVerfG NJW 1951, 877 (879); *Epping*, Grundrechte, 8. Aufl. 2019, Rn. 778; *Kingreen* in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 202. EL 2020, Art. 3 Rn. 240; *Kirchhof* in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz Kommentar, 95. EL 2021, Art. 3 Abs. 1 Rn. 296.

¹⁴⁷ BGHZ 50, 45 (51f.) = NJW 1968, 1382 (1384).

¹⁴⁸ BVerfG NJW 1951, 877 (879); *Epping*, GrundR (Fn. 146), Rn. 794.

¹⁴⁹ Gleicher Prüfungsmaßstab auch in BGHZ 50, 45 (51f.) = NJW 1968, 1382 (1384); *Gursky*, KlausurenK (Fn. 15), Rn. 139; *Hager* (Fn. 5), S. 342; *Jakl* (Fn. 118), Jura 2010, 292 (295); *Müller/Gruber*, SachenR (Fn. 65), Rn. 1475; *Penner* (Fn. 2), S. 126; *Westermann/Gursky/Eickmann*, SachenR (Fn. 2), § 48 Rn. 9; möglicherweise könnte man im Kontext des einheitlichen Prüfungsmaßstabes, den das BVerfG seit 2010 bei der Rechtfertigung anlegt, für eine strengere Prüfung argumentieren, vgl. für den einheitlichen Prüfungsmaßstab: *Epping*, GrundR (Fn. 146), Rn. 798ff. mwN.

¹⁵⁰ BVerfG NJW 1951, 877 (878); BVerfGE 12, 326 (333); *Epping*, GrundR (Fn. 146), Rn. 795; *Kirchhof* in: D/H/S (Fn. 146), Art. 3 Abs. 1 Rn. 265, 436.

¹⁵¹ BVerfG JuS 2007, 861 (863); 1052 (1055); *Kirchhof* in: D/H/S (Fn. 146), Art. 3 Abs. 1 Rn. 268; *Nußberger* in: *Sachs*, Grundgesetz Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 9; so wohl auch *Larenz* (Fn. 136), S. 335 Fn. 45; a.A. *Penner* (Fn. 2), S. 126 Fn. 380; zur Kritik der Evidenzvoraussetzung: *Krugmann*, Gleichheit, Willkür und Evidenz, JuS 1998, 7.

¹⁵² RGZ 137, 23 (25); BGHZ 50, 45 (48) = NJW 1968, 1382 (1383); *Baur/Stürner*, SachenR (Fn. 2), § 52 Rn. 20; *C. Heinze* in: *Staudinger* (Fn. 6), § 934 Rn. 2; *Jakl* (Fn. 118), Jura 2010, 292 (295); *Kainer*, SachenR (Fn. 116), § 13 Rn. 39; *Michalski* (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (418); *Müller/Gruber*, SachenR (Fn. 65), Rn. 1475; *Oechsler* in: *MüKo-BGB* (Fn. 2), § 934 Rn. 2; *Westermann/Gursky/Eickmann*, SachenR (Fn. 2), § 48 Rn. 9; *Wieling/Finkenauer*, SachenR (Fn. 2), § 10 Rn. 23.

¹⁵³ *Michalski* (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (419).

¹⁵⁴ BGHZ 50, 45 (49f.) = NJW 1968, 1382 (1383); *Baur/Stürner*, SachenR (Fn. 2), § 52 Rn. 20; *Michalski* (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (418ff.); *Westermann/Gursky/Eickmann*, SachenR (Fn. 2), § 48 Rn. 9.

¹⁵⁵ BGHZ 50, 45 (48ff.) = NJW 1968, 1382 (1383); *Jakl* (Fn. 118), Jura 2010, 292 (295); *Müller/Gruber*, SachenR (Fn. 65), Rn. 1475; *Westermann/Gursky/Eickmann*, SachenR (Fn. 2), § 48 Rn. 9.

¹⁵⁶ *Kindl* (Fn. 25), AcP 201 (2001), 391 (399); *Picker* (Fn. 29), AcP 188 (1988), 511 (517f.); siehe auch *Lohsse* (Fn. 29), AcP 206 (2006), 527 (528) mwN.

¹⁵⁷ Siehe Fn. 156 für Nachweise.

Vorwurf der Willkür aus.¹⁵⁸ Ferner kann man den § 934 Alt. 2 BGB nutzen, um zu einer Modifikation des Konzepts des gutgläubigen Erwerbs zu kommen.¹⁵⁹ Dabei kann man die von der Nebenbesitzlehre geprägte Formel¹⁶⁰ einbauen, dass der Erwerber der Sache besitzrechtlich näherkommen muss als der Eigentümer.¹⁶¹ Demnach ist für den gutgläubigen Erwerb nach den §§ 932ff. BGB Folgendes grundsätzlich notwendig: (1) Der Erwerber muss auf – wenigstens augenscheinliche – Veranlassung des vermeintlichen Eigentümers der Sache besitzrechtlich näherkommen als der eigentliche Eigentümer, (2) während der Veräußerer besitzrechtlich vollständig von der Sache entfernt sein muss.¹⁶² So baut der Erwerber sowohl im Vergleich zum wahren Eigentümer als auch im Vergleich zum wahrgenommenen Eigentümer eine engere besitzrechtliche Sachbeziehung auf.¹⁶³ Aus dieser Formel kann man schließen, dass der Gesetzgeber eine Abwägungsentscheidung getroffen hat, in der sowohl Erwerber- als auch Eigentümerinteressen berücksichtigt wurden: Zum einen wurde berücksichtigt, wie der Eigentümer zu Sache steht und zum anderen, wie es sich aus besitzrechtlicher Sicht für den Erwerber darstellt. Dass der Gesetzgeber mit diesem Konzept den Erwerber bzw. den Rechtsverkehr stärker schützt als den Eigentümer, mag man rechtspolitisch bedauern, jedoch kann man dabei nicht von Willkür sprechen. Der einfache Gesetzgeber hat hier als „Erstinterpret des Art. 3 Abs. 1 GG“¹⁶⁴ eine Abwägungsentscheidung getroffen, die von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden ist.

cc) Zwischenergebnis: Keine verfassungsrechtlich gebotene Reduktion

Mithin vermag es Art. 3 Abs. 1 GG nicht, eine Reduktion des § 934 Alt. 1 BGB zu rechtfertigen.¹⁶⁵

c) Zwischenergebnis: Keine Reduktion des § 934 Alt. 1 BGB

Damit ist eine Reduktion des § 934 Alt. 1 BGB weder aus teleologischen noch aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten geboten.

d) Hinweise für die Fallbearbeitung

Die Reduktion des Anwendungsbereiches einer Norm ist nicht nur in der Praxis mit Vorsicht zu genießen, sondern auch in der Klausur. Man riskiert schnell auf Abwege zu geraten. Beim Fräsmaschinenfall wird diese Idee jedoch in den Fallbüchern von Gursky¹⁶⁶, Lange/Schiemann¹⁶⁷ und Vieweg/Röthel¹⁶⁸ (zu Recht) explizit hervorgehoben. Lediglich Schwabe¹⁶⁹ unterlässt eine Darstellung.

Es sei noch darauf hingewiesen, dass es zu Stirnrunzeln beim Korrektor kommen kann, wenn man in einer zivilrechtlichen Klausur in die gutachterliche Prüfung des Art. 3 Abs. 1 GG einsteigt. Für eine freiere Darstellung sei hier auf die gutachterliche Lösung Gurskys¹⁷⁰ hingewiesen.

III. Ergebnis: Keine Korrektur des Ergebnisses

Damit ist zu resümieren, dass eine Korrektur des Ergebnisses auf Ebene des Rechtsscheintatbestandes lediglich *de lege ferenda*¹⁷¹ zu erreichen ist.¹⁷² Da V das Eigentum an der Fräsmaschine an die E-Bank verloren hat, ist dieser nicht anspruchsberechtigt iSd. § 985 BGB. V kann somit nicht die Fräsmaschine von der E-Bank herausverlangen.

¹⁵⁸ C. Heinze in: Staudinger (Fn. 6), Vorbem. zu §§ 932ff. Rn. 17 spricht auch davon, dass, wenn man die Konzeption der §§ 932, 933 einhalten wolle, § 934 Alt. 1 BGB konsequent sei. Im Einklang mit dieser Beobachtung ist § 934 Alt. 2 BGB eher der Fremdkörper in den §§ 932ff. BGB.

¹⁵⁹ So auch Michalski (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (418f.).

¹⁶⁰ Siehe dazu oben bei Fn. 120.

¹⁶¹ Folgendes ist soweit ersichtlich noch nicht in der Literatur erwähnt.

¹⁶² Mit dieser Formel lässt sich auch der (Schein-)Geheißerwerb erklären, der sich nicht ordnen lässt, wenn man meint, dass für einen gutgläubigen Erwerb nach den §§ 932ff. BGB die vollständige Übertragung, aber nicht die Schaffung von Besitz ausreichend sei. Der Veräußerer beim (Schein-) Geheißerwerb hat nämlich keinerlei Besitzposition inne; ähnlich auch Oechsler in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 934 Rn. 2.

¹⁶³ Bleibt der Veräußerer unmittelbarer Besitzer der Sache unter Vereinbarung eines Besitzkonstituts, so wird der Erwerber lediglich „auch“ Besitzer (§ 868). Zwar mag die Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 3 BGB für ihn sprechen, jedoch ist maßgeblich, dass der Veräußerer sachlich gesehen näher an der Sache ist als der Erwerber.

¹⁶⁴ Kirchhof in: D/H/S (Fn. 146), Art. 3 Abs. 1 Rn. 436.

¹⁶⁵ So auch BGHZ 50, 45 (51f.) = NJW 1968, 1382 (1384); Gursky, KlausurenK (Fn. 15), Rn. 139; Müller/Gruber, SachenR (Fn. 65), Rn. 1475; Westermann/Gursky/Eickmann, SachenR (Fn. 2), § 48 Rn. 9; a.A. Hager (Fn. 5), S. 342; Penner (Fn. 2), S. 126.

¹⁶⁶ Gursky, KlausurenK (Fn. 15), Rn. 138ff.

¹⁶⁷ Lange/Schiemann, SachenR (Fn. 15), S. 58f.

¹⁶⁸ Vieweg/Röthel, SachenR (Fn. 15), S. 81.

¹⁶⁹ Vgl. Schwabe, SachenR (Fn. 15), S. 99ff.

¹⁷⁰ Gursky, KlausurenK (Fn. 15), S. 138ff.

¹⁷¹ Aus dem Standpunkt des zukünftigen/noch zu schaffenden Rechts.

¹⁷² Nach hier vertretener Ansicht, die nicht weiter erläutert werden kann, kann man im Einzelfall höhere Anforderungen an die Gutgläubigkeit des Erwerbers stellen, vgl. dazu C. Heinze in: Staudinger (Fn. 6), § 934 Rn. 3. Die E-Bank ist nach dem oben beschriebenen (heiligen) Sachverhalt gutgläubig, weshalb im Gutachten nicht näher auf die Frage der Gutgläubigkeit eingegangen werden müsste.

E. Fazit

Bei der Auslegung des Rechts muss man sich fragen, was Recht ist und nicht was Recht sein sollte. Das eigene subjektive Gerechtigkeitsempfinden ist nicht der Maßstab, an dem ein Ergebnis gemessen wird, sondern am zeitlich festgehaltenen und strukturell abgesicherten objektiven Willen des – zumeist unmittelbar – demokratisch legitimierten Gesetzgebers. Der Fräsmaschinenfall ist deswegen so herausfordernd, weil er den Rechtsanwender in den Grenzbereich von verfassungsrechtlich gebotener Rechtsfortbildung und rechtspolitisch-motivierter Rechtsbeugung¹⁷³ schickt. Eine Korrektur darf dabei nicht auf Kosten, der zwar wenig plastischen – aber deshalb nicht weniger wichtigen – Gewaltenteilung, durchgeführt werden. Man müsste für ein anderes Ergebnis im Fräsmaschinenfall die Bereitschaft mitbringen, genau dieses Zentralprinzip der Verfassung auf dem Altar der Ergebniskorrektur zu opfern.¹⁷⁴ In Replik auf die Überschrift dieses Lernbeitrags ist also festzuhalten: Der Fräsmaschinenfall – Keine Korrektur um jeden Preis.

¹⁷³ Hier nicht iSd. § 339 StGB gemeint.

¹⁷⁴ Angelehnt an Weber (Fn. 14), JuS 1999, 1 (6): „Hinzutreten muss die [...] Bereitschaft den selbst erkannten „berechtigten sachlichen Zweck“ der Schaffung dieser Rechtsfigur auf dem Altar der Bindung an den puren Gesetzeswortlaut zu opfern.“

Containern als Diebstahl

stud. iur. Anna Engel und stud. iur. Yael Prantl

BayObLG, Beschluss v. 02.10.2019, Az.: 206 StRR 1013/19, 206 StRR 1015/19

§§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB

Sachverhalt

Die Studentinnen A und B begaben sich am späten Abend in die Anlieferzone auf dem Firmengelände des Supermarktes S, um der hohen Lebensmittelverschwendung entgegenzuwirken. Gemeinsam öffneten sie mithilfe eines mitgebrachten Vierkantschlüssels einen verschlossenen Container, in dem sich Lebensmittel befanden, die das Mindesthaltbarkeitsdatum überschritten hatten. Der Container stand dort zur Abholung durch ein eigens dafür beauftragtes Entsorgungsunternehmen bereit. A und B entnahmen verschiedene der weggeworfenen Lebensmittel aus dem Container, um sie für sich zu behalten. Sodann verließen sie das Grundstück des S. S stellte zunächst einen Strafantrag, nahm diesen aber aufgrund aufkommender Kritik wieder zurück.

Haben sich A und B wegen Diebstahls strafbar gemacht?

EINORDNUNG

Jährlich entstehen allein in Deutschland rund zwölf Millionen Tonnen Lebensmittelabfälle.¹ Insbesondere aus ideologischen Gründen wird beim sogenannten „Containern“ ein Teil der entsorgten, aber noch genießbaren Lebensmittel für den eigenen Genuss oder die Weitergabe aus Abfalltonnen von Supermärkten entwendet. Die rechtliche Bewertung des Containerns beschäftigt den gesellschaftlichen Diskurs sowie im zugrunde liegenden Fall das Bayerische Oberste Landesgericht. Dieses verwarf die Sprungrevisionen zweier Studentinnen gegen das Urteil des Amtsgerichts Fürstenfeldbruck² als unbegründet. Maßgeblich für die Entscheidung ist insbesondere die zivilrechtliche Bewertung der Eigentumsverhältnisse an den entsorgten Lebensmitteln.

LEITSÄTZE DER AUTOREN

1. Auch wertlose Gegenstände sind taugliche Diebstahlsobjekte.
2. Der Eigentümer macht für Dritte deutlich erkennbar, dass keine Einwilligung in die Mitnahme von entsorgten Lebensmitteln besteht, wenn der Container abgesperrt auf dem Firmengelände zur Abholung durch ein Entsorgungsunternehmen bereitsteht.

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

Strafbarkeit gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB

A. Tatbestand

I. Objektiver Tatbestand

1. Bewegliche Sache
2. Fremdheit
3. Wegnahme

II. Subjektiver Tatbestand

1. Vorsatz
2. Zueignungsabsicht

III. Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung und entsprechender Vorsatz

B. Rechtswidrigkeit

C. Schuld

I. Verbotsirrtum

II. Gewissenstat

D. Strafzumessung

I. Verschlissenes Behältnis

II. Sicherungsfunktion

III. Geringwertigkeit

E. Strafantrag

F. Ergebnis

¹ BMEL, <https://www.bmel.de/DE/themen/ernaehrung/lebensmittelverschwendung/studie-lebensmittelabfaelle-deutschland.html> (Abruf v. 05.01.2022).

² AG Fürstenfeldbruck, Urt. v. 30.01.2019 – 3 Cs 42 Js 26676/18.

Strafbarkeit gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB
A und B könnten sich wegen besonders schweren Diebstahls gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem sie den verschlossenen Container mit ihrem Vierkantschlüssel öffneten und die dort enthaltenen Lebensmittel mitnahmen.

A. Tatbestand

A und B müssten objektiv wie subjektiv tatbestandlich gehandelt haben.

I. Objektiver Tatbestand

Zunächst müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein. Dies ist der Fall, wenn A und B fremde bewegliche Sachen weggenommen haben.

1. Bewegliche Sache

Die aussortierten Lebensmittel müssten bewegliche Sachen sein. Bewegliche Sachen sind körperliche Gegenstände, die tatsächlich fortbewegt werden können.³ A und B entnahmen die Lebensmittel aus dem Container; es handelte sich also um greifbare bewegliche Gegenstände.

Fraglich ist jedoch, ob Gegenstände, die keinerlei wirtschaftlichen oder ideellen Wert haben, überhaupt eine schützenswerte Sachqualität aufweisen. Dafür muss zunächst geprüft werden, ob weggeworfene Lebensmittel überhaupt wirtschaftlich und ideell wertlos sind.

a) Wert weggeworfener Lebensmittel

Bei den weggeworfenen Lebensmitteln handelt es sich um Lebensmittel, die das Mindesthaltbarkeitsdatum überschritten haben. Mit Erreichen des Mindesthaltbarkeitsdatums sind die Produkte jedoch nicht automatisch verdorben.⁴ So können abgelaufene, unverkaufte Lebensmittel beispielsweise durch die Weitergabe an Zoos oder die App „Too Good To Go“ verwertet werden. Indem S die Lebensmittel jedoch entsorgte, macht er deutlich, dass er die Lebensmittel nicht weiter veräußern möchte und den Lebensmitteln ihren wirtschaftlichen Wert abspricht. Ob den Lebensmitteln ein ideeller Wert zukommt, kann im

Endeffekt dahinstehen, wenn auch wertlose Sachen vom Sachbegriff des § 242 StGB erfasst werden.

b) Schützenswerte Sachqualität bei Wertlosigkeit

Einerseits wird vertreten, dass alle körperlichen Gegenstände ohne Rücksicht auf ihren wirtschaftlichen und ideellen Wert unter den Sachbegriff zu subsumieren und schützenswert sind.⁵ Die Wertlosigkeit einer Sache als solche dürfe einem Dritten nicht das Recht zur Wegnahme gewähren.⁶

c) Keine schützenswerte Sachqualität bei Wertlosigkeit

Andererseits wird vertreten, dass Gegenstände, denen weder ein materieller noch ein immaterieller Wert zukommt, keine schützenswerten Sachen darstellen. Es fehle dann an einem Strafbedürfnis.⁷ Zur Begründung wird aufgeführt, dass bei § 303 StGB, der die Zerstörung wertloser Gegenstände nicht als Sachbeschädigung erfasst, ein gewisser Wert der Sache verlangt wird. Es erscheine widersprüchlich, wenn wertlose Sachen zwar zerstört werden, jedoch nicht weggenommen und behalten werden dürften. Wertlosen Gegenständen sei somit keine schützenswerte Sachqualität zuzuweisen.

d) Stellungnahme

Die Meinungen kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass eine Stellungnahme erfolgen muss. Anders als bei den Vermögensdelikten, wie beispielsweise Betrug oder Untreue, die das Vermögen als Ganzes schützen, dient der Straftatbestand des Diebstahls gem. § 242 StGB dem Schutz des Eigentums als formale Rechtsposition.⁸ Der Eigentümer soll i.S.d. § 903 BGB mit seiner Sache nach Belieben frei verfügen können und andere von der Einwirkung ausschließen dürfen.⁹ Diebstahl ist auf die eigentumsanmaßende Wegnahme einer bestimmten Sache gerichtet; und zwar ohne Rücksicht darauf, ob und inwieweit dadurch der Eigentümer einen wirtschaftlichen Vermögensnachteil erleidet bzw. der Täter einen entsprechenden Vermögensvorteil erstrebt.¹⁰ § 242 StGB ist mithin ein Zueignungsdelikt und kein Bereicherungsdelikt.¹¹

Die Sachbeschädigung gem. § 303 StGB stellt wie der

³ Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I: Vermögensdelikte, 23. Aufl. 2021, § 2 Rn. 8.

⁴ Verbraucherzentrale NRW und Bayern, <https://www.verbraucherzentrale.de/wissen/lebensmittel/auswählen-zubereiten-aufbewahren/mindesthaltbarkeitsdatum-mhd-ist-nicht-gleich-verbrauchsdatum-13452> (Abruf v. 30.01.22).

⁵ Jäger, Zur Strafbarkeit des Mülltauchens, JA 2020, 393 (394); Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht Besonderer Teil 2, 44. Aufl. 2021, Rn. 74.

⁶ Lorenz, Urteilsanmerkung, FD-StrafR 2019, 422440 (422440).

⁷ Schiemann, „Containern“ – Strafbar aber nicht strafwürdig?, KriPoZ 4/2019, 231 (232).

⁸ Bosch in: Schönke/Schröder, StGB Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 4.

⁹ Wittig in: v. Heintschel-Heinegg, Beck'scher Online-Kommentar StGB, 51. Ed. 2021, § 242 Rn. 2.

¹⁰ Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 8), § 242 Rn. 4.

¹¹ Jäger (Fn. 5), JA 2020, 393 (394).

Diebstahl ein Eigentumsdelikt dar, verlangt aber einen gewissen Wert der Sache. Die zweite Meinung überträgt diesen Rechtsgedanken auf § 242 StGB. Der Unterschied zur Sachbeschädigung besteht jedoch darin, dass beim Diebstahl ein vollständiger Sachentzug und somit eine Aufhebung der Herrschaftsbeziehung erfolgt. Bei einer Sachbeschädigung handelt der Täter zudem ohne Zueignungsabsicht, während bei einem Diebstahl der Täter die weggenommene Sache behalten will, also Zueignungsabsicht aufweist.¹² Die Fälle sind insoweit also nicht vergleichbar, sodass auch kein Wertungswiderspruch besteht und der Rechtsgedanke des § 303 StGB nicht auf § 242 StGB übertragen werden kann. § 242 StGB schützt im Gegensatz zu § 303 StGB die formale Eigentumsposition, unabhängig vom Wert der Sache.¹³ Die erste Meinung ist daher vorzugswürdig. Auch Gegenstände, die keinerlei wirtschaftlichen oder ideellen Wert aufweisen, sind vom Sachbegriff des § 242 StGB umfasst und geschützt.

e) Zwischenergebnis

Die aussortierten Lebensmittel sind bewegliche Sachen.

2. Fremdheit

Ferner müssten die Lebensmittel für A und B fremd gewesen sein. Fremd ist eine Sache, wenn sie zumindest im Miteigentum eines anderen steht und nicht herrenlos geworden ist.¹⁴ Die Lebensmittel standen zunächst im Eigentum des S. Durch die Entsorgung im Abfallcontainer könnte S aber sein Eigentum an den Lebensmitteln aufgegeben haben, also eine Dereliktion gem. § 959 BGB vorliegen. In diesem Fall wären die Lebensmittel herrenlos geworden, also mangels Fremdheit kein taugliches Tatobjekt i.S.d. § 242 StGB.

a) Dereliktion gem. § 959 BGB

Ob bei der Entsorgung von Lebensmitteln eine Dereliktion gem. § 959 BGB vorliegt, ist umstritten und hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.¹⁵ Voraussetzung der Eigentumsaufgabe nach § 959 BGB ist die Absicht des Eigentümers, auf sein Eigentum zu verzichten.¹⁶ S hat seinen Willen, das Eigentum an den abgelaufenen Lebensmitteln aufzugeben, nicht ausdrücklich getätigt. Er könnte jedoch

seinen konkludenten Willen durch das Wegwerfen manifestiert haben.

Grundsätzlich kann bei der Entledigung von reinen Abfällen von einer Eigentumsaufgabe ausgegangen werden.¹⁷ Allerdings trifft dies nur zu, wenn dem Eigentümer das rechtliche Schicksal der Sache gleichgültig geworden ist, er sich also ungezielt der Sache entledigen möchte.¹⁸ Will der Eigentümer aber nur zugunsten einer anderen Person oder Organisation das Eigentum aufgeben, ist dem Eigentümer das rechtliche Schicksal gerade nicht egal. Vielmehr liegt dann eine gezielte Eigentumsübertragung und keine ungezielte Entledigung vor.

Der Container befand sich auf dem Firmengelände des S und nicht im öffentlichen Raum. Zusätzlich war der Container abgeschlossen, um den Zugriff durch Unbefugte zu verhindern. Als Supermarkt trifft S zudem die Verpflichtung, den angefallenen Müll ordnungsgemäß zu entsorgen und dies auch sicherzustellen.¹⁹ Aus diesem Grund wurde durch S eigens für die Entsorgung der Lebensmittel ein Unternehmen beauftragt und bezahlt. S war es folglich nicht gleichgültig, wer an die weggeworfenen Lebensmittel gelangt. Er wollte das Eigentum der Lebensmittel vielmehr nur dem Entsorgungsunternehmen übertragen. Zwar war der Verschluss des Containers durch ein allgemein zugängliches Werkzeug (Vierkantschlüssel) – und nicht nur mit einem Spezialschlüssel des S – zu öffnen, doch wird ein solches Werkzeug in der Regel nicht von Passanten mitgeführt.²⁰ Mithin wollte sich S durch das Schloss am Container gegen eine Zueignung Nichtberechtigter sichern.

Gegen eine ungezielte Entledigung spricht weiterhin, dass S durch die Entsorgung im verschlossenen Container deutlich macht, dass er für die Unverträglichkeit der abgelaufenen Waren bei Dritten nicht aufkommen möchte. Würde S die Mitnahme abgelaufener Lebensmittel gestatten, bestünde zudem die Gefahr, dass potenzielle Kunden in Zukunft nicht mehr einkaufen gehen, sondern sich „kostenlos“ an den weggeworfenen Waren im Container bedienen. Dadurch könnte S Kunden verlieren und einen erheblichen Gewinnverlust davontragen, was wohl kaum in seinem Interesse liegt.

Ein konkludent getätigter Eigentumsverzichtswille liegt

¹² Schiemann (Fn. 7), KriPoZ 4/2019, 231 (232).

¹³ Jäger (Fn. 5), JA 2020, 393 (394).

¹⁴ Rengier, StraFR BT I (Fn. 3), § 2 Rn. 9.

¹⁵ Schmitz in: Erb/Schäfer, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2020, § 242 Rn. 35.

¹⁶ Schiemann (Fn. 7), KriPoZ 4/2019, 231 (232).

¹⁷ Schiemann (Fn. 7), KriPoZ 4/2019, 231 (233).

¹⁸ BeckRS 2019, 24051 Rn. 8f.; Jahn, Strafrecht BT: „Containern“ als Diebstahl, JuS 2020, 85 (86).

¹⁹ BeckRS 2019, 24051 Rn. 11; Schiemann (Fn. 7), KriPoZ 4/2019, 231 (233).

²⁰ Vgl. Jahn (Fn. 18), JuS 2020, 85 (86).

nicht vor. Dementsprechend ist eine Dereliktion gem. § 959 BGB zu verneinen.

b) Zwischenergebnis

Die abgelaufenen Lebensmittel sind nicht herrenlos geworden, sondern stehen weiterhin im Eigentum des S. Folglich waren die Lebensmittel für A und B fremd i.S.d. § 242 StGB.

Anmerkung: Anders ist der Fall zu bewerten, wenn der Container öffentlich zugänglich und ohne bestimmtes Werkzeug von jedermann zu öffnen wäre.

3. Wegnahme

A und B müssten die Lebensmittel weggenommen haben. Eine Wegnahme liegt vor, wenn fremder Gewahrsam gebrochen und dadurch neuer, nicht unbedingt tätereigener, Gewahrsam begründet wird.²¹ Gewahrsam ist die tatsächliche Sachherrschaft, welche von einem natürlichen Herrschaftswillen getragen wird und deren Reichweite von der Verkehrsanschauung bestimmt wird.²² Der Container befand sich auf dem Gelände des S, sodass die Angestellten und der Filialleiter Sachherrschaft über den Inhalt des Containers ausübten. Mithin lag fremder Gewahrsam vor.

Spätestens mit Verlassen des Firmengeländes haben A und B die Beherrschungsmöglichkeit des S über die Lebensmittel aufgehoben und neuen, eigenen Gewahrsam begründet.

Die Studentinnen müssten dabei den Gewahrsam des S gebrochen haben; also gegen oder ohne den Willen des S gehandelt haben. S hat nur dem Entsorgungsunternehmen eine ausdrückliche Erlaubnis zur Wegnahme der Lebensmittel erteilt, nicht jedoch A und B. Das Aussondern von Lebensmitteln in einem verschlossenen Container stellt kein Einverständnis in die Wegnahme durch jedermann dar. Ein tatbestandsausschließendes Einverständnis des S bezüglich des Gewahrsamswechsels lag somit nicht vor. A und B haben fremden Gewahrsam gebrochen und neuen, eigenen Gewahrsam begründet. Eine Wegnahme liegt vor.

4. Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

II. Subjektiver Tatbestand

Des Weiteren müsste der subjektive Tatbestand vorliegen.

1. Vorsatz

A und B müssten vorsätzlich bezüglich der Wegnahme der Lebensmittel gehandelt haben. Vorsatz ist die bewusste und gewollte Verwirklichung des Tatbestandes in Kenntnis aller objektiven Tatbestandsmerkmale zum Tatzeitpunkt.²³ A und B wollten die abgelaufenen Lebensmittel des S wegnehmen und wussten auch, dass der Container für Unbefugte verschlossen war, weswegen sie einen Vierkantschlüssel mitnahmen. A und B handelten mithin vorsätzlich.

2. Zueignungsabsicht

Ferner müssten A und B mit Zueignungsabsicht gehandelt haben. Die Zueignungsabsicht umfasst den Vorsatz dauerhafter Enteignung und die Absicht einer zumindest vorübergehenden Aneignung.²⁴ A und B wollten die Lebensmittel für sich zur eigenen Verwertung behalten und nicht zurückgeben. Sie wussten, dass sie dadurch S aus seiner Eigentumsposition bezüglich der Lebensmittel verdrängen würden. Vorsatz bezüglich einer dauerhaften Enteignung und Absicht einer Aneignung der Lebensmittel liegen folglich vor. A und B handelten mit Zueignungsabsicht.

3. Zwischenergebnis

Der subjektive Tatbestand liegt vor.

III. Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung und entsprechender Vorsatz

Die erstrebte Zueignung der Lebensmittel war objektiv rechtswidrig, was A und B auch bewusst war.

IV. Zwischenergebnis

A und B haben den Tatbestand des Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB erfüllt.

B. Rechtswidrigkeit

A und B müssten rechtswidrig gehandelt haben. Dies ist der Fall, wenn keine Rechtfertigungsgründe vorliegen.

In Betracht kommt eine Einwilligung des S als ungeschriebener Rechtfertigungsgrund. Die Einwilligung erfordert die ausdrückliche und freiwillige Zustimmung

²¹ Rengier, StrafR BT I (Fn. 3), § 2 Rn. 22.

²² Ebd., § 2 Rn. 23.

²³ Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 14 Rn. 5.

²⁴ Rengier, StrafR BT I (Fn. 3), § 2 Rn. 89.

des Rechtsgutinhabers, die S jedoch gerade nicht gegeben hat.

Die Tat könnte allerdings wegen einer mutmaßlichen Einwilligung das Verhalten der Studentinnen rechtfertigen. Die mutmaßliche Einwilligung ist ebenfalls nicht gesetzlich normiert, aber gewohnheitsrechtlich allgemein anerkannt.²⁵ Als Surrogat für eine nicht einholbare tatsächliche Einwilligung ist die mutmaßliche Einwilligung dieser gegenüber nachrangig. Grundsätzlich ist sie also nur dann maßgeblich, wenn der Betroffene nicht (rechtzeitig) gefragt werden kann.²⁶ Es wäre durchaus zumutbar gewesen, bei S im Vorfeld eine Erlaubnis einzuholen, sodass grundsätzlich nicht auf sein mutmaßliches Interesse abgestellt werden darf. Eine Ausnahme besteht jedoch dann, wenn anzunehmen ist, dass der Betroffene keinen Wert auf eine Befragung legt.²⁷ Dennoch muss das Handeln im (vermeintlichen) subjektiven Interesse des Betroffenen liegen, sodass eine Rechtfertigung stets scheitert, wenn ein entgegenstehender Wille – unabhängig von seiner objektiven Bewertung – erkennbar ist.²⁸ S hat die betreffenden Container verschlossen und somit Sicherheitsvorkehrungen getroffen. Diese machen deutlich, dass S am Verbleib der Ware im Container bis zur Abholung interessiert ist. Allein anhand objektiver Wertungen darf dieser erkennbare Wille nicht übergangen werden. Mangels (mutmaßlicher) Einwilligung des S handelten A und B rechtswidrig.

Anmerkung: Hätten A und B in der Absicht gehandelt, die entwendeten Lebensmittel jemandem, der zu verhungern droht, zukommen zu lassen, käme ein rechtfertigender Notstand gem. § 34 StGB in Betracht.

C. Schuld

A und B müssten schuldhaft gehandelt haben.

I. Verbotsirrtum

A und B könnten einem Verbotsirrtum gem. § 17 StGB unterliegen, der die Schuld entfallen lässt, wenn die Fehlvorstellung über die Strafbarkeit des betreffenden Verhaltens unvermeidbar war. In Anbetracht der öffentlichen Aufmerksamkeit, die dem Thema Containern zunehmend

zuteilwird, und der bewusst gewählten späten Tatzeit ist bereits zweifelhaft, ob A und B überhaupt das Unrechtsbewusstsein fehlte.

Weiterhin sind an die Vermeidbarkeit hohe Anforderungen zu stellen. Die Täterinnen müssten ihre individuellen Fähigkeiten und Erkenntnismöglichkeiten, die Einholung von Rechtsrat eingeschlossen, vollumfänglich genutzt haben.²⁹ Es wäre A und B durch eigene Recherche oder Einschaltung eines Juristen möglich und zumutbar gewesen, im Vorfeld ihrer Handlung die rechtliche Bewertung des Containerns in Erfahrung zu bringen. Ein möglicher Verbotsirrtum war somit zumindest vermeidbar, sodass A und B nicht nach § 17 StGB entschuldigt sind.

II. Gewissenstat

A und B handelten, um der Lebensmittelverschwendung entgegenzuwirken, also aus ideologischen Gründen, sodass eine Entschuldigung wegen einer Gewissenstat möglich erscheint.

Eine Gewissensentscheidung ist jede ernste sittliche, d.h. an den Kategorien von „Gut“ und „Böse“ orientierte, Entscheidung, die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, sodass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte.³⁰ Ein darauf beruhender Rechtfertigungsgrund ist zwar gesetzlich nicht normiert, könnte jedoch vor dem Hintergrund der Glaubens- und Gewissensfreiheit des Art. 4 GG begründet werden.³¹ Handelt jemand aufgrund seiner grundrechtlich garantierten Gewissensbetätigung, könnte der grundrechtliche Schutz auch ein ansonsten strafbares Verhalten entschuldigen.

Allerdings wird bei einer pauschalen Entschuldigung von Gewissenstaten verkannt, dass der Gewissensfreiheit des Täters gegebenenfalls die Grundrechte Dritter, etwa der Eigentumsschutz aus Art. 14 GG, als verfassungsimmanente Schranken entgegenstehen.³² Weiterhin ist nicht hinnehmbar, dass der allgemeine Geltungs- und Normbefolgungsanspruch des Gesetzes aufgrund einer inneren subjektiven Verpflichtung wirkungslos wird.³³ Sachgemäß ist

²⁵ Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 474.

²⁶ Paeffgen/Zabel in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, Vor §§ 32ff. Rn. 160.

²⁷ Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder (Fn. 8), Vor §§ 32ff. Rn. 54.

²⁸ Ebd., Vor §§ 32ff. Rn. 57.

²⁹ Rengier, StrafR AT (Fn. 23), § 31 Rn. 20.

³⁰ BVerfGE 12, 45 (55).

³¹ Paeffgen/Zabel in: StGB (Fn. 26), Vor §§ 32ff. Rn. 297.

³² Roxin, Zur strafrechtlichen Behandlung der Gewissenstat, GA 2011, 1 (3f.).

³³ Maier in: MüKo StGB (Fn. 15), § 46 Rn. 209.

allenfalls eine Strafmilderung.³⁴ Das Handeln von A und B aufgrund ihrer moralischen Vorstellungen vermag keine Entschuldigung zu begründen, sodass ihr Handeln auch schuldhaft erfolgte.

D. Strafzumessung

A und B könnten das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB verwirklicht haben, indem sie zum Öffnen des Containers einen Vierkantschlüssel als Werkzeug einsetzten.

I. Verschlussenes Behältnis

Der Container müsste ein verschlossenes Behältnis i.S.d. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB sein. Ein verschlossenes Behältnis liegt vor, wenn ein zur Verwahrung dienender Raum nicht ohne Weiteres zugänglich ist, sondern Schutzvorrichtungen überwunden werden müssen, um den Inhalt zu entnehmen.³⁵ Der betreffende Container diene der Aufbewahrung der entsorgten Lebensmittel und war mit einem Vierkantschloss gesichert, sodass ein ungehinderter Zugriff unterbunden werden sollte. Es handelt sich damit um ein verschlossenes Behältnis i.S.d. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB.

II. Sicherungsfunktion

Das verschlossene Behältnis müsste weiterhin gerade der besonderen Sicherung gegen eine Wegnahme dienen. Ein Vierkantschlüssel, wie er von A und B verwendet wurde, ist problemlos erwerbbar, sodass die besondere Sicherungsfunktion fehlen könnte. Telos des Regelbeispiels ist es, die höhere kriminelle Energie zu sanktionieren, die der Täter aufbringen muss, um die entsprechende Vorkehrung zu überwinden.³⁶ An diesem erhöhten Unrecht fehlt es, wenn ein passendes Öffnungswerkzeug in einem unmittelbaren räumlichen Zusammenhang problemlos auffindbar ist, wie etwa ein Schlüssel, der sich im Schloss befindet.³⁷ A und B hingegen mussten sich im Vorfeld ein passendes Werkzeug besorgen und gesteigerte Bemühungen anstellen, um den besonderen Schutz zu überwinden. Sie handelten dabei in Kenntnis des Schlosses und wussten, dass die besondere Sicherung mit dem Vierkantschlüssel beseitigt werden konnte. Folglich haben sie – auch subjektiv – das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB erfüllt.

III. Geringwertigkeit

Die besondere Schwere könnte jedoch ausnahmsweise nach § 243 Abs. 2 StGB wegen Geringwertigkeit entfallen. Die Geringwertigkeitsschwelle liegt etwa bei EUR 50,00. Maßgeblich ist der Verkehrswert zur Zeit der Tat, nicht der ursprüngliche Verkaufswert.³⁸ Bei Lebensmitteln, die bewusst entsorgt wurden, ist davon auszugehen, dass diese unverkäuflich sind. Die Waren, die lediglich noch der Entsorgung zugeführt werden sollten – also als Abfall zu bewerten sind –, waren daher quasi wertlos. Ein besonders schwerer Fall ist somit gem. § 243 Abs. 2 StGB wegen Geringwertigkeit ausgeschlossen.

E. Strafantrag

Nach § 248a StGB ist auf Grund der Geringwertigkeit ein Strafantrag oder ein besonderes Interesse an der Strafverfolgung erforderlich. Zwar hat S zunächst einen Strafantrag gestellt, diesen dann aber zurückgenommen, sodass ein Strafantrag nicht vorliegt. Allerdings hat die Staatsanwaltschaft ein besonderes öffentliches Interesse angenommen. Diese Einschätzung ist nicht gerichtlich nachprüfbar.³⁹

F. Ergebnis

A und B haben sich wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

FAZIT

Aufgrund der Tatsache, dass die Rettung entsorgter Lebensmittel vielfach nicht nur als nicht strafwürdig, sondern sogar als ehrenwert empfunden wird, stieß der Schuldspruch auf viel Kritik. Auch die Studentinnen empfanden die Entscheidung als rechtswidrig und rügten daraufhin im Wege einer Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG eine Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG.⁴⁰ Das BVerfG wies die Beschwerde mit Hinweis darauf ab, dass sein Kompetenzbereich sich lediglich auf die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit, die gegeben sei, beschränke. Insbesondere knüpfte Art. 14 GG, der das Eigentum des S schützt, gerade nicht an den Wert einer Sache, sondern

³⁴ Ebd.

³⁵ Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 8), § 243 Rn. 22.

³⁶ Rengier, Strafr BT I (Fn. 3), § 3 Rn. 21.

³⁷ Rengier, Strafr BT I (Fn. 3), § 3 Rn. 26.

³⁸ Schmitz in: MüKo StGB (Fn. 15), § 243 Rn. 67.

³⁹ Fischer, Strafgesetzbuch, 68. Aufl. 2021, § 248 a Rn. 7 i.V.m. § 230 Rn. 3.

⁴⁰ BVerfG, Beschl. v. 05.08.2020 – 2BvR 1985/19.

an das umfassende Verfügungsrecht des Eigentümers an, sodass auch der Schutz wertloser Sachen nicht zu beanstanden sei.⁴¹ Das BVerfG sei nicht befugt, eine Zweckmäßigkeitsprüfung durchzuführen. Vielmehr sei es Aufgabe der Legislative, entsprechend kriminalpolitischer Entscheidungen den Rahmen strafrechtlichen Handelns zu definieren.⁴²

Die Betonung der verfassungsrechtlich bedeutenden Gewaltenteilung durch das BVerfG verdient Zustimmung. Der Gesetzgeber ist aufgerufen, der Vernichtung und Verschwendung von Lebensmitteln entgegenwirken. Zur Umsetzung dieser Ziele erging am 15.04.2019 ein Antrag im Bundestag mit dem Vorschlag, Lebensmittelabfälle als herrenlose Sachen zu definieren, um auf diesem Weg das Containern zu entkriminalisieren.⁴³

Ein weiterer Ansatz wäre es, von der Einstellungsmöglichkeit der §§ 153, 153a StPO flächendeckend Gebrauch zu machen. Zwar besteht diese Möglichkeit bereits, allerdings zeigt die Praxis, dass diese nicht gleichermaßen genutzt wird.⁴⁴ Erstrebenswert wäre eine großzügige einheitliche Einstellungspraxis durch behördliche Weisungen, um dieser Ungleichheit entgegenzuwirken.⁴⁵ Diese Möglichkeit stößt jedoch an ihre Grenzen, wenn ein Fall des § 244a Abs. 1 StGB – beispielsweise weil eine Gruppe regelmäßig gemeinsam containert – vorliegt; denn dann liegt kein nach §§ 153, 153a StPO einstellungsfähiges Vergehen, sondern ein Verbrechen gem. § 12 Abs. 1 StGB vor.

In anderen Ländern, wie etwa Frankreich, sind Supermärkte ab einer gewissen Größe verpflichtet, nichtverkaufte Lebensmittel an gemeinnützige Organisationen abzugeben.⁴⁶ Durch eine derartige gezielte Abgabe würde nicht nur der Lebensmittelverschwendung entgegengewirkt, sondern auch zugunsten des Supermarktes verhindert, dass potenziell zahlungsfähige Kunden sich an den Containern bedienen, statt im Supermarkt zu zahlen.

⁴¹ Muckel, Strafbarkeit des „Containerns“ verstößt nicht gegen Grundrechte, JA 2020, 956 (958).

⁴² BVerfGE 27, 18 (30); 123, 267 (360); ebd.

⁴³ BT-Drucksache 19/9345 S. 2.

⁴⁴ Schieman (Fn. 7), KriPoZ 4/2019, 231 (236).

⁴⁵ Ebd.

⁴⁶ Ebd.

Betreten eines Abgeordnetenbüros

stud. iur. Lea Köhne

BVerfG, Beschl. v. 09.06.2020, Az. 2 BvE 2/19

Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG; Art. 40 Abs. 2 GG; Art. 47 GG; § 23 Dienstanweisung für den Polizeivollzugsdienst der Polizei beim Deutschen Bundestag

Sachverhalt

Abgeordneter A ist Teil der L-Fraktion im Deutschen Bundestag. Als solcher wurde ihm ein Büro im Parlamentsgebäude zugewiesen, das sich im zweiten Obergeschoss befindet und von ihm für seine Mandatsstätigkeit genutzt wird.

Im September 2019 hielt sich der türkische Präsident E für einen Staatsbesuch in Berlin auf. Im Zuge dessen wurden verschiedene Straßen im Regierungsviertel, in welchem Gebiet sich auch das betroffene Parlamentsgebäude befand, geschlossen. A plakatierte seine Fenster im Büro von innen mit DIN-A 4 Plakaten, die Zeichen der kurdischen YPG zeigten, sodass diese von der Straße aus sichtbar waren.

Bei einem Kontrollgang entdeckten Polizeibeamte des Bundestags von außen die Plakate. Sie betraten daraufhin die Büroräume, aber konnten A nicht antreffen. Ohne den Versuch, telefonisch oder anderweitig Kontakt zu A aufzunehmen, entfernten sie die Plakate und begründeten dies mit dem Besuch des türkischen Staatspräsidenten. Zu diesem Zeitpunkt war die Straßensperrung bereits wieder aufgehoben. Auch wurden die Plakatierungen bis dahin nicht durch Dritte wahrgenommen.

A fühlt sich durch dieses Vorgehen, das er dem Bundestagspräsidenten B anlastet, in seiner freien Mandatsausübung verletzt und wendet sich daher an das BVerfG. Er macht eine Verletzung seiner Rechte aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG i.V.m. Art. 40 Abs. 2 S. 2 und Art. 47 GG wegen des Betretens und Durchsuchens geltend.

Hat der Antrag des A vor dem BVerfG Aussicht auf Erfolg?

Bearbeitungsvermerk: Auf die Dienstanweisung für den Polizeivollzugsdienst der Polizei beim Deutschen Bundestag (DA-PVD) wird hingewiesen.

§ 1 DA-PVD Grundlagen

(1) ¹Die Präsidentin/Der Präsident des Deutschen Bundestages übt das Hausrecht und die Polizeigewalt im Gebäude des Deutschen Bundestages aus (Art. 40 Abs. 2 Grundgesetz, § 7 Abs. 2 Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages). ²Dazu bedient sie/er sich des Polizei- und Sicherheitsdienstes beim Deutschen Bundestag. ³Die Ausübung der polizeilichen Befugnisse ist dem Polizeivollzugsdienst beim Deutschen Bundestag (Polizei) übertragen. [...]

§ 7 DA-PVD Verantwortlichkeit für das Verhalten von Personen

(1) Verursacht eine Person eine Gefahr, so sind die Maßnahmen gegen sie zu richten. [...]

§ 8 DA-PVD Verantwortlichkeit für den Zustand von Sachen

(1) Geht von einer Sache eine Gefahr aus, so sind die Maßnahmen gegen den Inhaber der tatsächlichen Gewalt zu richten.

(2) ¹Maßnahmen können auch gegen die Eigentümerin/den Eigentümer oder eine andere Berechtigte/einen anderen Berechtigten gerichtet werden. ²Dies gilt nicht, wenn die Inhaberin/der Inhaber der tatsächlichen Gewalt diese ohne den Willen der Eigentümerin/des Eigentümers oder Berechtigten ausübt.

(3) Geht die Gefahr von einer herrenlosen Sache aus, so können die Maßnahmen gegen denjenigen gerichtet werden, der das Eigentum an der Sache aufgegeben hat.

§ 23 DA-PVD Betreten und Durchsuchen von Räumen

- (1) Die Polizei kann einen Raum ohne Einwilligung der Benutzerin/des Benutzers zur Abwehr einer Gefahr betreten.
- (2) Die Polizei kann einen Raum ohne Einwilligung der Benutzerin/des Benutzers durchsuchen, wenn
1. Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sich in ihm eine Person befindet, die nach § 15 Abs. 3 vorgeführt oder nach § 17 in Gewahrsam genommen werden darf,
 2. Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sich in ihm eine Sache befindet, die nach § 25 Nr. 1 sichergestellt werden darf oder
 3. dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder für Sachen von bedeutendem Wert erforderlich ist.
- (3) ¹Die Durchsuchung ist – außer bei gegenwärtiger erheblicher Gefahr – nur mit Genehmigung der Präsidentin/des Präsidenten des Deutschen Bundestages zulässig. ²Die Präsidentin/Der Präsident ist unverzüglich vom Ergebnis der Durchsuchung zu unterrichten.

EINORDNUNG

Das BVerfG beschäftigt sich in seinem Beschluss mit der Freiheit des Mandats und bestimmt, dass zur effektiven Mandatsausübung auch die ungestörte Nutzung der Abgeordnetenbüros zählt. Insofern fällt unter Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG auch die Integrität der Büros. Abgeordnete müssen die ihnen zur Verfügung gestellte Infrastruktur (Arbeitscomputer, Räumlichkeiten etc.) nutzen können, ohne befürchten zu müssen, dass Dritte durch Betreten der Büros unberechtigt Einblick in ihre Arbeit erlangen.

Das BVerfG entwickelt seine Rechtsprechung zum Abgeordnetenschutz weiter und knüpft an die 2013 ergangene „Ramelow-Entscheidung“ an.¹ In dieser entschied das BVerfG, dass die Überwachung des damaligen Bundestagsmandatsträgers Bodo Ramelow durch den Verfassungsschutz seine Rechte aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG beeinträchtigt, da das Gefühl der Beobachtung zu einer mittelbaren Beeinflussung der freien Kommunikation führen kann. Insofern wird der in der Ramelow-Entscheidung entwickelte Schutz der Kommunikation der Abgeordneten, zu welcher der Kontakt zu Bürgern, der Partei und die inhaltliche Arbeit in der Fraktion als solche zählt, auch auf den räumlichen Bereich der Abgeordnetenbüros, die den Einblick in die Kommunikation erst ermöglichen, ausgeweitet.

Die Frage, ob die Polizeigewalt des Bundestagspräsidenten aus Art. 40 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG auf Rechtfertigungsebene als Ermächtigungsgrundlage für polizeiliches Eingreifen tragfähig ist, ist in der Literatur stark umstritten.² Das

BVerfG hat diese Frage in der vorliegenden Entscheidung explizit offengelassen.³ Insofern wird Art. 40 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG das BVerfG voraussichtlich auch in der Zukunft wieder beschäftigen. Gerade deshalb bietet sich diese Fallkonstellation weiterhin ideal für die Prüfung an.

Sonst eher selten, aber in dieser Fallkonstellation höchst-relevant ist die Frage, ob tatsächlich ein verfassungsrechtlicher Streit vorliegt, da die Beamten originär polizeirechtliche Befugnisse ausüben. Insofern spiegelt sich hier der aus der verwaltungsrechtlichen Klausur bekannte Prüfungspunkt der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit wider.

REDAKTIONELLE LEITSÄTZE

1. Streitigkeiten über die Rechtmäßigkeit der Polizeigewalt des Bundestagspräsidenten aus Art. 40 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG gegenüber Bundestagsabgeordneten sind verfassungsrechtlicher Natur.

2. Aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG folgt das Recht der Bundestagsabgeordneten, die ihnen zugewiesenen Räumlichkeiten ohne Beeinträchtigungen Dritter zu nutzen.

3. Der Bundestagspräsident darf seine Polizeigewalt aus Art. 40 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG nur unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit und im Einklang mit den einschlägigen Verwaltungsvorschriften (§ 23 DA-PVD) ausüben.

¹ Vgl. BVerfGE 134, 141.

² Siehe dazu Brocker in: BeckOK-GG, 49. Edition 2021, Art. 40 Rn. 50; Groh in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 40 Rn. 30; m.w.N. Klein in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 95. EL 2021, Art. 40 Rn. 170f.

³ Kritisch dazu Hillgruber, Verstoß gegen Art. 38 I 2 GG durch polizeiliches Betreten eines Abgeordnetenbüros, JA 2020, 875 (877).

4. Der DA-PVD kommt als ermessenslenkende Innenvorschrift über Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG Bindungswirkung zu, sodass Maßnahmen die nicht der DA-PVD entsprechen, den Grundsatz der Gleichbehandlung der Abgeordneten verletzen.

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit des BVerfG

II. Beteiligtenfähigkeit

III. Antragsgegenstand

IV. Antragsbefugnis

V. Form und Frist

VI. Rechtsschutzbedürfnis

B. Begründetheit

I. Gewährleistungsbereich

II. Beeinträchtigung

III. Rechtfertigung

1. Art. 40 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG als taugliche Ermächtigungsgrundlage

2. Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 DA-PVD

a) Tatbestand

b) Störer

c) Rechtsfolge

IV. Ergebnis

Der Antrag des A vor dem BVerfG hat Erfolg, soweit er zulässig und begründet ist. In Betracht kommt ein Organstreitverfahren gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 13 Nr. 5 BVerfGG, §§ 63ff. BVerfGG.

A. Zulässigkeit

Der Antrag müsste zulässig sein.

I. Zuständigkeit des BVerfG

Das BVerfG ist für die Entscheidung eines Organstreitverfahrens nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 13 Nr. 5 BVerfGG, §§ 63ff. BVerfGG zuständig.

Kern der Streitigkeit müsste nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG die Auslegung des Grundgesetzes aus Anlass von Streitigkeiten

über den Umfang der Rechte und Pflichten eines der Beteiligten sein. Mithin wird eine verfassungsrechtliche Streitigkeit vorausgesetzt.

Die Beteiligten streiten sich um die Rechtmäßigkeit der Ausübung der Polizeigewalt, sodass eine verfassungsrechtliche Natur zumindest zweifelhaft erscheint. Wegen des polizeilichen Kontexts des Handelns der Beamten könnte es sich auch um eine polizeirechtliche Streitigkeit handeln, die vor dem Verwaltungsgericht zu verhandeln wäre. Diese Überlegung könnte auch dadurch gestützt werden, dass Art. 40 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG den Bundestagspräsidenten zu einer speziellen Polizeibehörde macht.⁴

Zur Abgrenzung des Verwaltungs- vom Verfassungsrechtsweg erfordert die Rechtsprechung ein Verfassungsrechtsverhältnis, bei dem zwei Verfassungsorgane beteiligt sind, die sich im Kern um verfassungsrechtliche Positionen streiten (sog. doppelte Verfassungsunmittelbarkeit).⁵ Insofern könnte eingewendet werden, dass die Verpflichtung, die Außenfassade des Bundestagsgebäudes freizuhalten, jedermann trifft.⁶ Jedoch muss bedacht werden, dass der einzelne Abgeordnete aufgrund seines Mandates gem. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG schutzwürdiger ist als andere Nutzer des Bundestagsgebäudes.⁷ Der verfassungsrechtliche Charakter des Gegenstands folgt hier somit gerade aus dem Abgeordnetenstatus des Antragsstellers selbst.⁸ Der Antragssteller ist nicht wie andere Bürger, die z.B. des Bundestags verwiesen werden, nur klassisch polizeirechtlich betroffen. Vielmehr ist seine Betroffenheit durch seinen Status als Abgeordneter auch originär verfassungsrechtlich geprägt.⁹

Die Voraussetzungen der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit sind erfüllt, sodass es sich um eine verfassungsrechtliche Streitigkeit handelt, die unter Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG fällt. Das BVerfG ist zuständig.

II. Beteiligtenfähigkeit

Sowohl der Antragsteller als auch der Antragsgegner müssten beteiligtenfähig sein. Für den Bundestagspräsidenten als oberstes Verfassungsorgan ergibt sich dies aus § 63 Var. 5 BVerfGG, da dieser beispielsweise in § 7 GOBT mit eigenen Rechten ausgestattet ist.

⁴ Brocker in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 200. EL 2019, Art. 40 Rn. 296f.; Strauß, Anm. zu BVerfGE 154, 354, NVwZ 2020, 1105 (1106).

⁵ Walter in: Ders./Grünwald, BeckOK-BVerfGG, 11. Edition 2021, § 64 Rn. 2.

⁶ Hillgruber (Fn. 3), JA 2020, 875 (876).

⁷ BVerfGE 154, 354 (363).

⁸ Ebd.

⁹ Kritisch dazu Linke, Schutz des freien Mandats durch das Übermaßverbot?, NVwZ 2021, 1265 (1266), der wegen der materiell-rechtlichen Nähe zum Polizeirecht das VG für zuständig hält.

Fraglich ist, ob Antragsteller A als einzelner Abgeordneter beteiligtenfähig ist, da er in § 63 BVerfGG nicht direkt vom Wortlaut adressiert ist. Strittig ist insoweit, ob der einzelne Abgeordnete sodann ein mit eigenen Rechten ausgestatteter Teil des Bundestags, also ein Organteil i.S.d. § 63 Var. 5 BVerfGG, ist.

Dies kann aber dahinstehen, da sich eine autonome Beteiligtenfähigkeit des Abgeordneten jedenfalls schon aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG ergibt, wenn der Abgeordnete eigene aus dem Grundgesetz oder der Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans ableitbare Rechte geltend macht.¹⁰ Insofern ist die Formulierung des Grundgesetzes in Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG weiter gefasst als in § 63 BVerfGG, wobei das einfachgesetzliche BVerfGG das Grundgesetz aus Gründen der Normenhierarchie nicht einzuschränken vermag. Die Aufzählung in § 63 BVerfGG ist daher eher beispielhaft zu verstehen.¹¹ A kann als Abgeordneter eigene Rechte aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG herleiten, sodass er nach dem Grundgesetz beteiligtenfähig ist.

III. Antragsgegenstand

Das Betreten und die Durchsuchung des Abgeordnetenbüros des A müssten einen tauglichen Antragsgegenstand darstellen. Im Rahmen des § 64 Abs. 1 BVerfGG müsste demnach eine Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners vorliegen, die geeignet ist, den Antragsteller in seiner Rechtsstellung zu beeinträchtigen.¹²

Problematisch erscheint, ob überhaupt eine Maßnahme des Antragsgegners vorliegt. Der Bundestagspräsident hat nicht selbst gehandelt, sondern vielmehr die Polizei. Jedoch sind Handlungen der Polizeibeamten dem Bundestagspräsidenten über seine in Art. 40 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG niedergelegte Polizeigewalt zurechenbar, da er seine Befugnisse gem. § 1 Abs. 1 DA-PVD auf die Polizei übertragen hat.¹³ Das Handeln der Polizei wird infolgedessen dem Bundestagspräsidenten zugerechnet. Eine solche Zurechnung ist zwar nicht allgemein für alle Verfassungsorgane anzunehmen, wohl aber in dieser Konstellation

durch die konkrete Anordnung in Art. 40 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG.¹⁴ Der Bundestagspräsident kann sich daher seiner Verantwortung nicht dadurch entledigen, dass er seine Befugnisse delegiert. Mithin stellt sich die Durchsuchung grundsätzlich als eine Maßnahme des Bundestagspräsidenten dar.

Ein tauglicher Antragsgegenstand i.S.d. § 64 Abs. 1 BVerfGG liegt vor.

IV. Antragsbefugnis

A müsste ferner gem. § 64 Abs. 1 BVerfGG antragsbefugt sein. Der Antrag ist zulässig, wenn der Antragsteller geltend macht, dass er durch eine Maßnahme des Antragsgegners in seinen ihm durch das Grundgesetz übertragenen Rechten und Pflichten verletzt oder gefährdet ist. Eine Verletzung solcher subjektiven Organrechte muss möglich erscheinen, darf also nicht von vorneherein ausgeschlossen sein.

1. Verletzung aus Art. 40 Abs. 2 S. 2 GG

Eine Verletzung des subjektiven Organrechts¹⁵ aus Art. 40 Abs. 2 S. 2 GG setzt voraus, dass überhaupt eine Durchsuchung oder Beschlagnahme stattgefunden hat. Darunter sind zunächst die in §§ 94ff. und §§ 102ff. StPO genannten Maßnahmen zu fassen.¹⁶ Diese setzen ein ziel- und zweckgerichtetes Suchen nach Personen oder Sachen voraus, wobei es gerade um das Aufspüren von Verborgenen geht.¹⁷ Daran fehlt es hier, da die Beamten die entsprechenden Plakate von außen schon erkannt hatten und wussten, wo sich diese befinden, sodass nicht „gesucht wurde“, sondern das Betreten nur ein Mittel zum Zweck war, um die bereits entdeckten Plakate zu entfernen.¹⁸ Eine Verletzung von Art. 40 Abs. 2 S. 2 GG ist daher ausgeschlossen.

2. Verletzung aus Art. 47 GG

Eine mögliche Verletzung aus Art. 47 S. 2 GG läge dann vor, wenn Schriftstücke beschlagnahmt würden, die unter das

¹⁰ Walter in: BeckOK-BVerfGG (Fn. 5), § 63 Rn. 16, 31; problematisch ist die Unterscheidung zwischen Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG und § 63 BVerfGG daher im Rahmen der Antragsbefugnis nur dann, wenn der Abgeordnete im Wege der Prozessstandschaft keine eigenen Rechte, sondern Rechte des Bundestags als Organteil geltend macht.

¹¹ Hopf auf in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 93 Rn. 233; Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 20 Rn. 43.

¹² BVerfGE 118, 277 (317).

¹³ BVerfGE 154, 354 (363).

¹⁴ Sachs, Staatsorganisationsrecht: Abgeordnetenrechte, JuS 2020, 901 (902).

¹⁵ Das BVerfG ist hier derweilen unpräzise und lehnt die Antragsbefugnis ohne Bezugnahme auf Normen des Grundgesetzes ab, wobei festgestellt wird, dass damit „zugleich“ Art. 40 Abs. 2 S. 2 GG ausgeschlossen sei. In älterer Rechtsprechung wird Art. 40 Abs. 2 S. 2 GG jedoch auch als funktionelle Ergänzung zum persönlichen Schutzbereich des Abgeordneten aufgefasst (BVerfGE 108, 251 [276]). Insofern kann die Norm als Abwehrrecht verstanden werden (vgl. Groh, in: v. Münch/Kunig (Fn. 2), Art. 40 Rn. 39 sowie Magiera in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 41 Rn. 33, der von „vergleichbarer Eingriffswirkung“ und „Schutzbereich“ spricht).

¹⁶ Groh in: v. Münch/Kunig (Fn. 2), Art. 40 Rn. 37; Morlok in: Dreier, Grundgesetz Kommentar Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 40 Rn. 38.

¹⁷ BVerfGE 51, 97 (106f.); BVerfGE 75, 318 (327).

¹⁸ BVerfGE 154, 354 (364).

Zeugnisverweigerungsrecht des A gem. Art. 47 S. 1 GG fielen. A wendet sich ausweislich seines Vortrags nicht gegen die Beschlagnahme der Plakate, sondern gegen das Betreten und Durchsuchen seines Büros, sodass eine Verletzung von Art. 47 S. 2 GG schon mangels entsprechenden Antrags ausscheidet.¹⁹

3. Verletzung aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG

A ist Abgeordneter im deutschen Bundestag i.S.d. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG und die ihm persönlich zugeteilten Räumlichkeiten wurden ohne seine Genehmigung betreten. Insofern könnten die Beamten einen unerwünschten Einblick in seine Unterlagen und seinen persönlichen Rückzugs- und Wirkungsbereich erhalten haben, sodass eine Verletzung seiner Abgeordnetenrechte zumindest nicht von vorneherein ausgeschlossen erscheint.

4. Zwischenergebnis

Eine Antragsbefugnis bzgl. des Betretens des Büros ergibt sich daher zumindest aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG.

V. Form und Frist

Es ist davon auszugehen, dass A den Antrag formgerecht i.S.d. §§ 23, 64 Abs. 2 BVerfGG und innerhalb der in § 64 Abs. 3 BVerfGG niedergelegten Frist von sechs Monaten gestellt hat.

VI. Rechtsschutzbedürfnis

Das Büro könnte stets erneut betreten werden, sodass eine Wiederholungsgefahr und dadurch auch ein Klarstellungsinteresse seitens des Antragsstellers besteht.²⁰

B. Begründetheit

Der Antrag im Organstreitverfahren ist begründet, sofern das Betreten des Abgeordnetenbüros gegen eine Bestimmung des Grundgesetzes verstößt, vgl. § 67 S. 1 BVerfGG, und der Antragssteller dadurch in eigenen Rechten verletzt ist.

I. Gewährleistungsbereich

Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG schützt die Freiheit, Gleichheit und Öffentlichkeit des Mandats.²¹ Durch die Freiheit des

einzelnen Abgeordneten wird seine parlamentarische Willensbildung als solche und damit auch die parlamentarisch-repräsentative Demokratie aus Art. 20 Abs. 2 GG geschützt.²² Denn nur, wenn sich die Abgeordneten ihre Meinung frei bilden können, kann der Bundestag seine Aufgabe, als Plenum die verschiedenen politischen Strömungen zu repräsentieren, erfüllen.

Die Freiheit des Mandats erfordert daher, dass die Abgeordneten ungestört, sprich frei von Dritteinwirkungen, arbeiten können.²³ Dies wiederum setzt voraus, dass den Abgeordneten eine gewisse Infrastruktur zuteil wird, wobei Teil dieser Infrastruktur jedenfalls die räumlich geschützten Abgeordnetenbüros sind.²⁴

Die Abgeordneten müssen sich darauf verlassen können, dass sie über einen solchen räumlichen Bereich exklusiv verfügen und dieser vor dem Betreten Unbefugter geschützt ist. Denn der parlamentarische Willensbildungsprozess findet gerade auch in verschriftlichter und verkörperter Form statt, z.B. durch Gutachten, Stellungnahmen oder kommunikativen Schriftverkehr.²⁵ Ein Einblick in die Unterlagen der Abgeordneten ermöglicht häufig auch einen Einblick in deren Meinungsbildung. Abgeordnete könnten befürchten, dass Dritte sich jederzeit Zugang verschaffen und Dokumente oder die in den Dokumenten enthaltenen Gedanken an die Öffentlichkeit gelangen.²⁶ Dies könnte wiederum dazu führen, dass Abgeordnete aus Angst vor politischer oder andersgearteter Konsequenz in ihrer Arbeit gehemmt werden. Die Freiheit des Mandats erfordert es, dass der Abgeordnete über Art, Zeitpunkt und Umfang der Veröffentlichung seiner Arbeitsinhalte selbst entscheidet.²⁷

Der Schutz der Räumlichkeiten, in welchem sich die Arbeitsinhalte befinden, korrespondiert daher mit der Freiheit des Mandats und ist folglich vom Gewährleistungsbereich des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG umfasst.

II. Beeinträchtigung

Durch das Betreten der Abgeordnetenbüros wurde ein potenzieller Einblick in die Unterlagen möglich und die Ausübung des freien Mandats aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG beeinträchtigt.

¹⁹ BVerfGE 154, 354 (364f.).

²⁰ Hillgruber (Fn. 3), JA 2020, 875 (877).

²¹ Morlok in: Dreier (Fn. 16), Art. 38 Rn. 139.

²² Klein/Schwarz in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 2), Art. 38 Rn. 227; BT-Dr. 7/5924, S. 24.

²³ BVerfGE 154, 354 (365); VerfGH Berlin NJW 1996, 2567 (2568).

²⁴ BVerfGE 154, 354 (365).

²⁵ BVerfGE 134, 141 (174).

²⁶ BVerfGE 154, 354 (366).

²⁷ Ebd.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Die Beeinträchtigung wäre aber zulässig, wenn andere Güter von Verfassungsrang diese rechtfertigen würden. Die Polizeibeamten betraten das Büro zum Abhängen des Plakates wegen des Besuchs des türkischen Staatspräsidenten, um damit die Repräsentations- und Funktionsfähigkeit des Parlaments zu schützen. Eine rechtfertigende Norm von Verfassungsrang, die dieses Vorgehen ermöglicht, könnte Art. 40 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG darstellen. Diese gewährt dem Bundestagspräsidenten die Polizeigewalt im Gebäude des Bundestages, um die Abwehr einer Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu ermöglichen.²⁸ Art. 40 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG könnte daher zum Schutz der Repräsentations- und Funktionsfähigkeit des Bundestags als kollidierendes Verfassungsrecht herangezogen werden. Insofern sind Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 40 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG im Wege der praktischen Konkordanz in einen gerechten Ausgleich zu bringen.²⁹

1. Art. 40 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG als taugliche Ermächtigungsgrundlage

Streitig ist aber, ob Art. 40 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG als Rechtfertigung genügt oder ob es für das polizeiliche Handeln einer darüberhinausgehenden Ermächtigungsgrundlage in Form eines formellen Gesetzes bedarf.

Für das Erfordernis einer spezielleren Ermächtigungsgrundlage spricht, dass Art. 40 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG dem Wortlaut nach nur eine Aufgabenzuweisungsnorm darstellt.³⁰ Es fehlt für die Klassifizierung als Ermächtigungsgrundlage sowohl an Tatbestandsvoraussetzungen als auch an Rechtsfolgeregelungen.³¹ Dagegen ist indes anzuführen, dass Art. 40 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG im Sinne einer solchen Interpretation leerliefe, da der Bundestagspräsident so dann nur unverbindliche Empfehlungen abgeben könnte. Er wäre nicht in der Lage, zum Schutz des Parlaments Maßnahmen zu treffen, was jedoch der Parlamentsautonomie widerspräche.³² Art. 40 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG müsse folgendermaßen eine Ermächtigungsgrundlage darstellen.

Eine Entscheidung des Streits könnte aber dahinstehen, sollten beide Ansichten ohnehin zum selben Ergebnis gelangen. Nach der ersten Ansicht war die Maßnahme

mangels tauglicher Ermächtigungsgrundlage schon per se rechtswidrig. Eine Rechtfertigung scheidet bereits von vorneherein aus.

Sofern man jedoch in Art. 40 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG eine taugliche Ermächtigungsgrundlage sieht, wie es die andere Ansicht tut, so müsste die Maßnahme der Polizeibeamten nach dieser Ansicht den Voraussetzungen der DA-PVD genügen.³³ Denn auch wenn die DA-PVD zwar kein formelles Gesetz darstellt, so zielt sie trotzdem darauf ab, die Beamten zu binden, sodass sie als ermessenslenkende Verwaltungsvorschrift zu qualifizieren ist.³⁴ Die Beamten sind daher durch sie verpflichtet. Genügt die Maßnahme nicht den Anforderungen der DA-PVD, gelänge auch diese Ansicht zur Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung, sodass es keiner Stellungnahme bedürfte.

Mithin ist zu erörtern, ob die Maßnahmen die Voraussetzungen der DA-PVD erfüllen.

Anmerkung: Unabhängig von der Frage, ob Art. 40 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG eine taugliche Ermächtigungsgrundlage darstellt, könnte hier auch die Frage aufgeworfen werden, wieso es im Rahmen eines Organstreitverfahrens überhaupt einer Ermächtigungsgrundlage bedarf. Denn letztendlich steht im Zentrum des Disputs eine Kompetenzabgrenzung und nicht ein klassisch polizeirechtlicher Eingriff in die Grundrechte Privater, der die Wesentlichkeitstheorie aktiviert. Insofern könnte man argumentieren, dass der Vorbehalt des Gesetzes nicht greift und es daher im Rahmen des Organstreitverfahrens ohnehin keiner formellen Ermächtigungsgrundlage bedarf. Das BVerfG lässt dies unbeantwortet und bedient sich einer „grundrechtsanalogen Prüfung“,¹ die sich so auch später in der Verhältnismäßigkeit fortsetzt.

¹ Kritisch dazu: Linke (Fn. 9), NVwZ 2021, 1265 (1267).

2. Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 DA-PVD

Die Rechtmäßigkeit des Betretens von Abgeordnetenbüros bemisst sich nach § 23 Abs. 1 DA-PVD.³⁵ Fraglich ist, inwieweit die Beamten auch gegenüber dem Abgeordneten

²⁸ Klein in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 2), Art. 40 Rn. 151.

²⁹ Vgl. allgemein zur praktischen Konkordanz Epping, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 91.

³⁰ Ramm, Die Polizeigewalt des Bundestagspräsidenten, NVwZ 2010, 1461 (1465); i.E. auch Friehe, Extragesetzliche Parlamentspolizei?, DÖV 2016, 521 (522ff.).

³¹ Ramm (Fn. 30), NVwZ 2010, 1461 (1465).

³² Brocker in: BeckOK-GG (Fn. 2), Art. 40 Rn. 302; Klein in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 2), Art. 40 Rn. 171.

³³ BVerfGE 154, 354 (367).

³⁴ BVerfGE 154, 354 (368).

³⁵ § 23 Abs. 2 und Abs. 3 DA-PVD sind nicht relevant, da es sich wie in der Antragsbefugnis festgestellt, nicht um eine Durchsuchung handelt.

an dessen Einhaltung gebunden sind, da sie als Innenrecht grundsätzlich nur die Verwaltung verpflichtet. Eine Außenwirkung erfolgt in der Regel über den Gleichbehandlungssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG. Der Abgeordnete tritt den Beamten aber nicht als Privater, sondern als Teil des Bundestags gegenüber, sodass er sich ihnen gegenüber nicht auf Grundrechte berufen kann. Eine Bindung kann aber über Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG erfolgen, denn aus der Gleichheit des Mandats folgt, dass alle Abgeordneten auch von den Beamten gleichbehandelt werden müssen.³⁶

Überschreiten die Polizeibeamten die Grenzen des § 23 Abs. 1 DA-PVD, verletzen sie daher den Gleichheitssatz des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG. Fraglich ist, ob die Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 DA-PVD eingehalten worden sind.

Anmerkung: Wie auch im allgemeinen Verwaltungsrecht, z.B. bei Subventionsvergaben, kann durch die Selbstbindung der Verwaltung hier eine Prüfung des Innenrechts erfolgen. Diese Selbstbindung kann bereits beim erstmaligen Verwaltungshandeln erfolgen, sodass der Sachverhalt nicht notwendigerweise vorheriges Verwaltungshandeln zu erwähnen braucht.

a) Tatbestandsvoraussetzungen

Die Maßnahme müsste die Tatbestandsvoraussetzungen des § 23 Abs. 1 DA-PVD erfüllen. Ohne die Einwilligung des Benutzers kann die Polizei einen Raum demnach nur zur Abwehr einer Gefahr betreten. Als Gefahr wird jede Sachlage verstanden, bei welcher im konkreten Fall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung eintritt.³⁷ Zur öffentlichen Sicherheit zählen die subjektiven Rechte Dritter, die objektive Rechtsordnung als solche sowie der Bestand und die Funktionsfähigkeit des Staates, inklusive seiner Einrichtungen und Veranstaltungen.³⁸

Geschützt ist daher die Unversehrtheit des Parlamentsgebäudes als staatliche Einrichtung sowie die Funktionsfähigkeit des Parlaments als solches. Durch das Aufhängen der Plakate am Parlamentsgebäude könnte der Eindruck

entstehen, dass der Staat bzw. die Regierung sich zur YPG bekenne, was nicht der Fall ist.³⁹ Dies könnte zudem zu einer Belastung der auswärtigen Beziehung zur Türkei führen,⁴⁰ da die Türkei die politische Positionierung der Bundesrepublik Deutschland als Einmischung in ihre inneren Angelegenheiten auffassen könnte. Eine solche Belastung kann die zukünftige Verhandlungsposition des Staates schwächen und den Erfolg diplomatischer, politischer sowie anderer völkerrechtlicher Missionen gefährden. Ferner könnten die Plakate auch pro-türkische Anhänger provozieren und somit mittelbar zu Gewalt gegen das Gebäude und dessen Mitarbeiter führen.⁴¹ Mit hin besteht eine Sachlage, die bei Fortschreiten zu einem Schaden an staatlichen Einrichtungen führen kann. Ob andere Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit betroffen sind, kann daher dahinstehen.

Anmerkung: Das BVerfG steigt direkt in die Verhältnismäßigkeitsprüfung ein und deutet in seinen Ausführungen an, dass die Annahme einer Gefahr und Störereigenschaft nicht ausgeschlossen sei. Es scheint aber auch vertretbar, die Gefahr abzulehnen, da keinerlei Anhaltspunkte dafür bestanden, dass jemand Handlungen zulasten des Parlaments vornehmen würde und die DIN-A 4-Plakate im höheren Stockwerk ohnehin schwer wahrnehmbar waren.

b) Störer

A hatte die tatsächliche Gewalt über die Büroräume inne und wäre daher mindestens Zustandsstörer i.S.d. § 8 DA-PVD gewesen.

c) Rechtsfolge

Die Polizei „kann“ einen Raum betreten, sodass den Beamten Ermessen eingeräumt wird. Fraglich ist, ob die Beamten dieses auch ordnungsgemäß ausgeübt haben. Insbesondere dürfte keine Ermessensüberschreitung vorliegen, sodass das Betreten auch verhältnismäßig gewesen sein muss.

aa) Legitimer Zweck

Ein legitimer Zweck ist jedes Ziel, das dem Schutz eines

³⁶ BVerfGE 154, 354 (368).

³⁷ BVerfGE 115, 320 (364); vgl. für eine Legaldefinition im einfachen Recht auch sinngemäß § 2 Nr. 1 NPOG.

³⁸ Poscher/Rusteberg, Die Klausur im Polizeirecht, JuS 2011, 984 (985f.).

³⁹ Vgl. dazu die Ausführungen des Antragsgegners (BVerfGE 154, 354 [361]), die das BVerfG später (BVerfGE 154, 354 [369]) als nicht „völlig fernliegend“ bezeichnet.

⁴⁰ Ebd.

⁴¹ Ebd.

Verfassungsgutes dient.⁴² Die Beamten wollten durch das Betreten des Abgeordnetenbüros die oben genannte Repräsentations- und Funktionsfähigkeit des Parlaments schützen, was einen legitimen Zweck i.S.d. Verfassung darstellt.

bb) Geeignetheit

Die Maßnahme müsste auch geeignet sein, also die Zweckerreichung zumindest fördern.⁴³ Das Betreten durch die Beamten der Bundespolizei hat die Wahrscheinlichkeit eines Übergriffes protürkischer Aktivisten und das Risiko einer Verschlechterung der auswärtigen Beziehungen zur Türkei zumindest weiter minimiert. Mithin wird die Erreichung des legitimen Zwecks durch die Maßnahme zumindest gefördert, sodass diese geeignet ist.

cc) Erforderlichkeit

Fraglich ist, ob die Maßnahme erforderlich ist.⁴⁴ Dies setzt voraus, dass keine gleich wirksame, weniger eingriffsintensive Maßnahme zur Verfügung stand.

Insbesondere hätte die Möglichkeit bestanden, dass die Polizei des Bundestags anstelle ihres eigenmächtigen Betretens entweder A selbst oder den parlamentarischen Geschäftsführer der L-Fraktion vorher kontaktiert. Diese hätten sodann selbstständig die Plakate aus ihrem eigenen Büro entfernen und die Gefahr somit beseitigen können. Die Polizei hätte die Räumlichkeiten nicht betreten müssen, was die Integrität gewahrt hätte. Ob diese Handlungsalternative jedoch gleich effektiv gewesen wäre, hängt davon ab, wie zeitintensiv sie gewesen wäre und wie sich dieser – durch die zu führenden Telefonate und das anschließende Herbeikommen des A bzw. des parlamentarischen Geschäftsführers unausweichliche – Zeitverlust auf die Entwicklung der Gefahrenlage ausgewirkt hätte.⁴⁵ Jedenfalls hätte aber die Möglichkeit bestanden, dass während des Wartens die Plakate noch wahrgenommen werden, sodass das Gefahrpotential fortbestanden hätte. Eine gleich wirksame Maßnahme wäre hierin nicht zu erkennen gewesen, sodass die Maßnahme auch erforderlich ist.

Anmerkung: Es wäre denkbar, die Maßnahme schon als nicht erforderlich anzusehen. Das BVerfG sieht diesen Punkt jedenfalls bereits kritisch, lässt ihn jedoch ergebnisorientiert offen und befasst sich sodann direkt mit der Angemessenheit.

dd) Angemessenheit

Die Maßnahme muss im Verhältnis zum Zweck auch verhältnismäßig im engeren Sinne, sprich angemessen, gewesen sein.⁴⁶ Demnach müssen die widerstreitenden Interessen in einen gerechten Ausgleich gebracht werden. Eine Beeinträchtigung des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG wiegt wegen seiner Relevanz für die freie Willensbildung der Parlamentarier sowie der Funktionsfähigkeit des Parlaments schwer.⁴⁷ Maßgeblich ist, wie schwer demgegenüber die Gefahr war, welche von den Plakaten am Fenster ausging.

Insofern wiegt sich die Sicherung der Funktionsfähigkeit des Bundestags als Institution durch den Schutz vor Angriffen Dritter mit der Sicherung der Funktionsfähigkeit des Parlamentsbetriebs durch die Integrität der Abgeordnetenbüros auf.⁴⁸ Ferner gab es keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Plakate wahrgenommen wurden und Passanten infolgedessen Handlungen zulasten des Parlamentsgebäudes vornehmen wollten.⁴⁹ Insbesondere war die für E eingerichtete Straßensperre bereits aufgehoben. Ohnehin waren die Plakate wegen ihres DIN-A 4-Formats und ihrer Platzierung in einem höheren Stockwerk eher schwer wahrnehmbar.⁵⁰ Es fehlt daher sowohl am Gewicht der Gefahr als auch an der Dringlichkeit.⁵¹

Mithin stand die Maßnahme in Anbetracht der schwach ausgeprägten Gefahrenlage in keinem angemessenen Verhältnis zum Zweck.

ee) Zwischenergebnis

Die Maßnahme war unverhältnismäßig.

d) Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 DA-PVD sind wegen des fehlerhaft ausgeübten Ermessens nicht erfüllt.

⁴² Manssen, Staatsrecht II, 18. Aufl. 2021, Rn. 215.

⁴³ Epping, Grundrechte (Fn. 29), Rn. 53.

⁴⁴ Epping, Grundrechte (Fn. 29), Rn. 55.

⁴⁵ BVerfGE 154, 354 (369).

⁴⁶ Manssen, Staatsrecht II, (Rn. 42), Rn. 223.

⁴⁷ BVerfGE 154, 354 (370).

⁴⁸ Ebd.

⁴⁹ Ebd.

⁵⁰ Ebd.

⁵¹ BVerfGE 154, 354 (371).

3. Zwischenergebnis

Nach beiden Ansichten ist die Beeinträchtigung des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG daher nicht durch Art. 40 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG gerechtfertigt.

IV. Zwischenergebnis

Das Betreten des Büros verstößt mithin i.S.d. § 67 S. 1 BVerfGG gegen Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG. Dieser Verstoß impliziert auch die Verletzung der subjektiven Organrechte des A. Der Antrag ist daher begründet.

C. Ergebnis

Der Antrag vor dem BVerfG hat Erfolg.

FAZIT

Während man sich bei der Zulässigkeit primär mit staatsorganisationsrechtlichen Standardkonstellationen auseinandersetzen hat, ist es dabei einerseits wichtig, die verfassungsrechtliche Natur der Streitigkeit herauszuarbeiten und andererseits, die in Betracht kommenden Abgeordnetenrechte in der Antragsbefugnis sauber darzustellen. Letztendlich bleibt nur das Betreten als streitbare Maßnahme.

In der Begründetheit ist die Frage, ob das Betreten eines Abgeordnetenbüros die Mandatswahrnehmung ungerechtfertigt beeinträchtigt. Maßgeblich ist indes die Herleitung der Rechtfertigung aus Art. 40 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG verknüpft mit der DA-PVD als ermessenslenkender Verwaltungsvorschrift.⁵² Die Krux der Lösung des BVerfG liegt darin, den Streit um die Ermächtigungsgrundlage offen zu lassen, um so in eine verwaltungsrechtlich geprägte Prüfung einzusteigen. Sofern dies gelingt, ist der schwierigste Teil der Prüfung gemeistert. Sodann können die Sachverhaltsinformationen in der Verhältnismäßigkeitsprüfung ideal verwertet werden.

Insgesamt ist die Fallkonstellation auf Grund ihrer Verknüpfung von Prozess-, Verwaltungs- und Staatsorganisationsrecht auf einem gehobenen Schwierigkeitsgrad angesiedelt.⁵³

⁵² Zur Polizeigewalt i.R.d. Art. 40 Abs. 2 S. 1 GG: Ramm (Fn. 30), NVwZ 2010, 1461.

⁵³ Weitere Besprechungen zu BVerfG 2 BvE 2/19 Hillgruber, JA 2020, 875; vgl. auch Linke, NVwZ 2021, 1265; Sachs, JuS 2020, 901; Strauß, NVwZ 2020, 1105f.

Auskunftsanspruch des durch anonyme Samenspende gezeugten Kindes

Dipl. Jur. Patricia Meinking

BGH, Urt. v. 28.01.2015 – XII ZR 201/13 sowie Urt. v. 23.01.2019 – XII ZR 71/18

§ 242 BGB

Sachverhalt (gekürzt und leicht abgewandelt)

Marta (M) und Heinrich sind seit drei Jahren verheiratet und hegen seit längerem einen Kinderwunsch, der jedoch bisher unerfüllt geblieben ist. Im Dezember 1989 berichtet ihnen ein Arzt in der Klinik K in Hannover von der Möglichkeit einer künstlichen heterologen Insemination. Dabei werden Samen eines fremden Spenders in die Gebärmutter der Frau eingebracht. Das Ehepaar ist mit der Behandlung einverstanden. Im Anschluss erklären sie mit notarieller Urkunde vom 18. Dezember 1989, dass das aus der Behandlung hervorgehende Kind in jeder Beziehung und mit allen sich ergebenden rechtlichen Folgen als das gemeinsame, aus der Ehe hervorgegangene Kind sein solle.

Daraufhin wird am 27. April 1990 an M die Behandlung vorgenommen, die zur Schwangerschaft und zur Geburt der Tochter T führt. Dem Samenspender (S) hatte K im Vorfeld entgegen den Empfehlungen der Bundesärztekammer Anonymität versichert.

Jahre vergehen bis T 2013 über die Umstände ihrer Zeugung informiert wird und nun von K Auskunft über die Personalien des S verlangt. Die Eltern der T befreien K von der ärztlichen Schweigepflicht, woraufhin K sich an S wendet. Dieser untersagt der Klinik jedoch, seine Identität gegenüber T preiszugeben. Mit Hinweis auf diese Untersagung verweigert auch K die Auskunft.

T erhebt daraufhin Klage gegen K vor dem Amtsgericht Hannover auf Auskunft der Personalien ihres biologischen Vaters.

Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

Bearbeitervermerk: Auf §§ 62, 63 PStG ist nicht einzugehen.

EINORDNUNG

Der aus § 242 BGB folgende Auskunftsanspruch und dessen Voraussetzungen werden im Studium eher stiefmütterlich behandelt. Nicht zuletzt aus diesem Grund lohnt sich die Auseinandersetzung mit der Argumentation des Bundesgerichtshofs in Fällen, in denen mittels fremder Samenspende gezeugte Kinder Auskunft über die Identität ihres biologischen Vaters verlangen.

Erstmals etablierte der Bundesgerichtshof diesen Anspruch mit seinem Urteil vom 28. Januar 2015 – XII ZR 201/13.¹ Ob ein Anspruch auf Auskunft tatsächlich besteht, ist dabei jedoch immer eine Frage der Abwägung im Einzelfall. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom

23. Januar 2019 – XII ZR 71/18 schließt sich an diese Rechtsprechung an und ruft *once again* die Argumentationskette vor Augen. Dabei wird dem verfassungsrechtlich geschützten Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung stets ein erhebliches Gewicht beigemessen.

Dieser fiktive Sachverhalt orientiert sich an den Sachverhalten, die dem Bundesgerichtshof jeweils zur Entscheidung vorlagen, ergänzt um die Frage nach der Zulässigkeit der Auskunftsklage. Dadurch soll der Fallgestaltung das Potenzial einer Fortgeschrittenenklausur gegeben werden.

¹ Siehe hierzu die Anmerkung von Löhnig in BGH NJW 2019, 848 (852).

ORIENTIERUNGSSÄTZE

1. Das mittels künstlicher heterologer Insemination gezeugte Kind kann gegen die Reproduktionsklinik einen aus den Grundsätzen von Treu und Glauben folgenden Anspruch auf Auskunft über die Identität des Samenspenders haben. Die hierfür erforderliche rechtliche Sonderverbindung folgt aus dem Behandlungsvertrag, bei dem es sich um einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Kindes handelt.

2. Ob es der Reproduktionsklinik zumutbar ist, Auskunft über die Identität des Samenspenders zu erteilen, ist durch eine auf den konkreten Einzelfall bezogene, umfassende Abwägung der durch die Auskunftserteilung berührten rechtlichen, insbesondere grundrechtlichen Belange zu klären. Dabei können auch die durch die ärztliche Schweigepflicht geschützten rechtlichen Belange des Samenspenders Berücksichtigung finden.

3. Der Rechtsposition des Kindes, der sein verfassungsrechtlich geschütztes allgemeines Persönlichkeitsrecht zugrunde liegt, wird regelmäßig ein erhebliches Gewicht im Rahmen der Abwägung zukommen.

dd. Schutzbedürftigkeit des Dritten

c. Zwischenergebnis

2. Entschuldbare Unkenntnis des Anspruchstellers

3. Zumutbarkeit der Auskunft für den Anspruchsgegner

C. Ergebnis

Die Klage hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit der Klage

Die Klage müsste zulässig und dafür insbesondere vor dem AG Hannover als zuständigem Gericht erhoben sein.

I. Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit des Gerichts richtet sich gemäß § 1 ZPO nach dem GVG. § 71 Abs. 1 GVG bestimmt, dass die Landgerichte für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zuständig sind, die nicht den Amtsgerichten zugewiesen sind. Die Amtsgerichte sind nach § 23 Nr. 1 GVG insbesondere für Streitigkeiten über Ansprüche zuständig, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswert die Summe von EUR 5.000,00 nicht übersteigt. Es stellt sich daher die Frage nach dem Wert des Streitgegenstands, welcher sich allgemein nach den §§ 2ff. ZPO bestimmt. Dort findet sich jedoch keine konkrete Bestimmung für den Fall des Auskunftsgesuchs. Nach § 3 ZPO muss der Streitgegenstandswert daher von dem Gericht nach freiem Ermessen festgesetzt werden.

Bei einem klageweise geltend gemachten Auskunftsanspruch ist er nach dem wirtschaftlichen Interesse zu bemessen, den der Kläger an der Erteilung der Auskunft hat.² Im Wesentlichen ist auf den Aufwand an Zeit und Kosten abzustellen, den die Erteilung der hiernach geschuldeten Auskunft erfordert.³ K ist es unschwer möglich, die Personalien des S preiszugeben. Sie müsste sie insbesondere nicht extra abfragen, sondern hat sie selbst vorliegen. Daher dürfte der Streitgegenstandswert jedenfalls nicht über EUR 5.000,00 liegen, sodass die Amtsgerichte sachlich zuständig sind.

II. Örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach den §§ 12ff. ZPO. Es ist davon auszugehen, dass es sich bei K um

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Zulässigkeit der Klage

I. Sachliche Zuständigkeit

II. Örtliche Zuständigkeit

III. Zwischenergebnis

B. Begründetheit der Klage

I. Vertraglicher Auskunftsanspruch

II. Auskunftsanspruch aus dem Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung

III. Auskunftsanspruch aus § 242 BGB

1. Sonderverbindung zwischen Anspruchsteller und -gegner in Form eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

a. Rechtsgrundlage

b. Voraussetzungen

aa. Leistungsnähe des Dritten

bb. Gläubignähe

cc. Erkennbarkeit von Leistungs- und Gläubignähe für den Schuldner

² Wendtland in: BeckOK ZPO, 43. Ed., Stand: 01.12.2021, § 3 Rn. 15.

³ BGH NJOZ 2018, 1500 (1501).

eine juristische Person handelt, sodass gemäß § 17 Abs. 1 S. 1 ZPO für ihren allgemeinen Gerichtsstand im Sinne des § 12 ZPO ihr Sitz maßgeblich ist und die Klage gegen sie vor dem AG Hannover zu erheben wäre.

Als besondere Gerichtsstände kämen noch die Niederlassung der K im Sinne des § 21 Abs. 1 ZPO sowie der Erfüllungsort gemäß § 29 Abs. 1 ZPO in Betracht. Unabhängig davon, ob deren Voraussetzungen vorliegen, hätte T aber gemäß § 35 ZPO zumindest die Wahl zwischen allgemeinem und besonderem Gerichtsstand.⁴ Insofern erhob sie die Klage vor einem zuständigen Gericht, nämlich vor dem AG Hannover.

III. Zwischenergebnis

Das AG Hannover ist für die Auskunftsklage der T zuständig. Andere Zulässigkeitsprobleme sind nicht ersichtlich, sodass die Klage zulässig ist.

B. Begründetheit der Klage

Die Klage müsste darüber hinaus auch begründet sein. Der T müsste gegen K also tatsächlich ein Auskunftsanspruch zustehen.

I. Vertraglicher Auskunftsanspruch

Zunächst käme ein vertraglicher Auskunftsanspruch in Betracht. Vertragliche Beziehungen zwischen K und T sind jedoch nicht ersichtlich.

Zu prüfen wären noch etwaige Ansprüche aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten der T. Aus diesem erwachsen jedoch keine Erfüllungsansprüche des Dritten, sondern vielmehr Ersatzansprüche bei Verletzung seines Integritätsinteresses.⁵ Insofern kommt auch bei Vorliegen eines etwaigen Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten von T kein vertraglicher Auskunftsanspruch in Betracht.

II. Auskunftsanspruch aus dem Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung

Das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung wird verfassungsrechtlich vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG geschützt. Es verleiht aber keinen Anspruch

auf Verschaffung von Kenntnissen, sondern dient nur dem Schutz vor der Vorenthaltung solcher Informationen, die von staatlichen Organen erlangt werden können.⁶ Im privatrechtlichen Verhältnis bedarf es daher einer zivilrechtlichen Anspruchsgrundlage.⁷ Aus dem verfassungsrechtlichen Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung kann T keinen Auskunftsanspruch gegen K herleiten.

Anmerkung: Der Bundesgerichtshof spricht die Möglichkeit dieses Anspruchs regelmäßig in seinen Entscheidungen an (vgl. allein BGH NJW 2019, 848 sowie NJW 2015, 1098). Allerdings handelt es sich dabei mehr um öffentlich-rechtliche Erwägungen als um solche des Zivilrechts. In einer zivilrechtlichen Examensklausur dürfte das daher nicht zu erwarten sein, sondern vielmehr nur herausragende Leistungen kennzeichnen, die im oberen zweistelligen Bereich liegen.

III. Auskunftsanspruch aus § 242 BGB

Ein Anspruch der T könnte sich jedoch aus den Grundsätzen von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB ergeben. Danach ist ein Auskunftsanspruch anzuerkennen, wenn zwischen den Parteien eine Sonderbeziehung besteht, die auskunftbegehrende Partei in entschuldbarer Weise über Bestehen oder Umfang ihres Rechts in Unkenntnis ist und die andere Partei unschwer in der Lage und es ihr zumutbar ist, die zur Beseitigung der Unkenntnis erforderlichen Auskünfte zu erteilen.⁸

1. Sonderverbindung zwischen Anspruchsteller und -gegner in Form eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Zwischen T und K müsste eine Sonderverbindung vorliegen. Eine solche kann sich unter anderem aus einem vertraglichen oder einem gesetzlichen Schulverhältnis ergeben.⁹ Wie dargelegt liegt eine Sonderverbindung in Form eines Vertrags zwischen T und K nicht vor. In Betracht kommt allerdings der Behandlungsvertrag zwischen M und K, der auch Schutzwirkungen zugunsten der T entfaltet. Eine Sonderverbindung kann insbesondere auch bei einem

⁴ Vgl. Tousaint in: BeckOK ZPO (Fn. 2), § 35 Rn. 3.

⁵ Vgl. Gottwald in: MüKo BGB, 8. Aufl. 2019, § 328 Rn. 180.

⁶ BGH NJW 2019, 848 (849); NJW 2015, 1098 (1098) m.w.N.

⁷ Ebd.

⁸ Vgl. BGHZ 10, 385 (386f.); BGH NJW 3029, 848 (849) m.w.N.

⁹ BGH NJW 2015, 1098 (1098); NJW 1995, 386 (387).

Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bestehen, die zu einem Auskunftsanspruch gemäß § 242 BGB führt.¹⁰

Mit Einwilligung in die Behandlung schloss M mit K einen Behandlungsvertrag.¹¹ Dieser Behandlungsvertrag könnte Schutzwirkungen zugunsten der T entfalten.

a. Rechtsgrundlage

Die Rechtsgrundlage für den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist umstritten. Einerseits wird für seine Begründung die ergänzende Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB herangezogen.¹² Andererseits wird vertreten, dass es sich um eine auf § 242 BGB beruhende richterliche Fortbildung des dispositiven Rechts handele. Letztendlich kann ein Streitentscheid dahinstehen, denn beide Ansichten erkennen den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter an und es herrscht Einigkeit über seine Voraussetzungen.

b. Voraussetzungen

Die Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter müssten gegeben sein. Dafür müsste der Dritte mit der Hauptleistung nach dem Inhalt des Vertrags bestimmungsgemäß in Berührung kommen sollen, es müsste ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers an der Einbeziehung des Dritten bestehen, den Interessen des Schuldners muss durch Erkennbarkeit und Zumutbarkeit der Haftungserweiterung Rechnung getragen werden und der Dritte müsste schutzbedürftig sein.¹³

aa. Leistungsnähe des Dritten

T müsste nach Vertragsinhalt bestimmungsgemäß mit der Hauptleistung in Berührung kommen. Die Hauptleistung besteht in einer künstlichen heterologen Insemination, welche im besten Fall eine Schwangerschaft und Geburt zur Folge haben soll. Die Insemination von M resultierte letztlich in der Geburt der T, sodass sie zwangsweise mit der Hauptleistung in Berührung kam und daher die Leistungsnähe zu bejahen ist.

bb. Gläubignähe

Es müsste ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers, in

diesem Fall von M, daran bestehen, dass T in den Vertrag miteinbezogen wurde. Dafür ist ein besonderes Näheverhältnis zwischen Gläubiger und Drittem erforderlich.¹⁴

Zwischen Mutter und Tochter besteht ein solches besonderes Näheverhältnis, sodass M ein schutzwürdiges Interesse daran hat, dass ihre Tochter in den Vertrag miteinbezogen wird. Auch die Gläubignähe ist daher zu bejahen.

cc. Erkennbarkeit von Leistungs- und Gläubignähe für den Schuldner

Für K ist es auch erkennbar gewesen, dass für die T bzw. für das etwaige zu gebärende Kind Leistungs- und Gläubignähe besteht.

dd. Schutzbedürftigkeit des Dritten

Schließlich müsste T auch schutzbedürftig sein. Dies ist der Fall, wenn sie nicht sonst ausreichend geschützt wäre,¹⁵ sie also aufgrund des Sachverhalts keinen eigenen inhaltsgleichen Anspruch hätte.¹⁶ Ein solcher ist jedoch – nicht zuletzt wegen der fehlenden vertraglichen Verbindung zwischen T und K – nicht ersichtlich, sodass T auch schutzbedürftig ist.

c. Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen für einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter liegen vor. Damit ist die für den Auskunftsanspruch erforderliche Sonderverbindung in Form eines Behandlungsvertrags gegeben, welcher Schutzwirkung zugunsten der T entfaltet.

Anmerkung: Der Bundesgerichtshof merkte in seiner Entscheidung an, dass das Auskunftsbegehren allein zur Erlangung der Kenntnis der eigenen Abstammung die Besonderheit hat, dass es nicht der Vorbereitung und Durchsetzung von Leistungsansprüchen dient. Allerdings ist anerkannt, dass Auskunftsansprüche gegenüber ärztlichen Behandlern grundsätzlich auch dann bestehen, wenn sie ausschließlich der Informationsbeschaffung zum Zwecke der Verwirklichung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dienen, siehe dazu

¹⁰ BGH NJW 2015, 1098 (1098); vgl. auch Krüger in MüKoBGB (Fn. 5), § 260 Rn. 14.

¹¹ Da der Behandlungsvertrag durch § 630a BGB erst mit Wirkung vom 26. Februar 2013 im BGB eingeführt wurde, kann hier nicht ohne Weiteres auf diese Regelung verwiesen werden, denn der Behandlungsvertrag zwischen M und K wurde bereits 1980/90 geschlossen. Die Nennung von § 630a BGB in diesem Zusammenhang dürfte jedoch nicht negativ angelastet werden.

¹² Siehe Janoschek in: BeckOK BGB, 60. Ed., Stand: 01.11.2021, § 328 RN. 50 m.w.N.

¹³ BGH NJW 2015, 1098 (1100); NJW 2014, 3580 (3582); NJW 2014, 2577 (2578).

¹⁴ Janoschek in: BeckOK BGB (Fn. 14), § 328 Rn. 56 m.w.N.

¹⁵ Vgl. Janoschek in: BeckOK BGB (Fn. 14), § 328 Rn. 58.

¹⁶ BGH BeckRS 2014, 6127, Rn. 11.

BGH NJW 2015, 1098 (1100). Diese Ausführungen können aber (selbst) im Examen nicht erwartet werden.

2. Entschuldbarer Unkenntnis des Anspruchstellers

T müsste über die Identität des Samenspenders in entschuldbarer Unkenntnis sein. Das bedeutet, dass sie zunächst alle ihr zumutbaren Anstrengungen unternommen haben muss, um die Auskunft auf andere Weise zu erlangen.¹⁷ Da nur K über die Identität des S im Bilde ist, blieb der T nichts anderes übrig, als sich direkt an sie zu wenden. Insofern ist sie in entschuldbarer Weise über die Identität ihres biologischen Vaters in Unkenntnis.

3. Zumutbarkeit der Auskunft für den Anspruchsgegner

Schließlich müsste K die Auskunftserteilung zumutbar sein. Dies ist durch eine auf den Einzelfall bezogene, umfassende Abwägung der durch die Auskunftserteilung berührten rechtlichen Belange zu klären.¹⁸

Auf der einen Seite ist zu berücksichtigen, dass der Auskunftsanspruch der T Ausfluss ihres verfassungsrechtlich geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist. Die begehrten Informationen können für die Entfaltung ihrer Persönlichkeit von elementarer Bedeutung sein. Nicht zuletzt gehört auch die Kenntnis der eigenen Abstammung zu denjenigen Elementen, die für das allgemeine Persönlichkeitsrecht von entscheidender Bedeutung sein können.¹⁹ Die Kenntnis der Herkunft und der Abstammung kann eine Schlüsselstellung für das Selbstverständnis, die Stellung in der Gemeinschaft und das Verständnis der familiären Zusammenhänge bedeuten.²⁰ Aus der Unmöglichkeit der Klärung der eigenen Abstammung kann daher eine erhebliche Belastung für den Einzelnen resultieren.²¹

Auf der anderen Seite könnten zugunsten der K ein Eingriff in die Berufsfreiheit, etwaige Schadensersatzforderungen durch den S sowie dessen verfassungsrechtlich geschützten Interessen zu berücksichtigen sein.

Zunächst könnte K in ihrer Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG betroffen sein. Allerdings ist nicht

ersichtlich, inwiefern durch die Auskunftspflicht allein die Berufsausübung spürbar eingeschränkt wird. Zwar können sich zukünftige Samenspender dadurch abgeschreckt fühlen, dass ihre Identität gegenüber ihren biologischen Kindern jederzeit preisgegeben werden kann. Nichtsdestotrotz überwiegt auch unter diesem Gesichtspunkt das Interesse der T an der Entfaltung ihrer Persönlichkeit.

Zugunsten von K könnte des Weiteren eine Schadensersatzforderung seitens des S zu berücksichtigen sein, die er aufgrund des Verstoßes gegen die ihm vertraglich zugesicherte Anonymität geltend machen könnte. Allerdings ignorierte K durch die Zusicherung der Anonymität die Empfehlungen der Bundesärztekammer, sodass auch dieses Interesse das der T nicht zu überwiegen vermag.

Schließlich könnte noch das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Samenspenders ins Gewicht fallen, unter dessen Schutz auch die informationelle Selbstbestimmung fällt.²² Dies meint die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden.²³ Diesem Grundrecht steht jedoch das Recht des gezeugten Kindes gegenüber, das Kenntnis über seine Abstammung erlangen darf. Dabei ist nicht zuletzt zu berücksichtigen, dass der Samenspender sich mit der Spende dafür entscheidet, einen maßgeblichen Beitrag bei der Zeugung menschlichen Lebens zu leisten. Mit dieser Entscheidung trägt er eine soziale und ethische Verantwortung.²⁴ Auch im Rahmen der konkreten Abwägung zwischen den allgemeinen Persönlichkeitsrechten des S einerseits und der T andererseits überwiegt daher das Interesse der T.

Anmerkung: Der Bundesgerichtshof argumentierte in beiden maßgeblichen Entscheidungen auch mit der ärztlichen Schweigepflicht, die zugunsten der Reproduktionsklinik zu berücksichtigen sei. Jedoch müsse Sinn und Zweck der Schweigepflicht mit in die Abwägung einbezogen werden, sodass wohl am Ende nichtsdestotrotz das allgemeine Persönlichkeitsrecht des gezeugten Kindes überwiege, siehe dazu BGH NJW

¹⁷ Krüger in: MüKoBGB (Fn. 5), § 260 Rn. 18.

¹⁸ BGH NJW 2015, 1098 (1102).

¹⁹ Ebd.

²⁰ Vgl. ebd.

²¹ Ebd. m.w.N.

²² Siehe dazu auch BGH NJW 2015, 1098 (1103).

²³ Ebd. m.w.N.

²⁴ So auch ebd.

2019, 848 sowie NJW 2015, 1098. Die Einbindung dieser Argumentation kann aber wohl in einer Examensklausur deshalb nicht erwartet werden, weil die strafrechtlichen Vorschriften zur ärztlichen Schweigepflicht regelmäßig nicht zum Prüfungsstoff in der Ersten Pflichtfachprüfung gehören (vgl. beispielhaft § 16 Abs. 2 NJAVO). Insofern soll der Hinweis auf dieses zusätzliche Argument an dieser Stelle genügen.

Im Ergebnis fällt die Abwägung zugunsten der T aus, sodass die Auskunft der K zumutbar ist.

C. Ergebnis

Die Voraussetzungen für einen Auskunftsanspruch der T gegen K aus § 242 BGB liegen vor. Daher ist die Klage auch begründet und hat Aussicht auf Erfolg.

FAZIT

Normierte Auskunftsansprüche sind im BGB eher eine Rarität, sodass sich für die Fälle, in denen Auskunft verlangt wird, eine Auseinandersetzung mit diesem besonderen Anspruch, der aus Treu und Glauben hergeleitet wird, lohnt. Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Auskunftsanspruch des mittels fremder Samenspende gezeugten Kindes zeigen beispielhaft die Voraussetzungen für ebendiesen Anspruch aus § 242 BGB. Gerade verbunden mit der Prüfung eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter eignen sich die Entscheidungen als Gegenstand für eine Zusatz- oder zweite Fallfrage im Examen. Grundlagenwissen dürfte daher im Zusammenhang mit dem allgemeinen Auskunftsanspruch erforderlich, aber auch ausreichend sein, um eine derartige Aufgabe mit Bravur zu meistern.

In diesem Zusammenhang soll ein Hinweis auf das Urteil des OLG Hamm vom 19. Februar 2018 (Az.: 3 U 66/16) nicht ausbleiben: In dem Sachverhalt, welcher diesem Urteil zu Grunde lag, wurde die Klägerin abredewidrig nicht zweimal mit dem Sperma desselben Spenders befruchtet. Sie verlangte daher Schadensersatz in Form von Schmerzensgeld und bekam Recht. Daneben verlangten die gezeugten Kinder Auskunft über die Identität des jeweiligen biologischen Vaters. Das Urteil reiht sich in die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs thematisch ein und dürfte eine intensive Auseinandersetzung wert sein.

RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT ZIVILRECHT

BGH V ZR 44/21, Urt. v. 17.12.2021 (Eintragungspflicht für wesentliche Inhalte einer Grunddienstbarkeit)

Grundsätzlich lässt § 874 S. 1 BGB zur Entlastung des Grundbuchs eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zur näheren Bezeichnung des Inhalts eines eingetragenen Rechts zu. Der wesentliche Inhalt des Benutzungsrechts muss aber zumindest schlagwortartig im Grundbuch selbst gekennzeichnet sein. Der Rechtsinhalt muss aufgrund objektiver Umstände erkennbar und für einen Dritten verständlich sein, sodass dieser in der Lage ist, die hieraus folgende höchstmögliche Belastung des Grundstücks einzuschätzen oder zumindest eine ungefähre Vorstellung davon zu gewinnen, welche Bedeutung die Dienstbarkeit für das Eigentum haben kann. Enthält eine Dienstbarkeit eine Kombination verschiedener Befugnisse, ist der verschiedenartige Inhalt der Dienstbarkeit im Grundbuch folglich selbst anzugeben. Soll Inhalt eines durch eine Grunddienstbarkeit gesicherten Geh-, Fahr- und Leitungsrechts auch das Recht zum Verweilen im Sinne eines Aufenthalts und eines beliebigen Hin- und Hergehens auf dem dienenden Grundstück sein, muss dies deshalb im Grundbuch selbst zumindest schlagwortartig eingetragen werden. Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung gem. § 874 S. 1 BGB genügt hingegen nicht.

BGH VII ZR 365/21 et al., Urt. v. 10.02.2022 (Anwendbarkeit von § 852 S. 1 BGB in einem mehraktigen Geschehensablauf)

Den Fällen des BGH lag der Kauf eines von der Herstellerin mit einer unzulässigen Abschaltseinrichtung in den Verkehr gebrachten und von dem Geschädigten erst später von einem Dritten erworbenen Gebrauchtwagens zugrunde: Nach Sinn und Zweck des § 852 S. 1 BGB sollen demjenigen, der einen anderen durch unerlaubte Handlung schädigt und dadurch sein Vermögen mehrt, auch bei Verjährung des Schadensersatzanspruchs nicht die auf diese Weise erlangten Vorteile verbleiben. Die dem Anspruch zugrundeliegende Vermögensverschiebung kann auch durch einen oder mehrere Dritte vermittelt werden, solange sie in einem ursächlichen Zusammenhang mit der unerlaubten Handlung steht. Wenn ein Vermögensverlust beim Geschädigten einen entsprechenden Vermögenszuwachs beim Schädiger zur Folge gehabt hat, ist er daher nach § 852 S. 1 BGB auch dann herauszugeben, wenn diese Vermögensverschiebung dem Schädiger durch Dritte vermittelt worden ist. Jedoch bleibt davon die Notwendigkeit unberührt, dass der Vermögenszuwachs des Schädigers auf dem Vermögensverlust des Geschädigten beruhen muss. In mehraktigen Fällen – wie den vorliegenden – führt der zweite Erwerbsvorgang aber zu keiner Vermögensverschiebung im Verhältnis zwischen dem Geschädigten und der Herstellerin. Denn der Herstellerin, die einen etwaigen Vorteil bereits mit dem Inverkehrbringen des Fahrzeugs als Neuwagen realisiert hat, fließt im Zusammenhang mit dem Abschluss des Gebrauchtwagenkaufvertrages nichts zu. Allerdings liegt in diesem Abschluss der Vermögensschaden der Geschädigten. Deshalb scheidet in diesen Fällen ein Anspruch nach § 852 S. 1 BGB aus.

OLG Frankfurt 16 U 87/21, Urt. v. 10.02.2022 (Deutung einer Aussage eines anderen als Meinungsäußerung)

Die Klägerin veröffentlichte im Internet ein Gedicht unter dem Titel „Denunzianten“, in dem es u.a. heißt, dass „manch einer“, der „genüsslich denunzierte“ sich vor einem „Drei-Mann-Standgericht“ wiederfand, dessen Urteil „Tod durch Erschießen“ lautete. Die Beklagte veröffentlichte ihrerseits einen Text im Internet. In diesem hält sie unter anderem fest, dass die Klägerin in ihrem Text „sinngemäß (...)“ für Denunzianten „ein knappes 3-Mann-Standgericht mit dem einzig richtigen Urteil „Tod durch Erschießen“, fordert. Die Klägerin begehrte von der Beklagten Unterlassung der Behauptung, die Klägerin fordere mit Ihrem Gedicht ein derartiges Vorgehen gegen Menschen, die die Klägerin für Denunzianten hielt. Bei der angegriffenen Äußerung handelt es sich nicht um eine Tatsachenbehauptung. Aus dem Gesamtkontext ergibt sich vielmehr, dass eine Meinungsäußerung vorliegt. Maßstab für die Abgrenzung ist das Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums. Nach diesem hat die Beklagte ihr Verständnis von dem Text der Klägerin wiedergegeben. Das Publikum versteht, dass die angegriffene Äußerung „die Deutung“ der Beklagten sei. Dafür spricht

schon der Zusatz „sinngemäß“. Der Klägerin werde dagegen nicht eine Äußerung „in den Mund gelegt“, die sie so nicht getätigt hat. Die angegriffene Äußerung enthalte kein objektiv falsches Zitat, sondern die Interpretation eines Dritten, hier der Beklagten. Meinungsäußerungen unterliegen aber grundsätzlich grundrechtlichem Schutz. Bei der notwendigen Abwägung der berührten Rechtspositionen stellt sich der mit der Äußerung verbundene Eingriff in die Ehre und das Persönlichkeitsrecht der Klägerin nicht als rechtswidrig dar. Die angegriffene Äußerung geht auf objektive Anhaltspunkte in Form des veröffentlichten Gedichts zurück. Die Beklagte bezieht sich auch darauf. Die Veröffentlichung der Beklagten stellt daher einen Beitrag zum „geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage“ dar. Die Interessen der Klägerin müssen dahinter zurücktreten. Folglich besteht kein quasinegatorischer Unterlassungsanspruch gem. §§ 1004 Abs. 1 i.V.m. 823 Abs. 1 BGB analog.

LG München I, Urteil vom 31.01.2022 42 O 4307/19 (Sperrung eines Facebook-Kontos ohne vorherige Anhörung)

Das vertragliche Nutzungsvertragsverhältnis zwischen Facebook und den Nutzern ist ein auf Dauer angelegtes Schuldverhältnis und kann daher gemäß § 314 Abs. 1, 2 S. 3 BGB bei Vorliegen eines wichtigen Grundes außerordentlich und ausnahmsweise ohne vorherige Anhörung gekündigt werden. Ein solcher Ausnahmefall liegt vor, wenn der Nutzer über den Messenger Dienst von Facebook Fotos mit CEI-Inhalt versendet. Gerade durch die digitale Verbreitung solcher Inhalte bestehe die Gefahr der multiplen Weiterverbreitung. Nur durch eine sofortige Kündigung des Nutzungsverhältnisses ist es Facebook möglich, sicherzustellen, dass der Nutzer die streitgegenständlichen Fotos nicht weiterverbreitet. Der Nutzer hat die Möglichkeit, die Kündigung nachträglich anzugreifen und spätestens im Rahmen des zivilrechtlichen Verfahrens die Gründe für die Sperrung anzugreifen und sich hierzu rechtliches Gehör zu verschaffen. Dadurch sind die Interessen des Nutzers hinreichend gewahrt.

LG Coburg 11 O 92/20, Urt. v. 06.10.2020 (Vorvertragliche Aufklärungspflicht und Arglist beim Verkauf eines „Horrorhauses“)

Veräußert jemand ein Grundstück, in dessen Haus sich vor über zwanzig Jahren ein Doppelmord ereignet hat und hat die Verkäuferin von diesem Umstand erst nach dem eigenen Erwerb des Grundstücks erfahren, gleichwohl in der Folgezeit 10 Jahre in dem Haus ohne Verkaufsanstrengungen gelebt, so steht dem Käufer kein Recht zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gem. § 123 Abs. 1 BGB zu, wenn die Verkäuferin den Käufer nicht über den Doppelmord aufklärt. Eine allgemeine Pflicht, Umstände zu offenbaren, die für den Vertragsschluss des anderen bedeutsam sein können, gibt es nicht. Zwar kann eine Pflicht, beim Verkauf eines Hauses ungefragt auf ein dort verübtes Verbrechen hinzuweisen, durchaus im Einzelfall bestehen. Dies jedoch nicht zeitlich unbegrenzt, weil die Bedeutung eines solchen Ereignisses für eine Kaufentscheidung im Lauf der Zeit erfahrungsgemäß immer weniger wiegt. Hier lagen zwischen dem Doppelmord und dem Verkauf des Hauses an die Käuferin mehr als 20 Jahre, sodass die Verkäuferin schon deshalb nicht mehr zur ungefragten Offenbarung des Verbrechens verpflichtet war. Zum anderen fehlt es an einem arglistigen Verhalten der Verkäuferin. Diese erfuhr selbst erst von den Morden, nachdem sie das Haus bereits erworben hatte. Dies machte der Verkäuferin jedoch nichts aus. Vielmehr wohnte sie mehr als 10 weitere Jahre in dem Anwesen. Dementsprechend spielte der Doppelmord beim Verkauf des Hauses für die Verkäuferin auch keine entscheidende Rolle. Daher ging die Verkäuferin wohl nicht davon aus, dass die Käuferin das Grundstück in Kenntnis des Verbrechens nicht erworben hätte. Das wäre aber Voraussetzung für ein arglistiges Vorgehen der Verkäuferin. Ohne dieses bewusste Element besteht hingegen kein Anknüpfungspunkt für das vorsätzliche Hervorrufen von Fehlvorstellungen.

RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT STRAFRECHT

BGH 3 StR 365/20, Urt. v. 25.02.2021 (Geschwindigkeitsmessvorrichtungen als Anlage i.S.v. § 316b StGB)

Die beiden Angekl. hatten sich zusammengetan, um aus Rache und zur Bestrafung der Polizei gemeinsam Geschwindigkeitsmessgeräte (sog. „Blitzer“) zu zerstören. In einem Fall entfernten sie einen mobilen, mit einem Stativ versehenen Blitzer und entsorgten diesen daraufhin in einem Gewässer. Zwei Wochen später zerstörten sie die Scheiben sowie die Kamera eines weiteren stationären Messgeräts mit einer Axt. Das LG verurteilte die beiden Angekl. wegen Störung öffentlicher Betriebe gemäß § 316b StGB.

Der BGH bestätigte die Verurteilung und verwarf die Revisionen der Angekl. Entgegen der Ansicht der Angekl. habe es sich bei den Messgeräten um „Anlagen“ i.S.v. § 316b StGB gehandelt. Eine Anlage i.S.v. § 316b StGB sei zu definieren als eine systematische Zusammenstellung verschiedener Gegenstände für eine gewisse Dauer zu einem Funktionsablauf. Eine solche Anlage sei insbesondere auch bei einem mobilen Messgerät zu bejahen, da der Anlagenbegriff keine feste Verbindung mit dem Boden oder sonstige Ortsfestigkeit voraussetze. Das Messgerät habe zudem dem Zweck der öffentlichen Sicherheit gedient, da die Messung von überhöhten Geschwindigkeiten nicht primär deren Ahndung bezweckt habe, sondern vielmehr die Verkehrsunfallprävention.

BGH 4 StR 95/20, Urt. v. 14.01.2021 (Alternativvorsatz)

In dieser Entscheidung befasste sich der BGH mit einem Lehrbuchklassiker aus dem Allgemeinen Teil des Strafrechts, dem sog. *dolus alternativus*. Dabei handelt es sich um eine Konstellation, bei der sich der Vorsatz auf mehrere Tatbestandsverwirklichungen richtet, die sich gegenseitig ausschließen. Folgendes war geschehen: Der Angekl. schlug mit einem Hammer in Richtung der Nebenkl. N sowie ihres unmittelbar hinter ihr stehenden Bruders B. Dabei hielt er es für möglich und nahm es billigend in Kauf, dass einer der beiden verletzt werden würde. Dass beide getroffen werden würden, hingegen nicht. Die beiden konnten den Schlag so ablenken, dass nur B am Kopf getroffen wurde. Das LG verurteilte den Angekl. wegen gefährlicher Körperverletzung zu Lasten von B in Tateinheit mit versuchter gefährlicher Körperverletzung zu Lasten der N. Die hiergegen gerichtete Revision des Angekl. hatte lediglich hinsichtlich des Strafausspruchs Erfolg.

Der BGH bestätigte den Vorsatz des Angekl. und folgte damit der herrschenden Meinung. Danach soll Folgendes gelten: Besitzt der Täter einen alternativen Vorsatz hinsichtlich höchstpersönlicher Rechtsgüter verschiedener Personen, so liege eine handlungseinheitliche Verwirklichung beider Vorsätze vor, deren Wertungsprobleme erst auf Konkurrenzebene gelöst werden würden. Vorsätze, die auf sich gegenseitig ausschließende Erfolge gerichtet sind, könnten miteinander verbunden werden, solange sie nicht den sicheren Eintritt eines der Erfolge zum Gegenstand hätten. Entsprechend nahm der BGH an, dass der Vorsatz des Angekl. sich auf eine Körperverletzung von N und B bezogen habe, da er gerade nicht davon ausgegangen sei, dass der Erfolg bei einem der beiden sicher eintreten werde. Die tateinheitliche Lösung von Vollendung und Versuch rechtfertige die Tathandlung gegenüber verschiedenen Rechtsgutsträgern.

BGH 4 StR 225/20, Beschl. v. 17.02.2021 (Verbotenes Kraftfahrzeugrennen mit Todesfolge)

Der für BGHSt vorgesehene Beschluss ist die erste BGH-Entscheidung zur Auslegung der Tatbestandsvariante des Einzelrasens nach § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB. Ihm lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Der Angekl. hatte für einen Tag einen auffälligen hochmotorisierten Pkw gemietet, um damit Fahrten mit überhöhter Geschwindigkeit durch die Innenstadt zu unternehmen. Bei einer dieser Fahrten fuhr der Angekl. mit maximaler Geschwindigkeit auf einer innerstädtischen Straße durch eine für ihn unübersichtliche langgezogene Kurve. Etwa 100 Meter vor der späteren Unfallstelle erreichte er eine Geschwindigkeit von 163 km/h. Als ein Zusammenstoß mit einem entgegenkommenden abbiegenden Fahrzeug drohte, wich er auf die Gegenspur aus, worauf er die Kontrolle verlor und frontal in die Beifahrerseite eines anderen Pkw prallte. Die beiden Insassen des Pkw erlitten durch den Aufprall schwerste Verletzungen, die noch an der Unfallstelle zum

Tod führten. Das Landgericht verurteilte den Angekl. u.a. wegen verbotenen Kraftfahrzeugrennens mit Todesfolge gem. § 315d Abs. 5 StGB.

Der BGH bestätigte den Schuldspruch und bejahte dabei u.a. die Voraussetzungen der Tatbestandsvariante des Einzelrasens nach § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB. Dabei sei in subjektiver Hinsicht insbesondere erforderlich, dass die grob verkehrswidrige und rücksichtslose Geschwindigkeitsfahrt von der Absicht des Täters getragen sei, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen. Dies sei auch bei alleinigem Nachstellen eines Kraftfahrzeugrennens der Fall, weshalb auch kein Anlass für eine einschränkende Auslegung des subjektiven Tatbestandsmerkmals in diesen Konstellationen bestehe. Da der Angekl. zudem einen von seinem Vorsatz umfassten konkreten Gefahrenerfolg für die Tatopfer geschaffen habe, habe er auch den Qualifikationstatbestand des § 315d Abs. 2 StGB und die daran anknüpfende Erfolgsqualifikation des § 315d Abs. 5 StGB erfüllt.

BGH 5 StR 219/20, Beschl. v. 10.08.2020 (Rechtsfolgenlösung bei der Heimtücketötung)

Der Beschluss beinhaltet eine Grundsatzentscheidung zur Anwendung der sog. Rechtsfolgenlösung beim Heimtückemord. Ausgangspunkt war ein misslungenes Drogengeschäft. Der Angekl., der den Kontakt für dieses Geschäft hergestellt hatte, sah sich infolgedessen dem späteren Opfer sowie zwei weiteren unbewaffneten Männern gegenüber, die die Rückzahlung des investierten Geldes verlangten. Wegen einschlägig negativer Erfahrungen mit dem Opfer führte der Angekl. eine geladene Waffe bei sich. Als der Angekl. erneut betonte, er würde die Forderung nicht schulden, erwiderte das Opfer, dass er sehen werde, was er davon habe. Um dem aufgebauten Druck entgegenzutreten, erschoss der Angekl. sodann aus kurzer Entfernung das unbewaffnete und völlig überraschte Opfer. Das LG verurteilte den Täter zwar wegen heimtückischen Mordes gem. § 211 II Gr. 2 Var. 1 StGB, milderte allerdings aufgrund des Vorliegens außergewöhnlicher Umstände analog § 49 I Nr. 1 StGB die vorgesehene lebenslange Freiheitsstrafe in eine zeitige Freiheitsstrafe (sog. Rechtsfolgenlösung). Die hiergegen von der Staatsanwaltschaft eingelegte Revision war erfolgreich.

Der BGH verneinte die Anwendung der Rechtsfolgenlösung im vorliegenden Fall. Zur Begründung führte er aus, dass diese lediglich in Grenzfällen zur Anwendung komme, in denen die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe trotz der Schwere des tatbestandlichen Unrechts nicht mit dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar sei. Ob ein solcher Grenzfall vorliege, müsse durch das Tatgericht aufgrund einer umfassenden Würdigung aller Tatumstände geprüft werden. Eine solche umfassende Würdigung sei durch das Landgericht nicht vorgenommen worden. Insbesondere spreche vorliegend gegen das Vorliegen außergewöhnlicher Umstände, dass der Angekl. durch Vermittlung des Drogengeschäfts selbst die Ursache für das weitere Geschehen gesetzt habe. Auch sei die gezielte Mitnahme der geladenen Waffe, trotz negativer Erfahrungen, eindeutiges Indiz für das Bewusstsein einer Gefahrenlage und sogar eine Vorbereitung des späteren Einsatzes.

KG 4 Ss 43/20, Beschl. v. 14.07.2020 (Beleidigungsfreie Sphäre)

Der Revisionsentscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Nach Dienstschluss waren einige Polizeianwärter, darunter der Angekl., dabei, das Gebäude der Polizeiakademie durch das Treppenhaus zu verlassen. Als sie dort zwei Polizeianwärterinnen trafen, wies der Angekl. mit einem Nicken in deren Richtung und sagte in Sprechlautstärke zu einem Kollegen: „Der würd’ ich geben, der Kahba*“ (Anm. *: Die herabwürdigende Bezeichnung stammt aus dem Arabischen und bedeutet „Schlampe“/„Prostituierte“). Das Tatgericht verurteilte den Angekl. wegen Beleidigung gem. § 185 StGB zu einer Geldstrafe. Das Berufungsgericht wies die Berufung unter Reduzierung der Geldstrafe ab. Die dagegen eingelegte Revision des Angekl. war teilweise erfolgreich.

Das KG bestätigte zunächst den beleidigenden Charakter des Begriffs „Kahba“. Besondere Aufmerksamkeit erfuhr sodann die Problematik der beleidigungsfreien Sphäre, da der Angekl. seine Äußerung gegenüber seinem Freund getätigt hatte. Ein solcher Tatbestandsausschluss komme dann in Frage, wenn die Äußerung gegenüber einer Vertrauensperson in einer gegen die Wahrnehmung durch den Betroffenen oder Dritte abgeschirmten Sphäre getätigt werde. Eine solche Sphäre konnte das KG jedoch im vorliegenden Fall nicht erkennen, da sich der Angekl. in normaler Sprechlautstärke in einem Treppenhaus geäußert und gewusst habe, dass sich dort zu diesem Zeitpunkt weitere Personen aufhielten bzw. jederzeit hinzutreten konnten.

RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT ÖFFENTLICHES RECHT

BVerfG 1 BvR 781/21, Beschl. v. 19.11.2021 (Bundesnotbremse I)

Die in § 28 b Abs. 1 Nr. 1 IfSG angeordneten Kontaktbeschränkungen greifen zwar sowohl in das Familiengrundrecht und die Ehegestaltungsfreiheit aus Art. 6 Abs. 1 GG als auch in das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) ein. Die Eingriffe waren jedoch formell sowie materiell verfassungsgemäß und damit verfassungsrechtlich gerechtfertigt und wahrten insbesondere die Verhältnismäßigkeit. Die Beurteilung des Gesetzgebers, es habe bei Verabschiedung des Gesetzes eine Gefahrenlage für Leben und Gesundheit sowie die Gefahr der Überlastung des Gesundheitssystems bestanden, beruhte auf von ihm nach den hier maßgeblichen Anforderungen vertretbar als hinreichend tragfähig bewerteten Erkenntnissen. Die durch § 28 b Abs. 1 Nr. 1 IfSG angeordneten Beschränkungen von Kontakten im privaten und im öffentlichen Raum waren im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet und erforderlich, die Gesetzeszwecke zu erreichen. Ausgehend von den bei Verabschiedung des Gesetzes vorhandenen Erkenntnissen zur Übertragbarkeit des Virus und zu den Möglichkeiten, seiner Verbreitung zu begegnen, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber davon ausging, dass keine den angeordneten Kontaktbeschränkungen zur Zweckerreichung sicher gleich wirksamen Mittel zur Verfügung standen. Das gilt sowohl für den Schutz durch Impfungen als auch für andere Maßnahmen zur Ausgestaltung von persönlichen Kontakten als Kontaktbeschränkungen. Im Rahmen der Angemessenheit musste der Gesetzgeber bei Verabschiedung des Gesetzes berücksichtigen, dass die angeordneten Kontaktbeschränkungen unter Berücksichtigung teilweise bereits vorher geltender landesrechtlicher Verbote und der weiteren Einschränkungen zur Pandemiebekämpfung erheblich in die betroffenen Grundrechte eingriffen. Er durfte aber verfassungsrechtlich beanstandungsfrei annehmen, dass die Beschränkungen Gemeinwohlbelangen von überragender Bedeutung dienten. In der Abwägung hat der Gesetzgeber für den zu beurteilenden Zeitraum einen angemessenen Ausgleich zwischen den mit den Kontaktbeschränkungen verfolgten Gemeinwohlbelangen und den Grundrechtsbeeinträchtigungen gefunden.

BVerfG 1 BvR 971/21, Beschl. v. 19.11.2021 (Bundesnotbremse II)

Das Verbot von Präsenzunterricht in Gestalt des Gebots von Wechselunterricht ab einer Sieben-Tage-Inzidenz von 100 und einer Untersagung jeglichen Präsenzunterrichts ab einer Sieben-Tage-Inzidenz von 165 gem. § 28 b Abs. 2 und 3 IfSG war verhältnismäßig. Es diente verfassungsrechtlich legitimen Zwecken und war zur Verfolgung dieser Zwecke geeignet und erforderlich und gemessen an den zum maßgeblichen Zeitpunkt der Verabschiedung des Gesetzes verfügbaren Erkenntnissen verhältnismäßig im engeren Sinne. Allerdings beeinträchtigte es zusammen mit den seit Beginn der Pandemie bereits erfolgten Schulschließungen das der Persönlichkeitsentwicklung der Kinder dienende Recht auf schulische Bildung schwerwiegend. Auf der anderen Seite diente die Maßnahme jedoch Gemeinwohlbelangen von überragender Bedeutung. Insgesamt wurde ein seinerzeit angemessener Ausgleich zwischen den mit der Maßnahme verfolgten Gemeinwohlbelangen und der Grundrechtsbeeinträchtigung der Schülerinnen und Schüler erzielt.

BVerfG 1 BvR 1541/20, Beschl. v. 16.12.2021 (Schutzauftrag in Triage-Situationen)

Besteht das Risiko, dass Menschen in einer Triage-Situation bei der Zuteilung intensivmedizinischer Behandlungsressourcen wegen einer Behinderung benachteiligt werden, verdichtet sich der Schutzauftrag aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zu einer konkreten Pflicht des Staates, hiergegen wirksame Vorkehrungen zu treffen. In einer Rechtsordnung, die auf eine gleichberechtigte Teilhabe behinderter Menschen an der Gesellschaft ausgerichtet ist, kann eine Benachteiligung wegen einer Behinderung nicht hingenommen werden, der die Betroffenen nicht ausweichen können und die unmittelbar zu einer Gefährdung der nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG als überragend bedeutsam geschützten Rechtsgüter Gesundheit und Leben führt. Es liegt im Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, wie er das Schutzgebot hier konkret erfüllt, ob er also selbst materielle Maßstäbe für die intensivmedizinische Verteilungsentscheidung vorgibt oder andere Vorkehrungen trifft, um wirksam vor Benachteiligung zu schützen.

BVerfG 2 BvR 1470/20, Beschl. v. 06.12.2021 (Aufhebung des Thüringer Paritätsgesetzes)

Der Verfassungsbeschwerde kann ein aus Art. 3 Abs. 2 GG abzuleitendes Verfassungsgebot der paritätischen Ausgestaltung des Wahlvorschlagsrechts nicht entnommen werden, gegen das der Thüringer Verfassungsgerichtshof bei der Aufhebung des Paritätsgesetzes wegen dessen Unvereinbarkeit mit der Thüringer Landesverfassung verstoßen haben könnte. So erörtern die Beschwerdeführenden bereits nicht, dass der uneingeschränkten Anwendung von Art. 3 Abs. 2 GG im Wahlrecht Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG als *lex specialis* entgegenstehen könnte. Daneben wird nicht erörtert, ob Art. 3 Abs. 2 GG statt als Auftrag zur Herbeiführung einer mit einem paritätischen Wahlvorschlagsrecht verbundenen Ergebnisgleichheit lediglich als Gewährleistung tatsächlicher Chancengleichheit zu interpretieren ist.

OVG Niedersachsen 13 MN 477/21, Beschl. v. 16.12.2021 (2G-Regel im Einzelhandel)

Die Eignung von Infektionsschutzmaßnahmen nach der Niedersächsischen Corona-Verordnung steht durch die zahlreichen Ausnahmen des § 9 a Abs. 1 S. 2 der Verordnung, in denen Ungeimpften der Zutritt zu Betrieben oder Einrichtungen des Einzelhandels nicht verboten wird, infrage. Es ist zweifelhaft, ob das Verbot des Zutritts zu Betrieben oder Einrichtungen des Einzelhandels für ungeimpfte Kunden zur Zielerreichung erforderlich ist. Neben den bestehenden Zweifeln an der tatsächlichen Infektionsrelevanz des Geschehens in Betrieben und Einrichtungen des Einzelhandels drängen sich auch durchaus mildere Mittel auf, deren Eignung zur Pandemiebekämpfung und Erreichung der legitimen Ziele zur Pandemiebekämpfung nicht offensichtlich weniger effektiv als das Verbot des Zutritts zu Betrieben oder Einrichtungen des Einzelhandels für ungeimpfte Kunden erscheint.

BayVG 20 NE 21.3119, Beschl. v. 19.01.2022 (2G-Regel im Einzelhandel)

Der Vorschrift des § 10 Abs. 1 S. 1 und 2 der 15. BayIfSMV lässt sich zwar die Absicht des Verordnungsgebers entnehmen, die Ladengeschäfte des Einzelhandels nicht in ihrer Gesamtheit dem Erfordernis eines „2G“-Nachweises i.S.d. § 5 Abs. 1 der 15. BayIfSMV zu unterwerfen, sondern eine differenzierende branchenspezifische Regelung nach Maßgabe des § 28a Abs. 6 S. 3 IfSG zu treffen. Weder aus dem Text noch aus der insoweit unergiebigem Begründung der Verordnung geht jedoch mit hinreichender Gewissheit hervor, welche Ladengeschäfte unter die Zugangsbeschränkung nach Maßgabe der „2G“-Regel fallen. Ob ein nicht ausdrücklich vom Beispielkatalog des § 10 Abs. 1 S. 2 der 15. BayIfSMV erfasstes Ladengeschäft unter die Zugangsbeschränkung fällt oder nicht, ist dem Wortlaut der angegriffenen Norm nicht mit der erforderlichen Klarheit zu entnehmen, da weder der abstrakte Oberbegriff der Ladengeschäfte zur Deckung des „täglichen Bedarfs“ mit der Auflistung von konkreten Regelbeispielen in Einklang zu bringen noch der Liste von Regelbeispielen ein einheitliches verbindendes Kriterium zu entnehmen ist.

OVG Rheinland-Pfalz 7 B 10005/22.OVG, Beschl. v. 03.01.2022 (Corona-Spaziergänge)

Angesichts der ausdrücklichen Regelung von Versammlungsverboten als Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 nach dem Ende einer durch den Deutschen Bundestag festgestellten epidemischen Lage von nationaler Bedeutung - wie gegenwärtig - spricht einiges dafür, in der aktuellen Fassung von § 28a Abs. 1 Nr. 10 i.V.m. Abs. 8 S. 1 Nr. 3 IfSG eine infektionsschutzrechtliche Spezialregelung zu sehen, die eine Sperrwirkung gegenüber § 15 Abs. 1 VersG insoweit entfaltet, als sie einen Rückgriff auf diese allgemeine versammlungsrechtliche Befugnis zum Erlass eines Versammlungsverbots bei einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit durch die Verbreitung von COVID-19 jedenfalls grundsätzlich ausschließt.

OVG Nordrhein-Westfalen 9 A 146/21, Urt. v. 02.02.2022 (Anspruch auf Betäubungsmittel zur Selbsttötung)

Das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte ist nicht verpflichtet, schwerkranken Menschen, die den Entschluss zum Suizid gefasst haben, hierfür den Erwerb des Betäubungsmittels Natrium-Pentobarbital zu erlauben. Eine Erwerbserlaubnis, die auf eine Nutzung von Betäubungsmitteln zur Selbsttötung gerichtet ist, dient nicht dazu, die notwendige medizinische Versorgung sicherzustellen.

Vorbemerkungen zur Kategorie Studienpraxis

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

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

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

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

Diese Authentizität der Beiträge ist Chance und Gefahr zugleich.

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

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

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

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

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

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

– Ist dieser Teil der Bearbeitung repräsentativ für die Gesamtnote?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

redaktion@hanoverlawreview.de

an.

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

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

Wir wünschen viel Erfolg und Freude bei der Lektüre.

Kurzarbeit in der Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht, 17 Punkte

stud. iur. Sebastian Hielscher

Die Klausur ist in der Veranstaltung Große Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht im Wintersemester 2020/2021 als 2. Klausur an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt Prof. Dr. Veith Mehde, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

Die dem Landkreis K angehörige niedersächsische Gemeinde G (63.000 Einwohner) hat in den letzten Jahren einen erheblichen Zuzug von jungen Familien zu verzeichnen. Um die Nachfrage nach Bauflächen bedienen zu können, möchte die Gemeinde neue Baugebiete ausweisen. Zu diesem Zweck muss sie, um naturschutzrechtliche Vorgaben zu erfüllen, Ausgleichsflächen erwerben. Der ortsansässige Landwirt L, der Ratsmitglied ist, bietet der G geeignete Flächen im Gemeindegebiet für 1,5 Millionen Euro zum Kauf an. Die A-Fraktion ist begeistert von diesem günstigen Angebot und beantragt für die nächste Ratssitzung, dass die Bürgermeisterin B beauftragt werde, für die G das Angebot anzunehmen. Finanzielle Mittel zum Kauf sind im Haushalt der Gemeinde vorgesehen. Nach Feststellung der Beschlussfähigkeit und einer kontroversen und langen Debatte, in deren Verlauf von 43 anwesenden Ratsmitgliedern 28 vorzeitig nach Hause gehen, wird der Antrag um 23:45 Uhr mit 8 zu 7 Stimmen angenommen.

Die B-Fraktion, die geschlossen gegen den Kauf gestimmt hatte, will das nicht akzeptieren. Ihr Fraktionsvorsitzender trägt in einem umfassenden Brief drei Tage später ggü. dem Landkreis K seine Bedenken gegen die Gültigkeit des Beschlusses vor: Eine Abstimmung mit so geringer Beteiligung könne nicht rechtsgültig sein. Der L habe bei den 8 Personen mitgestimmt, obwohl er als künftiger Vertragspartner der Gemeinde G eindeutig „befangen“ gewesen sei und nicht hätte abstimmen dürfen. Solcher Vetternwirtschaft dürfe kein Vorschub geleistet werden. Zuletzt sei der Antrag auch in der Sitzung des Verwaltungsausschusses, die vor der Ratssitzung stattfand, gar nicht thematisiert worden.

Der Landkreis K gibt daraufhin der Gemeinde G Gelegenheit, sich zu den Vorhaltungen zu äußern. Bürgermeisterin B weist die Vorwürfe zurück. Zwar räumt B ein, dass der L mitgestimmt und der Verwaltungsausschuss den Beschluss nicht vorbereitet hat. Nach ihrer Auffassung hätte die B-Fraktion die von ihr genannten Punkte aber allesamt in der Ratssitzung geltend machen können und auch müssen. Zudem sei der Kaufvertrag ja überhaupt noch nicht geschlossen worden, dass dem L also ein unmittelbarer Vorteil entstünde, sei nicht ersichtlich. Wenn die B-Fraktion erst drei Tage später „mit sowas um die Ecke“ komme, könne das keine Berücksichtigung mehr finden. Sie habe mit ihrer Teilnahme an der Abstimmung außerdem gerade gezeigt, dass sie von einer Gültigkeit des zu fassenden Beschlusses ausging.

Der Landkreis K erlässt als zuständige Kommunalaufsichtsbehörde daraufhin einen schriftlichen Bescheid, in dem er den Beschluss des Rates über den Kauf der Grundstücke beanstandet. Der Kauf dürfe nicht erfolgen, da der Ratsbeschluss nicht ordnungsgemäß zustande gekommen sei.

Der Rat möchte sich diese „Einmischung“ in die Angelegenheiten der G nicht gefallen lassen. Er beauftragt mit großer Mehrheit die Bürgermeisterin B damit, im Namen der G Klage gegen diese „unerhört“ scharfe Maßnahme des Landkreises zu erheben. Die Beanstandung sei rechtswidrig. Selbst wenn der Beschluss unwirksam sein sollte, was man bestreite, sei die Beanstandung ein unnötig scharfes Mittel. Einen unwirksamen Beschluss könne man ohnehin nicht wirksam vollziehen, daher sei eine Beanstandung eines solchen Beschlusses jedenfalls ermessensfehlerbehaftet und würde die Entschlusskraft und Verantwortungsfreude der G erheblich beeinträchtigen. Dem Beschluss zur Klageerhebung kommt B nach.

Wird die Klage der Gemeinde G vor dem örtlich zuständigen Verwaltungsgericht Erfolg haben?

Bearbeitungsvermerk:

Bau- und naturschutzrechtliche Normen sind nicht zu prüfen. Alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen sind (ggf. hilfsgutachterlich) zu bearbeiten. Bei der Gemeinde G handelt es sich nicht um eine große selbstständige Stadt.

BEARBEITUNG

Die Klage der G hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen müssten erfüllt sein.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg müsste eröffnet sein. Auf- oder abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich, sodass die Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO Anwendung findet. Streitgegenstand der Klage ist die Beanstandung durch den Landkreis; streitentscheidend ist § 173 Abs. 1 S. 1 NKomVG.¹ Dieser ermächtigt die Kommunalaufsichtsbehörden als Hoheitsträger einseitig zur Beanstandung von kommunalen Maßnahmen und ist damit nach der sog. modifizierten Subjektstheorie als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren. Ferner ist die Streitigkeit mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit von G und K auch nichtverfassungsrechtlich. Der Verwaltungsrechtsweg ist gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Es müsste eine statthafte Klageart vorliegen. Die Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren, § 88 VwGO. G begehrt die gerichtliche Aufhebung der Beanstandung; statthafte könnte demnach eine Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO sein, sofern es sich bei der Beanstandung um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG i.V.m. § 1 NVwVfG² handelt. Zweifelhaft könnte hier das Merkmal der Außenwirkung der Beanstandung sein. Grundsätzlich liegt keine Außenwirkung bei Maßnahmen im rein innerstaatlichen Bereich vor. Sowohl K als auch G sind als Hoheitsträger diesem zuzuordnen. Etwas anderes gilt jedoch im Bereich der kommunalaufsichtsrechtlichen Maßnahmen, im Falle derer sich die adressierte Gemeinde auf subjektive Rechte aus Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 57 Abs. 1 NV berufen können, welche die nötige Außenwirkung vermitteln. Dazu

müsste der eigene Wirkungskreis der Gemeinde durch die Beanstandung betroffen sein. Die Beanstandung bezieht sich auf den Gemeindebeschluss zum Abschluss des Kaufvertrages über ein Grundstück im Gemeindegebiet, welcher als spezifisches, in der örtlichen Gemeinschaft wurzelndes Interesse Angelegenheit der öffentlichen Gemeinschaft gem. § 5 Abs. 1 Nr. 1 ist; bei der Beanstandung durch K handelt es sich somit um eine Maßnahme der Kommunalaufsicht, sodass die erforderliche Außenwirkung vorliegt. Die Beanstandung ist damit ein Verwaltungsakt gem. § 35 S. 1 VwVfG und die Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO ist statthaft.

III. Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO

G müsste gem. § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt sein. Dazu müsste sie die Möglichkeit der Verletzung eigener Rechte geltend machen. Als Grundrechtsverpflichtete gem. Art. 1 Abs. 3 GG kann sie sich nicht auf Grundrechte und damit nicht auf den Adressatengedanken berufen. Jedoch wäre die G durch eine möglicherweise rechtswidrige Maßnahme der Kommunalaufsicht in ihrem kommunalen Selbstverwaltungsrecht gem. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 57 NV verletzt. Damit ist G auch klagebefugt.

IV. Klagegegner

Richtiger Klagegegner ist gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO Landkreis K nach dem sog. Rechtsträgerprinzip.

V. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit

G ist als juristische Person gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligungsfähig und wird vor Gericht gem. § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 86 Abs. 1 S. 2, 7 Abs. 2 Nr. 1 von Bürgermeisterin B vertreten.

K ist ebenfalls als juristische Person gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligungsfähig und wird gem. § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 86 Abs. 1 S. 2, 7 Abs. 2 Nr. 4 vom Landrat oder der Landrätin vertreten.

VI. Vorverfahren

Ein Vorverfahren ist gem. § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO i.V.m. § 80 Abs. 1 NJG entbehrlich.

¹ Alle folgenden §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des NKomVG.

² Alle folgenden §§ des VwVfG gelten in der Verweisung des § 1 NVwVfG.

VII. Klagefrist

Mangels entgegenstehender Angaben kann die Wahrung der einmonatigen Klagefrist gem. § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO unterstellt werden.

VIII. Zwischenergebnis

Die Klage der G wäre zulässig.

B. Begründetheit

Die Klage müsste auch begründet sein. Das wäre gem. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO der Fall, wenn der angefochtene Verwaltungsakt rechtswidrig und G dadurch in ihren Rechten verletzt wäre.

I. Rechtswidrigkeit der Beanstandung

Die Beanstandung wäre rechtswidrig, wenn sie einer Rechtsgrundlage entbehrte oder formell oder materiell rechtswidrig wäre.

1. Rechtsgrundlage

Taugliche Rechtsgrundlage für die Beanstandung ist § 173 Abs. 1 S. 1.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Beanstandung müsste formell rechtmäßig sein.

a) Zuständigkeit

Mit dem Landkreis K handelte die für die kreisangehörige Gemeinde G zuständige untere Kommunalaufsichtsbehörde, § 171 Abs. 2.

b) Verfahren

Das Verfahren müsste ordnungsgemäß verlaufen sein; gem. § 28 Abs. 1 VwVfG war eine Anhörung der G erforderlich. Diese ist durch die Einräumung der Möglichkeit zur Stellungnahme an G erfolgt. Das Verfahren verlief ordnungsgemäß.

c) Form

Die schriftliche Beanstandung war durch den Verweis auf den nicht ordnungsgemäßen Ratsbeschluss auch ordnungsgemäß nach § 39 Abs. 1 VwVfG begründet.

d) Zwischenergebnis

Die Beanstandung war formell rechtmäßig.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Sie müsste überdies materiell rechtmäßig gewesen sein.

a) Tatbestand

Der Tatbestand des § 173 Abs. 1 S. 1 müsste erfüllt sein.

aa) Beschluss oder Maßnahme der Kommune

Der Gemeinde G wird der Beschluss des Rats als deren Organ zugerechnet; ein Beschluss der Kommune liegt vor.

bb) Gesetzesverletzung

Dieser müsste auch das Gesetz verletzen, d.h. seinerseits einer Rechtsgrundlage entbehren oder in formeller oder materieller Hinsicht rechtswidrig sein.

(1) Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für den Erwerb von Vermögensgegenständen wie Grundstücke durch die Gemeinde ist § 124 Abs. 1.

(2) Formelle Rechtmäßigkeit

Der Ratsbeschluss müsste formell rechtmäßig gewesen sein.

(a) Zuständigkeit

Der Gemeinderat müsste für die Beauftragung der Bürgermeisterin zum Abschluss des Vertrags zuständig gewesen sein. Die Verbandszuständigkeit der Gemeinde ergibt sich aus § 5 Abs. 1 Nr. 1, da der Kauf von Grundstücken auf dem eigenen Gemeindegebiet Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft ist (s.o. A. II.). Sodann müsste der Rat organzuständig gewesen sein. Wegen der finanziellen Erheblichkeit ist der Kauf von Grundstücken kein Geschäft der laufenden Verwaltung gem. § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 und fällt nicht in die Zuständigkeit der Bürgermeisterin. Ferner sieht § 58 Abs. 1 Nr. 20 die ausschließliche Zuständigkeit der Vertretung für Verträge mit Vertretungsmitgliedern vor. L ist als Eigentümer und Vertragspartner der Gemeinde gleichzeitig Ratsmitglied, sodass der Rat der G gem. § 58 Abs. 1 Nr. 20 für den Vertrag mit ihm zuständig ist. Die Zuständigkeit des Gemeinderats ist gegeben.

(b) Verfahren

Jedoch müsste auch das Verfahren ordnungsgemäß abgelaufen sein.

(aa) Beschlussfähigkeit

Der Rat müsste gem. § 65 Abs. 1 S. 1 beschlussfähig gewesen sein. Zu Beginn der Sitzung waren 43 Mitglieder der Vertretung anwesend. Gem. §§ 46 Abs. 1 S. 1, 45 Abs. 1 S. 2 hat die Vertretung in einer Gemeinde mit 63.000 Einwohnern

zuzüglich des Hauptverwaltungsbeamten 43 Mitglieder, sodass alle Mitglieder zu Beginn der Sitzung anwesend waren. Überdies ist weder die Verletzung der Vorschriften über die Einberufung der Vertretung ersichtlich noch wurde eine solche gerügt, sodass der Rat zu Beginn der Sitzung gem. beider Alternativen des § 65 Abs. 1 S. 1 beschlussfähig war. Fraglich ist jedoch, ob die Vertretung nach dem vorzeitigen Verlassen von 28 Vertretungsmitgliedern noch beschlussfähig war. Gem. § 65 Abs. 1 S. 3 gilt die Beschlussfähigkeit auch nach Verringerung der Zahl der Anwesenden fort, solange die Beschlussfähigkeit nicht angezweifelt wird. Eine Anzweiflung könnte durch die B-Fraktion vorgenommen worden sein, indem sie die geringe Zahl der Abgeordneten gegenüber K gerügt hat. Allerdings erfolgte dies erst drei Tage nach dem Schluss der Ratssitzung. Nach dem Wortlaut („so lange“) sowie Sinn und Zweck des § 65 Abs. 1 S. 3 kann jedoch die Anzweiflung sowie die Feststellung der Beschlussfähigkeit nur in dem Zeitraum, in dem die Fiktion des § 65 Abs. 1 S. 3 gilt, also während der noch laufenden Sitzung erfolgen; eine nachträgliche Rügemöglichkeit würde Feststellungsschwierigkeiten sowie dadurch erhebliche Rechtsunsicherheiten hinsichtlich der Wirksamkeit eines Ratsbeschlusses mit sich ziehen. Damit muss die nachträgliche Anzweiflung des Fortbestandes der Beschlussfähigkeit durch die B-Fraktion unbeachtlich bleiben; der Rat war beschlussfähig.

(bb) Beschlussfassung

Der Beschluss wurde mit 8 zu 7, also mit der Mehrheit der auf Ja lautenden Stimmen, gem. § 66 Abs. 1 S. 1 gefasst.

(cc) Mitwirkungsverbot, §§ 54 Abs. 3, 41 Abs. 1 S. 1, Abs. 6

Jedoch könnte hinsichtlich des Ratsherrn L ein Mitwirkungsverbot gem. §§ 54 Abs. 3, 41 Abs. 1 S. 1, Abs. 6 bestanden haben. Dazu müsste er oder ein Angehöriger durch den Beschluss gem. § 41 Abs. 1 S. 1 einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil erlangt haben. Vorteil kann jede materielle oder immaterielle Begünstigung sein. Durch den Ratsbeschluss wird L die Möglichkeit eröffnet, sein Grundstück an die Gemeinde G zu veräußern, was einen Vorteil darstellt. Er ist außerdem nicht in einem bloßen Gruppeninteresse gem. § 41 Abs. 1 S. 3, sondern höchstpersönlich betroffen und der Beschluss stellt keine Entscheidung über eine Rechtsnorm gem. § 41 Abs. 3 Nr. 1 dar. Fraglich ist aber, ob der Vorteil auch ein unmittelbarer i.S.d. § 41 Abs. 1 S. 2 war. Dies ließe sich anzweifeln, da B infolge des Ratsbeschlusses erst noch selbst zum Abschluss des Kaufvertrages tätig werden müsste und der Vorteil damit erst

durch eine Handlung der B vermittelt wird. Jedoch ist zu beachten, dass B durch den Ratsbeschluss vollständig gebunden wird und keinerlei Entscheidungsspielraum mehr besitzt, sondern diesen lediglich noch gem. § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ausführt. Die bloße Ausführung eines Ratsbeschlusses reicht gem. § 41 Abs. 1 S. 2 nicht zur Unterbrechung des Unmittelbarkeitszusammenhangs aus. Folglich ist der Vorteil auch unmittelbar; ein Mitwirkungsverbot des L bestand.

Die Mitwirkung des L müsste sodann auch maßgeblich gem. § 41 Abs. 6 gewesen sein. Die Abstimmung fiel lediglich mit einer einzigen mehrheitlichen Ja-Stimme aus; bei Stimmgleichheit wäre der Beschluss gem. § 66 Abs. 1 S. 2 abgelehnt worden. Damit war die Mitwirkung des L auch maßgeblich; der Ratsbeschluss ist daher gem. § 41 Abs. 6 unwirksam.

(dd) Vorbereitung durch den Hauptausschuss

Zudem ist auch die Vorbereitung der Beschlussfassung durch den Hauptausschuss gem. § 76 Abs. 1 S. 1 unterblieben, was ebenfalls einen formellen Fehler darstellt.

(ee) Präklusion

Das Vorbringen der B-Fraktion bezüglich der formellen Fehler könnte jedoch wegen der Nichtgeltendmachung ihrer Bedenken in der Ratssitzung sowie der Teilnahme an der Abstimmung präkludiert sein. Dafür spricht, dass sich die B-Fraktion durch die rügelose Einlassung während der Ratssitzung und das erst spätere Vorbringen gewissermaßen selbstwidersprüchlich verhalten haben könnte. Jedoch ist die Beanstandung gem. § 173 Abs. 1 S. 1 ein objektives Verfahren zur Herstellung der Rechtmäßigkeit, das nicht an das subjektive Verhalten des die Kommunaufsichtsbehörde Ersuchenden geknüpft ist. Ferner hat der Landkreis K hier von der B-Fraktion lediglich Kenntnis über die Vorgänge erlangt. Bei anderweitiger Kenntnisnahme könnte K auch ohne Weiteres von sich aus tätig werden, sodass dem K das Verhalten der B-Fraktion ohnehin in keiner Form zugerechnet werden kann. Somit ist die Geltendmachung der formellen Fehler nicht präkludiert.

(ff) Zwischenergebnis

Das Verfahren war rechtswidrig; der Beschluss ist unwirksam.

(c) Form

Die Verletzung von Formvorschriften ist nicht ersichtlich.

(d) Zwischenergebnis

Der Beschluss war formell rechtswidrig.

(3) Materielle Rechtmäßigkeit

Er könnte auch materiell rechtswidrig gewesen sein. Der Kauf des Grundstücks von L dient der Aufgabenerfüllung der G zum Erwerb von Ausgleichsflächen für die naturschutzrechtlichen Vorgaben bei der Ausweisung von Baugebieten und ist damit zur Erfüllung der Gemeindeaufgaben in absehbarer Zeit erforderlich gem. § 124 Abs. 1. Andere materielle Fehler sind nicht ersichtlich; der Ratsbeschluss war materiell rechtmäßig.

(4) Zwischenergebnis

Der Beschluss war jedoch wegen mehrerer formeller Mängel rechtswidrig bzw. unwirksam; eine Gesetzesverletzung liegt vor. Der Tatbestand des § 173 Abs. 1 S. 1 ist damit erfüllt.

b) Rechtsfolge

Auch die Rechtsfolge müsste materiell rechtmäßig gewesen sein. Gem. § 173 Abs. 1 S. 1 hat die Kommunalaufsichtsbehörde bei der Beanstandung ein Entschließungsermessen; dieses müsste sie gem. § 40 VwVfG ermessensfehlerfrei ausgeübt haben. In Betracht kommt eine Ermessensüberschreitung in Form der Unverhältnismäßigkeit der Beanstandung.

aa) Legitimer Zweck

Die Beanstandung verfolgt den Zweck der Sicherstellung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns der Gemeinde und damit einen legitimen Zweck.

bb) Geeignetheit

Indem die Gemeinde durch die Beanstandung zum rechtmäßigen Handeln angehalten wird und der rechtswidrige Beschluss überdies gem. § 173 Abs. 1 S. 2 nicht ausführbar ist, ist sie auch geeignet, die Erreichung dieses Ziels wenigstens zu fördern.

cc) Erforderlichkeit

Die Beanstandung müsste dazu auch erforderlich gewesen sein. Dazu dürfte kein milderes, aber gleich geeignetes Mittel existieren, um das Ziel zu erreichen. Grundsätzlich ist zu sagen, dass die Beanstandung das mildeste der Kommunalaufsichtsmittel gem. §§ 173 ff. darstellt. Möglicherweise hätte es aber einer Beanstandung gar nicht bedurft, sofern ein unwirksamer Beschluss gar nicht wirksam ausgeführt werden kann. Dagegen spricht jedoch der

eindeutige Wortlaut der §§ 41 Abs. 6 S. 2, 10 Abs. 2 S. 1, wonach bei Beschlüssen, die unter Verletzung des § 41 zustande kamen, nach einem Jahr gleichwohl Vorbringen hinsichtlich Verfahrens- und Formfehlern präkludiert sind. Das NKomVG geht damit davon aus, dass auch nach § 41 Abs. 6 unwirksame Beschlüsse unanfechtbar und in der Folge vollziehbar sein können. Ein bloßer formeller Hinweis der Kommunalaufsichtsbehörde auf die Rechtswidrigkeit des Beschlusses wäre damit nicht gleich wirksam gewesen wie die Beanstandung, nach der die Vollziehbarkeit eines rechtswidrigen Beschlusses gem. § 173 Abs. 1 S. 2 von Gesetzes wegen entfällt. Folglich ist ein milderes, aber gleich wirksames Mittel gegenüber der Beanstandung nicht ersichtlich; die Beanstandung war auch erforderlich.

dd) Angemessenheit

Letztlich müsste die Beanstandung auch angemessen sein. Ein an sich geeignetes und erforderliches Mittel darf nicht angewendet werden, wenn es zum verfolgten Zweck außer Verhältnis steht. Dazu sind die betroffenen Interessen gegeneinander abzuwägen.

Aufseiten der G steht das Interesse an der Eigenverantwortlichkeit der Erledigung ihrer Angelegenheiten; auf der Seite von K besteht dessen Interesse an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns. Gem. § 170 Abs. 1 S. 3 soll die Aufsicht die Verantwortungsfreude und Entschlusskraft der Kommunen nicht beeinträchtigen. Grundsätzlich muss die Kommunalaufsicht allerdings wegen des Vorrangs des Gesetzes dazu gehalten sein, rechtswidrige Maßnahmen der untergeordneten Kommunen mit den Mitteln der Kommunalaufsicht zu unterbinden, insbesondere dann, wenn diese wie der Beschluss der G erhebliche formelle Mängel aufweisen. Die Beanstandung stellt dabei im Rahmen des Instrumentariums der Kommunalaufsicht ein weniger scharfes Mittel als die anderen Aufsichtsmaßnahmen dar. Insbesondere ist hier zu beachten, dass die Beanstandung weder materielle Mängel rügt noch solche tatsächlich vorliegen. Der G wäre es daher unbenommen, den entsprechenden Beschluss nunmehr unter Beachtung der formellen Vorschriften erneut zu fassen. Ihre Verantwortungsfreude oder Entschlusskraft wird nicht dadurch unzumutbar beeinträchtigt, dass sie sich an den formellen Erfordernissen festhalten lassen muss. Damit ist die Beanstandung als angemessen anzusehen und damit auch verhältnismäßig.

c) Zwischenergebnis

Ermessensfehler liegen nicht vor, sodass auch die

Rechtsfolge materiell rechtmäßig war. Die Beanstandung war damit materiell rechtmäßig.

4. Zwischenergebnis

Die Beanstandung des K gem. § 173 Abs. 1 S. 1 war insgesamt rechtmäßig.

II. Ergebnis

Mangels Rechtswidrigkeit der Beanstandung ist die Klage der G unbegründet.

C. Gesamtergebnis

Die Klage der G ist zwar zulässig, aber unbegründet und hat somit keine Aussicht auf Erfolg.

ANMERKUNGEN

Die Prüfung der Zulässigkeit wurde als sauber betitelt. Die Annahme des § 124 NKomVG in der Begründetheit als Rechtsgrundlage sei falsch, es greife aber schon mangels Grundrechtsrelevanz des Verwaltungshandelns der Vorbehalt des Gesetzes nicht, sondern es liege nur rein fiskalisches Handeln ohne jeden Grundrechtsbezug vor, sodass es keiner Ermächtigungsgrundlage bedarf.

Darüber hinaus wird die restliche Begründetheit als sehr gelungen beurteilt. Vor allem die Argumentation mit den Auslegungsmethoden, das Problem der Unmittelbarkeit des Vorteils und die Präklusion gefallen besonders gut.

Auch die Problematik der Unwirksamkeit sei gut in der Verhältnismäßigkeit diskutiert worden und die Argumentation mit § 170 Abs. 1 S. 3 NKomVG wird positiv hervorgehoben.

Insgesamt überzeuge vor allem die intensive Arbeit am Gesetz und mit dessen Wortlaut. Bemängelt wird lediglich die Annahme des § 124 NKomVG als Rechtsgrundlage sowie die etwas zu knappen Ausführungen zur Vorbereitung des Verwaltungsausschusses.

Klausur im Grundkurs Strafrecht III, 16 Punkte

stud. iur. Marie Judel

Die Klausur wurde in der Veranstaltung Grundkurs Strafrecht III im Wintersemester 2019/2020 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt. Herzlicher Dank gebührt Prof. Dr. Susanne Beck für das Einverständnis zur Veröffentlichung des Sachverhalts.

Sachverhalt

A und B sind seit langem Freunde und ein unschlagbares Team. Sie streifen eines Samstagnachts durch die Straßen von Hannover und suchen nach einer passenden Gelegenheit, um ihrem Ärger über die anhaltende schlechte Leistung ihres Lieblings-Fußballvereins Luft zu machen. Nach einer halben Stunde in der Kälte entdecken sie den O, den sie noch aus der Schule kennen und noch nie leiden konnten. A und B nähern sich dem O von hinten und schlagen ihn dann gemeinsam zusammen. O bleibt bewusstlos am Boden liegen. A sieht dann zufällig, gerade bevor sich A und B aus dem Staub machen wollen, das wertvolle Smartphone des O in dessen Jackentasche. Dies steckt er sich, von B unbemerkt, in die Jackentasche, um es B später zu schenken.

A und B teilen sich auf, B rennt in die eine Richtung und A rennt mit dem Smartphone in die andere Richtung. Die Z hat alles beobachtet und möchte O helfen, wieder an sein Smartphone zu gelangen. Deshalb rennt sie A ohne zu Zögern hinterher. A bemerkt die Z und streckt diese gekonnt mit einem Faustschlag zu Boden. Z kann sich erst nach einigen Minuten aufrichten, da ist A aber schon längst über alle Berge.

Einige Tage später schenkt A dem B das Smartphone und erzählt ihm, dass er es von O bei dem gemeinsamen Ausflug erbeutet hat. B freut sich sehr über das schöne Erinnerungsstück an den gemeinsamen Abend mit A und nimmt es sogleich in Gebrauch.

Wie haben sich A und B strafbar gemacht?

Bearbeitungsvermerk: Alle ggf. erforderlichen Strafanträge gelten als gestellt.

Die §§ 233 ff. StGB (einschließlich § 231 StGB) und §§ 211 ff. StGB sowie § 323c, § 240 und § 221 StGB sind nicht zu prüfen.

BEARBEITUNG

Erster Tatkomplex: Die Schlägerei

A. Strafbarkeit des A gem. § 249 Abs. 1 StGB¹

A könnte sich wegen Raubes gem. § 249 Abs. 1 strafbar gemacht haben, indem er den O zusammen mit B niederschlug und danach das Handy des O mitnahm.

I. Tatbestand

Dazu müsste der Tatbestand erfüllt sein.

1. Objektiver Tatbestand

Zunächst müsste der objektive Tatbestand vorliegen.

a) Fremde bewegliche Sache

Bei dem Handy müsste es sich um eine für A fremde

bewegliche Sache handeln. Sachen sind alle körperlichen Gegenstände i.S.d. § 90 BGB, ohne Rücksicht auf ihren wirtschaftlichen Wert. Beweglich sind Sachen, wenn sie fortgeschafft werden können. Fremd ist eine Sache, wenn sie im Eigentum eines anderen steht, also weder herrenlos ist noch ausschließlich dem Täter selbst gehört. Bei dem Handy handelt es sich um einen körperlichen Gegenstand, der gerade dazu gedacht ist, mitgenommen und damit fortgeschafft zu werden. Zudem steht es im Eigentum des O und ist somit eine für A fremde bewegliche Sache.

b) Wegnahme

A müsste das Handy auch weggenommen haben. Wegnahme meint den Bruch fremden und die Begründung neuen – nicht notwendigerweise tätereigenen – Gewahrsams. Fraglich ist, wer ursprünglich Gewahrsam am Handy hatte. Gewahrsam ist die von einem natürlichen

¹ Alle folgenden §§ sind solche des StGB.

Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft einer Person über eine Sache, deren Reichweite von der Verkehrsanschauung bestimmt wird. Ursprünglich hatte O durch das Tragen des Handys in seiner Jackentasche Gewahrsam daran. Er könnte den Gewahrsam verloren haben, als er bewusstlos wurde. Zu der Zeit hatte er faktisch keine Zugriffsmöglichkeit auf sein Handy. Die Verkehrsauffassung schreibt dem Berechtigten in diesen Situationen den potenziellen Gewahrsamswillen zu. Danach ist kein ununterbrochenes Wachsein zur Erhaltung des Gewahrsamswillens erforderlich, wodurch auch Bewusstlose und Schlafende Gewahrsamsinhaber bleiben. Somit hatte O weiterhin Gewahrsam an dem Handy. Diesen Gewahrsam müsste A gebrochen haben. Fremder Gewahrsam wird gebrochen, wenn er gegen oder ohne den Willen des Berechtigten aufgehoben wird. A handelte jedenfalls ohne den Willen des O, aufgrund dessen Bewusstlosigkeit. Folglich hat A fremden Gewahrsam gebrochen.

Weiterhin müsste er neuen Gewahrsam begründet haben. Das ist das Ausüben der tatsächlichen Herrschaftsmacht über die Sache in der Weise, dass der neue Gewahrsamsinhaber die tatsächliche Sachherrschaft ungehindert durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser nicht mehr darüber verfügen kann, ohne die Verfügungsgewalt des neuen zu brechen. A steckte sich das Handy in die Jackentasche und konnte ungehindert von O die tatsächliche Sachherrschaft darüber ausüben. Bei kleinen, leicht zu transportierenden Gegenständen reicht das bloße Ergreifen, Festhalten oder Verstecken in der Kleidung, wobei letzteres eine sog. Gewahrsamsenklave darstellt: Die Sache befindet sich in der Körpersphäre und ist damit vom Allgemeinen Persönlichkeitsrecht (APR) umfasst. O konnte während seiner Bewusstlosigkeit und jedenfalls mit dem Wegrennen des A nicht mehr über das Handy verfügen. Daher begründete A neuen Gewahrsam.

c) Qualifiziertes Nötigungsmittel

Es müsste ein qualifiziertes Nötigungsmittel i.S.d. § 249 Abs. 1 vorliegen. In Betracht kommt Gewalt gegen eine Person. Gewalt ist jeder körperlich wirkende Zwang beim Opfer durch, wenn auch nur geringfügige, körperliche Kraftentfaltung. A schlug O zusammen mit B nieder, wodurch dieser bewusstlos wurde. Sie verübten daher aktive Gewalt an O in Form der vis absoluta, der willensbrechenden Gewalt. Folglich lag Gewalt als qualifiziertes Nötigungsmittel vor.

d) Finaler Zusammenhang

Die Gewaltanwendung müsste gerade zum Zweck der Wegnahme erfolgt sein. Vorliegend sah A erst zufällig nach der Gewaltanwendung das Handy des O und steckte es ein. Ein Wille, O niederzuschlagen, um das Handy mitnehmen zu können, lag daher nicht vor, sondern wurde von A nur rein zufallsbedingt nach Vollendung der Gewaltanwendung gefasst. Die Gewalt erfolgte daher gerade nicht zum Zwecke der Wegnahme. Ein finaler Zusammenhang lag somit nicht vor.

2. Zwischenergebnis

Mithin ist der objektive Tatbestand des § 249 Abs. 1 nicht erfüllt.

II. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Raubes gem. § 249 Abs. 1 strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des A gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6

A könnte sich wegen besonders schweren Diebstahls gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 strafbar gemacht haben, indem er das Handy des O einsteckte, während dieser bewusstlos war.

I. Tatbestand

Der Tatbestand müsste erfüllt sein.

1. Objektiver Tatbestand

Zunächst müsste der objektive Tatbestand gegeben sein.

a) Fremde bewegliche Sache

Bei dem Handy handelte es sich um eine für A fremde bewegliche Sache.

b) Wegnahme

A hat das Handy des O auch weggenommen.

c) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist mithin erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

Weiter müsste der subjektive Tatbestand erfüllt sein.

a) Vorsatz

A müsste vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz ist der unbedingte Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes

in Kenntnis aller seiner objektiven Merkmale zum Zeitpunkt der Tat, §§ 8, 16, 22. A wusste, dass das Handy nicht ihm, sondern O gehörte und wollte es dennoch mitnehmen. Somit handelte A vorsätzlich.

b) Absicht rechtswidriger Zueignung

A müsste mit der Absicht gehandelt haben, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, sog. Zueignungsabsicht. Diese setzt sich aus der Aneignungsabsicht und dem Enteignungsvorsatz zusammen.

aa) Aneignungsabsicht

A müsste mit Aneignungsabsicht gehandelt haben. Diese ist die Anmaßung einer eigentümerähnlichen Herrschaftsposition mit dem Ziel, die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert dem eigenen Vermögen zumindest vorübergehend einzuverleiben. A plante das Handy später B zu schenken. Dazu musste und wollte er es zumindest vorübergehend dem eigenen Vermögen einverleiben. A handelte daher mit Aneignungsabsicht.

bb) Enteignungsvorsatz

Zudem müsste A mit Enteignungsvorsatz gehandelt haben. Dieser ist der Wille zur dauerhaften Verdrängung des Eigentümers aus seiner bisherigen Herrschaftsposition. A wollte B das Handy schenken und hatte somit keinen Willen, die Sache an O zurückzuführen, sondern wollte ihn dauerhaft aus seiner Position verdrängen. A handelte mit Enteignungsvorsatz.

cc) Objektive Rechtswidrigkeit der Zueignung

Die Zueignung müsste rechtswidrig gewesen sein. Dies ist der Fall, wenn der Täter eigenmächtig einen Zustand herstellt, der der materiellen Eigentumsordnung widerspricht. A hatte keinen fälligen und einredefreien Über eignungsanspruch auf das Handy. Die Zueignung war somit rechtswidrig.

dd) Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der Zueignung

A müsste Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit gehabt haben. Er wusste, dass er keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf die Sache hatte. Damit hatte er Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit.

ee) Zwischenergebnis

Der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

II. Rechtswidrigkeit

A müsste rechtswidrig gehandelt haben. Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Somit handelte A rechtswidrig.

III. Schuld

Zudem müsste A schuldhaft gehandelt haben. Es sind keine Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründe ersichtlich. A handelte schuldhaft.

IV. Strafzumessung: besonders schwerer Fall

A könnte zudem ein Regelbeispiel i.S.d. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 Var. 1 erfüllt haben. Danach müsste er die objektive und subjektive Hilflosigkeit einer anderen Person ausgenutzt haben. Hilflos ist, wer zum Zeitpunkt der Tat außer Stande ist, sich ohne Hilfe anderer gegen eine Gefahr auf seine Rechtsgüter zu schützen. Vorliegend war O bewusstlos und damit außer Stande sich gegen die Wegnahme seines Handys durch O zu schützen. A hat das Regelbeispiel daher objektiv erfüllt. Zudem war ihm bewusst, dass O bewusstlos war und er sich nicht gegen seinen Angriff hätte wehren können. Somit wurde das Regelbeispiel auch subjektiv erfüllt. Ein Ausschluss i.S.d. § 243 Abs. 2 kommt vorliegend aufgrund des hohen Werts des Handys nicht in Betracht. Somit hat A zusätzlich das Regelbeispiel i.S.d. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 Var. 1 erfüllt.

V. Ergebnis

Somit hat A sich wegen besonders schweren Diebstahls gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 Var. 1 strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit des B gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 Var. 1, 25 Abs. 2

B könnte sich wegen gemeinschaftlichen besonders schweren Diebstahls gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 Var. 1, 25 Abs. 2 strafbar gemacht haben, indem er mit A den O niederschlug und sie dessen Handy entwendeten.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Fremde bewegliche Sache

Bei dem Handy handelte es sich auch für B um eine fremde bewegliche Sache.

b) Wegnahme

B selbst hat das Handy des O nicht entwendet, sondern A. Die Handlung des A könnte ihm aber im Rahmen der

Mittäterschaft gem. § 25 Abs. 2 zugerechnet werden. Erforderlich sind dafür ein gemeinsamer Tatplan sowie eine gemeinsame Tatausführung. Vorliegend schlugen A und B zusammen den O nieder. Das Entwenden dessen Handys durch A geschah ohne die Kenntnis des B und war für diesen auch nicht vorhersehbar. Ein gemeinsamer Tatplan bzgl. des Entwendens des Handys bestand nicht. Eine gemeinsame Tatausführung lag ebenso nicht vor. Demnach handelt es sich um einen Mittäterexzess des A, der B nicht zugerechnet werden kann.

2. Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

II. Ergebnis

B hat sich nicht gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 Var. 1, 25 Abs. 2 strafbar gemacht.

Zweiter Tatkomplex: Die Beobachterin

A. Strafbarkeit des A gem. § 252

A könnte sich wegen räuberischen Diebstahls gem. § 252 strafbar gemacht haben, indem er die Z niederschlug.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Vortat

Es müsste ein Diebstahl oder ein Raub als taugliche Vortat vorliegen. A verwirklichte bereits einen Diebstahl. Eine taugliche Vortat lag somit vor.

b) Betroffensein auf frischer Tat

A müsste auf frischer Tat betroffen sein. Dies liegt vor, wenn der Täter bei Ausführung oder alsbald nach Vollendung der Wegnahme am Tatort oder in dessen unmittelbarer Nähe von einem anderen wahrgenommen, bemerkt oder schlicht angetroffen wird. Vorliegend hat Z alles beobachtet und A somit sowohl wahrgenommen als auch bemerkt. A war somit auf frischer Tat betroffen.

c) Qualifiziertes Nötigungsmittel

A müsste ein qualifiziertes Nötigungsmittel verwendet haben. In Betracht kommt Gewalt. Indem er Z mit einem Faustschlag zu Boden brachte, übte er aktiv Gewalt aus. Das qualifizierte Nötigungsmittel lag daher vor.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

A müsste vorsätzlich gehandelt haben. Er verübte die

Gewalt bewusst und wusste auch, dass er auf frischer Tat betroffen war. Er handelte somit vorsätzlich.

b) Besitzerhaltungsabsicht

A müsste zudem mit Besitzerhaltungsabsicht gehandelt haben. Diese liegt vor, wenn es dem Täter darum geht, eine Gewahrsamsentziehung der Beute zu verhindern, die tatsächlich oder nur aus Tätersicht gegenwärtig ist oder unmittelbar bevorsteht. Es muss dem Täter also gerade darauf ankommen (dolus directus 1. Grades), sich durch die Anwendung von Gewalt im Besitz der Sache zu halten. A setzte den Faustschlag gerade gezielt dafür ein, eine Gewahrsamsentziehung des gestohlenen Handys durch Z zu verhindern. Somit handelte A mit Besitzerhaltungsabsicht.

II. Rechtswidrigkeit

A handelte rechtswidrig.

III. Schuld

A handelte schuldhaft.

B. Ergebnis

A hat sich gem. § 252 strafbar gemacht.

Dritter Tatkomplex: Die Schenkung

Strafbarkeit des B gem. § 259 Abs. 1

B könnte sich wegen Hehlerei gem. § 259 Abs. 1 strafbar gemacht haben, indem er das von A gestohlene Handy annahm.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Taugliche Vortat

Es müsste ein Diebstahl oder eine sonst gegen das fremde Vermögen gerichtete Tat eines anderen vorliegen. Es lag ein Diebstahl seitens A vor.

b) Tathandlung: sich verschaffen

B müsste sich das Handy verschafft haben. Sich verschaffen ist die Herstellung eigener unmittelbarer Verfügungsbefugnis zu eigenen Zwecken und mit dem Wissen und im Einverständnis des Vortäters. Hier bot A dem B das Handy im Rahmen einer Schenkung an, die B auch annahm, um sich an den gemeinsamen Ausflug erinnern zu können. Das Verschaffen erfolgte daher zu eigenen Zwecken und durch die Schenkung auch im Wissen und Einverständnis des A.

2. Subjektiver Tatbestand

B hatte Vorsatz. B hatte Bereicherungsabsicht.

II. Ergebnis

B hat sich gem. § 259 strafbar gemacht.

ANMERKUNGEN

Besonders hervorgehoben wurden der durchweg eingehaltene Gutachtenstil der Verfasserin sowie der nachvollziehbare und gut strukturierte Aufbau der Bearbeitung. Zu bemängeln sind dagegen die nicht erfolgte Prüfung einer Strafbarkeit des A gem. § 259 Abs. 1 StGB und das Fehlen von Gesamtergebnis und Konkurrenzen.

Aufgrund der insgesamt nur kleinen Schwächen dennoch eine sehr schöne Klausur, welche mit 16 Punkten bewertet wurde.

Kurzarbeit in der Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht, 14 Punkte

stud. iur. Aron Rössig

Die Klausur wurde in Form einer Kurzarbeit in der Fortgeschrittenenübung im Strafrecht im Sommersemester 2021 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt. Herzlicher Dank gebührt PD Dr. Erol Pohlreich, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

Sachverhalt

A ist Reinigungskraft und unter anderem für die Reinigung der Villa von R zuständig. Einen Schlüssel für die Villen hat er nicht, er wird zum Arbeiten von den jeweiligen Bewohnern ins Haus gelassen. Er beschließt, künftig ab und an Wertgegenstände seiner Kunden zu entwenden und hierdurch seinen Lebensunterhalt aufzubessern. Da es nach der Arbeit gelegentlich zu stichprobenartigen Durchsuchungen der Arbeitsutensilien durch seinen Arbeitgeber kommt, beschließt er, die Gegenstände nicht während der Arbeit mitzunehmen. Vielmehr versteckt er am 28. April 2021, als er gerade bei R arbeitet, drei goldene Ringe im Gesamtwert von EUR 10.000,00 in der Gartenlaube. Die Gartenlaube befindet sich im Garten des R, der von einer 3 Meter hohen Mauer umgeben und nur durch die Villa des R zu erreichen ist. Die Gegenstände möchte er in der Nacht ungestört abholen. Wie geplant kehrt A in der folgenden Nacht zur Villa von R zurück, klettert über die Mauer in den Garten, öffnet die – unverschlossene – Gartenlaube, nimmt die Ringe an sich und steckt sie in seinen Rucksack. Als er von draußen ein Geräusch hört, gerät er in Panik. Er greift sich eine große Heckenschere, um sich mögliche Beobachter damit „vom Hals zu schaffen“. Nachdem er sich versichert hat, dass ihn niemand gesehen hat, lässt er die Heckenschere zurück und verlässt den Garten.

Tags darauf bemerkt R das Fehlen der goldenen Ringe. Da es sich dabei um wertvolle Erinnerungsstücke handelte, ist er völlig aufgelöst. Angesichts dessen überkommt den A nun doch ein schlechtes Gewissen und er beschließt, die Ringe an R zurückzugeben. Er ist sich sicher, dass sich „die Sache“ dennoch für ihn lohnt, da R als besonders großzügig bekannt ist und dem A bestimmt einen hohen Finderlohn zahlen wird. Also gibt er die Ringe unter dem Hinweis, er habe sie beim Putzen unter dem Bett gefunden, an R zurück. Erfreut, seine Erinnerungsstücke wiederzuhaben, zahlt R nicht nur den gesetzlichen Finderlohn in Höhe von EUR 310,00, sondern schenkt dem „ehrliehen Finder“ zusätzlich EUR 1.000,00.

Strafbarkeit des A nach dem StGB? Gegebenenfalls erforderliche Strafanträge sind gestellt.

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

Tatkomplex 1: Im Garten

A. Strafbarkeit des A gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, Nr. 3 StGB¹

A könnte sich des Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, Nr. 3 strafbar gemacht haben, indem er die drei goldenen Ringe in der Gartenlaube versteckt hat, um sie in der Nacht in seinen Rucksack zu stecken und mit ihnen das Grundstück zu verlassen.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Fremde bewegliche Sache

Die Ringe sind körperliche Gegenstände i.S.d. § 90 BGB, die tatsächlich fortbewegt werden können und im Eigentum des R, also eines anderen, stehen. Es handelt sich um fremde bewegliche Sachen.

b) Wegnahme

A müsste die Ringe auch weggenommen haben. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen – nicht notwendig tätereigenen – Gewahrsams. Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache. Dies beurteilt sich nach der Verkehrsauffassung. Die Ringe befinden sich auf dem Gelände des R. Er hat in dieser Gewahrsamssphäre einen generellen Gewahrsamswillen

¹ Alle folgenden §§ ohne ausdrückliche Bezeichnung sind solche des StGB.

bezüglich aller Gegenstände, die in seinem Eigentum stehen. Es liegt damit fremder Gewahrsam vor.

Es müsste ferner neuer Gewahrsam begründet worden sein. Der Täter muss die tatsächliche Sachherrschaft derart über die Sache erlangt haben, dass er sie ohne Behinderung des bisherigen Gewahrsamsinhabers ausüben und dieser seinerseits nicht mehr über die Sache verfügen kann, ohne die Verfügungsgewalt zu beseitigen. Fraglich ist, ob durch das Verstecken der Ringe bereits neuer Gewahrsam begründet wurde. Grundsätzlich hebt ein Verstecken die Sachherrschaft des Rauminhabers nicht auf. Anders ist dies indes nur, wenn der Täter freien und ungehinderten Zugang zum Versteck im Machtbereich des anderen hat und daher faktisch unter Ausschluss des bisherigen Gewahrsamsinhabers frei verfügen kann. Vorliegend ist kein faktischer Ausschluss unter Berücksichtigung des Umstands anzunehmen, dass R die Ringe noch auf seinem Grundstück in der Gartenlaube jederzeit finden kann und auch keine besonderen Einzelfallumstände vorliegen, die von einer derartigen Verdrängung der tatsächlichen Sachherrschaft des R sprechen würden. Es könnte allerdings ein neuer Gewahrsam begründet worden sein, als A die Ringe in seinen Rucksack gesteckt hat. Insofern ist eine Gewahrsamsenklaue anzunehmen, wenn es sich um kleine Gegenstände, wie z.B. die Ringe, handelt und diese so in den höchstpersönlichen Lebensbereich (Tabubereich) des Täters gelangen, dass nach der allgemeinen Lebenserfahrung mit besonderen Widerständen zu rechnen ist. R müsste, um die Ringe wiederzuerlangen, in den Rucksack des A greifen, welcher dem höchstpersönlichen Lebensbereich des A zuzuordnen ist. Es liegt damit eine Gewahrsamsenklaue vor, sodass mithin neuer Gewahrsam durch den A begründet wurde.

Schließlich müsste auch ein „Bruch“ vorliegen. Ein Bruch fremden Gewahrsams liegt vor, wenn der Täter den Gewahrsam ohne oder gegen den Willen des Gewahrsamsinhabers erlangt hat. Es liegt kein Einverständnis des R vor. Es liegt damit ein „Bruch“ und somit auch eine Wegnahme vor.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

A müsste bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung des Tatbestands in Kenntnis aller seiner objektiven Tatbestandsmerkmale zum Zeitpunkt der Tat. A

wusste, dass er dem R eine fremde bewegliche Sache wegnimmt und er wollte dies auch. Vorsatz liegt vor.

b) Zueignungsabsicht

Auch müsste er mit Zueignungsabsicht gehandelt haben. Diese setzt sich aus der Absicht der zumindest vorübergehenden Aneignung und dem Vorsatz der dauerhaften Enteignung zusammen.

aa) Aneignungsabsicht

A müsste in Aneignungsabsicht gehandelt haben. Dies ist die Absicht (dol. dir. 1. Grades), sich die Sache zumindest vorübergehend ins eigene Vermögen einzuverleiben. A wollte sich die Ringe in sein Vermögen einverleiben, um sich seinen Lebensunterhalt aufzubessern. Er hat Aneignungsabsicht.

bb) Enteignungsvorsatz

Auch müsste Enteignungsvorsatz bei A vorliegen. Dies ist der Vorsatz, den bisherigen Gewahrsamsinhaber dauerhaft aus seiner Herrschaftsposition zu verdrängen. A wusste, dass er den R durch das Entwenden der Ringe dauerhaft aus seiner Herrschaftsposition verdrängen würde. Unschädlich ist, dass er zu einem späteren Zeitpunkt diesen Willen und das Bewusstsein bezüglich der Verdrängung des R aus seiner Eigentümerposition geändert hat, ihm mithin die Ringe zurückgibt. Es ist hier auf den maßgeblichen Zeitpunkt der Wegnahme abzustellen. Folglich hat A Enteignungsvorsatz.

cc) Zwischenergebnis

Es liegt damit die Zueignungsabsicht vor.

c) Objektive Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung und diesbezüglicher Vorsatz

Überdies müsste die Zueignung noch rechtswidrig sein. Dies ist der Fall, wenn der Täter keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf die Sache hat. Dies ist der Fall und A kannte diesen Umstand auch.

d) Zwischenergebnis

Folglich ist der subjektive Tatbestand auch erfüllt.

II. Rechtswidrigkeit

A handelt auch rechtswidrig.

III. Schuld

A handelt auch schuldhaft.

IV. Strafzumessung: § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, Nr. 3

Es liegt möglicherweise ein besonders schwerer Fall des Diebstahls vor. Hierfür ist Voraussetzung, dass sich der vorliegende Sachverhalt nach Gewicht von Unrecht und Schuld von einem durchschnittlichen Fall derart abhebt, dass eine Anwendung des Ausnahmerahmens über § 243 Abs. 1 geboten ist. Um dies zu ermitteln, sind die in § 243 Abs. 1 ausdrücklich benannten Regelbeispiele heranzuziehen, denen indes nur eine Indizwirkung zukommt.

1. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1**a) Tatobjekt: „anderer umschlossener Raum“**

Es müsste ein umschlossener Raum vorliegen. Dies ist jedes Raumgebilde, das dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden, und das mit mindestens teilweisen Vorrichtungen umgeben ist, die das Eindringen von Unbefugten abwehren sollen. Der Garten des R ist von Mauern umgeben, also eingefriedet. Es liegt also ein tatsächliches Hindernis vor, dass das Eindringen Unbefugter nicht unerheblich erschwert. Ein Tatobjekt liegt mithin vor.

b) Tathandlung: „Einsteigen“ (Var. 2)

Es könnte in dieses „Tatobjekt“ eingestiegen worden sein. Dies bedeutet, dass der Täter unter Überwindung von – ein tatsächliches Hindernis bildenden – Umschließungen auf einem zum ordnungsgemäßen Eintritt nicht bestimmten Weg in den geschützten Raum gelangt. A muss über die Mauer klettern, die insofern ein tatsächliches Hindernis bildet. Eine taugliche Tathandlung liegt damit vor.

c) „Zur Ausführung der Tat“

Der Diebstahlsvorsatz des A (analog § 15) muss bereits im Augenblick des Einsteigens vorgelegen haben. A möchte gerade die Mauer überqueren, um einen Diebstahl zu begehen. Diebstahlsvorsatz liegt vor.

d) Quasi-Vorsatz analog § 15 bezüglich Tatobjekt und Tathandlung

A wusste auch, dass er in einen umschlossenen Raum einsteigt und ihm kam es gerade darauf an.

e) Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 liegen vor.

2. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3

Auch könnte A gewerbsmäßig gestohlen haben. Dies ist der Fall, wenn der Diebstahl in der Absicht begangen

wurde, sich aus einer wiederholten Begehung eine Einnahmequelle von einer gewissen Dauer und Erheblichkeit zu schaffen. A entwendet die Ringe gerade, weil es ihm darauf ankommt, sich seinen Lebensunterhalt aufzubessern. Er handelt insoweit gewerbsmäßig.

3. Indizwirkung

Da zwei Regelbeispiele vorliegen, ist das Vorliegen eines besonders schweren Falles indiziert. Unrechtsmindernde Einzelfallumstände, die eine Indizwirkung entkräften, liegen nicht vor.

V. Ergebnis

Folglich hat sich A des Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, Nr. 3 schuldig gemacht, indem er die versteckten Ringe am Abend in seinen Rucksack gesteckt hat und das Grundstück des R verlassen hat.

B. Strafbarkeit des A gem. § 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1a Var. 2

Des Weiteren könnte sich der A gem. § 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1a Var. 2 strafbar gemacht haben, indem er zu einer großen Heckenschere gegriffen hat, um sich mögliche Angreifer vom Halse zu halten.

I. Diebstahl gem. § 242 Abs. 1

Es liegt ein vollendeter Diebstahl gem. § 242 Abs. 1 vor.

II. „Gefährliches Werkzeug“ (Var. 2)

Problematisch ist indes, ob A ein gefährliches Werkzeug bei sich geführt hat. Wann ein solches i.S.d. Norm vorliegt, ist umstritten. Nicht tauglich ist die Definition aus § 224 Abs. 1 Nr. 2 als Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Verwendung als Angriffs- oder Verteidigungsmittel im konkreten Fall geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Das für § 244 ausreichende „Beisichführen“ lässt indes keine Rückschlüsse auf den Verwendungsvorsatz, also die konkrete Verwendung, zu. Es haben sich mehrere Meinungen herausgebildet, wie der § 244 Abs. 1 Nr. 1a Var. 2 auszulegen ist.

1. e.A.: Situationsbezogene abstrakt-objektive Betrachtungsweise

Nach der situationsbezogenen abstrakt-objektiven Betrachtungsweise liegt ein gefährliches Werkzeug vor, wenn es sich um einen Gegenstand handelt, der im Falle seines

Einsatzes gegen Personen aufgrund seiner objektiven Beschaffenheit zur Zufügung erheblicher Verletzungen geeignet ist. Hierbei wird das Beisichführen nach dem situativen Kontext aus Sicht eines objektiven Betrachters beurteilt. Es darf sich in der konkreten Situation nicht als eine alltägliche oder sozialtypische, normale Gebrauchsfunktion erklären lassen. Aus Sicht eines objektiven Betrachters ist eine große Heckenschere objektiv geeignet erhebliche Verletzungen zuzufügen. Ebenfalls lässt sich das Beisichführen einer großen Heckenschere bei Nacht nicht als sozialtypisch beurteilen. Nach dieser Ansicht wird das Tatbestandsmerkmal also bejaht.

2. a.A.: rein abstrakt-objektive Betrachtungsweise

Nach der rein abstrakt-objektiven Ansicht sind dies solche Gegenstände, die im Fall ihres Einsatzes gegen Personen aufgrund ihrer objektiven Beschaffenheit die Eignung besitzen, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Bei einer Heckenschere ist aufgrund ihrer spitzen und scharfen Beschaffenheit von einer objektiven Eignung zu erheblichen Verletzungen auszugehen. Auch diese Ansicht kommt mithin zum gleichen Ergebnis.

3. dritte Ansicht: konkret-subjektive Betrachtungsweise

Nach einer dritten Ansicht sind dies alle Gegenstände, die im Falle ihres Einsatzes nach ihrer objektiven Beschaffenheit aus Sicht des Täters und der vorgestellten Art der Benutzung im konkreten Fall geeignet sind, erhebliche Verletzungen hervorzurufen. Vorliegend ergreift der A die Heckenschere, weil er sich vorstellt damit Beobachter „vom Halse“ schaffen zu können. Nach seinem maßgeblichen Vorstellungsbild ist die Schere also nach vorgestellter Verwendung geeignet, erhebliche Verletzungen zuzufügen.

Da alle drei Meinungen zum gleichen Ergebnis führen, ist eine Stellungnahme obsolet.

III. „Beisichführen“

Fraglich ist, ob er das gefährliche Werkzeug auch bei sich geführt hat. Dieses „Beisichführen“ liegt vor, wenn dem Täter das Mittel während des Tathergangs zur Verfügung steht, d.h. so in seiner räumlichen Nähe ist, dass er es jederzeit, also ohne nennenswerten Zeitaufwand und ohne besondere Schwierigkeiten, benutzen kann. Vorliegend nimmt A, erst nachdem er neuen Gewahrsam begründet hat, die Heckenschere an sich. Insofern ist der Diebstahl schon durch die Schaffung einer Gewahrsamsenklave

vollendet worden. Es fragt sich also, ob Qualifikationsgründe auch noch im Beendigungsstadium, also zwischen Vollendung und Beendigung, erfüllt werden können.

1. e.A.

Nach einer Ansicht ist dies möglich. Begründet wird dies damit, dass der Vollendungszeitpunkt oft zu ungenau ist und mehr oder weniger vom Zufall abhängt. Demnach hätte A aufgrund seiner räumlich-zeitlichen Nähe zum Werkzeug dieses bei sich geführt.

2. a.A.

Nach einer anderen Ansicht ist dies nicht möglich. Demnach würde A also – da er sich bereits in der Beendigungsphase des Diebstahls befindet – kein gefährliches Werkzeug bei sich geführt haben.

3. Stellungnahme

Da die beiden Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ist eine Stellungnahme entscheidungserheblich. Für die e.A. spricht, dass Täter, die erst bei der Flucht eine Waffe oder Werkzeug an sich nehmen, genauso gefährlich sein können, wie wenn sie diese bereits vor Vollendung des Diebstahls mit sich geführt hätten.

Für die a.A. spricht jedoch, dass eine Ausweitung des „Beisichführens“ über die Wegnahme hinweg in den recht unbestimmten Zeitraum bis zur Beendigung im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) problematisch erscheint. Überdies ist, wenn Qualifikationen auf den Grundtatbestand Bezug nehmen, damit das mit der Vollendung abgeschlossene grunddeliktische Geschehen gemeint. Auch unter systematischen Gesichtspunkten ist zu konstatieren, dass der § 252 gänzlich unterlaufen werden würde, wenn man die Qualifikationen auf die Beendigungsphase ausdehnen würde. Die besseren Argumente streiten daher für die a.A. A hat sich demnach nicht gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1a Var. 2 strafbar gemacht, indem er die Heckenschere an sich genommen hat.

IV. Ergebnis

A hat sich nicht gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1a Var. 2 strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit des A gem. § 123 Abs. 1

Der von A ebenfalls verwirklichte § 123 Abs. 1 tritt im Wege der Konsumtion hinter § 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 zurück.

Tatkomplex 2: Der Finderlohn**A. Strafbarkeit des A gem. § 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1 gegenüber und zu Lasten des R**

A könnte sich des Betrugs in einem besonders schweren Fall gegenüber und zu Lasten des R gem. § 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1 strafbar gemacht haben, indem er dem R vorgaukelte, dass er die Ringe beim Putzen unter dem Bett gefunden hat.

I. Objektiver Tatbestand**1. Täuschung über Tatsachen**

A müsste den R über Tatsachen getäuscht haben. Tatsachen sind Ereignisse oder Zustände der Gegenwart oder der Vergangenheit, die dem Beweis zugänglich sind. Täuschung ist jede Einwirkung auf das Vorstellungsbild des Opfers durch Vorspiegeln einer falschen Tatsache. Der Fundort eines gesuchten Objekts ist ein konkreter Zustand der Gegenwart, der dem Beweis zugänglich ist. A hat R gegenüber durch aktives Tun gesagt, wo er den Ring gefunden hat, obwohl er ihn in Wirklichkeit entwendet hat. Es wird also eine falsche Tatsache vorgespiegelt. Eine Täuschung über Tatsachen liegt vor.

2. Irrtum

Durch diese Täuschung über Tatsachen müsste R gegenüber ein Irrtum erregt worden sein. Ein Irrtum ist jede Fehlvorstellung über eine Tatsache. R glaubt den Ausführungen des A bezüglich des konkreten Fundorts der Ringe. Dies tut er gerade infolge der Tatsachentäuschung. Ein Irrtum wurde mithin bei R erregt.

3. Vermögensverfügung

Durch diesen Irrtum müsste R auch über sein Vermögen verfügt haben. Eine Vermögensverfügung ist jedes rechtliche oder tatsächliche freiwillige Tun, Dulden oder Unterlassen, das unmittelbar zu einer Vermögensminderung im wirtschaftlichen Sinne führt. Durch den Irrtum übergibt R dem A einen Finderlohn i.H.v. EUR 310,00 und schenkt ihm zusätzlich EUR 1000,00. Dieses aktive Tun führt also zu einer Vermögensminderung bei R. Damit liegt eine kausal auf den Irrtum rückführbare Vermögensverfügung vor.

4. Vermögensschaden**a) Bezüglich des Finderlohns**

Ferner müsste ein Vermögensschaden durch die Vermögensverfügung eingetreten sein. Ein Vermögensschaden besteht in einem nicht kompensierten Negativsaldo bei

Vergleich des Vermögenswertes vor und nach der Verfügung. Fraglich ist, ob es sich bei dem gezahlten Finderlohn um einen Fall einer bewussten Selbstschädigung handelt. Bei einer solchen gibt das Opfer Geld aus seinem Vermögen in dem Bewusstsein heraus, dass man dafür als Gegenleistung nichts erhält. Vorliegend muss jedoch gesehen werden, dass jemand der Anspruch auf einen Finderlohn hat, sehr wohl eine Gegenleistung erbringt. Er wird für seine Suchtätigkeit und für seine fromme und ehrliche Art entlohnt. R erhält als Gegenleistung für den Finderlohn die Ringe. Es liegt damit kein Negativsaldo beim Vergleich der Vermögenslage vor und nach der Vermögensverfügung vor.

b) Bezüglich der Schenkung

Problematisch ist indes, dass R dem A gerade, weil er aus seiner Sicht ein „ehrlicher Finder“ ist, die EUR 1000,00 schenkt. Grundsätzlich ist in Schenkungsfällen ein Vermögensschaden zu verneinen. Dies ist mit dem Wesen des Betrugs als „Selbstschädigungsdelikt“ zu erklären. Eine Verletzung der bloßen Dispositionsfreiheit stellt § 263 Abs. 1 nicht unter Strafe. Es könnte sich um einen Fall der Zweckverfehlung handeln. Nach der vorherrschenden Zweckverfehlungslehre sind unbewusste Selbstschädigungen erfasst, da es ansonsten einen „Freibrief“ für Schädiger gäbe, Betrug bei einseitigen Leistungen straffrei zu begehen. In der täuschungsbedingten bewussten Weggabe ist insoweit ein Vermögensschaden zu sehen. R gibt dem A gerade die EUR 1000,00, weil er den Zweck verfolgt, „fromme“ Bürger zu beschenken. A hat sich jedoch durch den Diebstahl gegenteilig verhalten. Der Zweck wurde also verfehlt. Es liegt damit ein Vermögensschaden vor.

II. Subjektiver Tatbestand

A handelt vorsätzlich bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale. Auch müsste er in der Absicht der rechtswidrigen und stoffgleichen Bereicherung gehandelt haben. Der Täter muss gerade handeln, um sich einen rechtswidrigen Vorteil zu verschaffen. A täuscht den R gerade, um sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Der Schaden auf Seiten des R ist auch der Gewinn auf Seiten des A und A weiß dies auch. Er hat auch keinen Anspruch auf das Geld und weiß dies.

A handelt tatbestandsmäßig.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelt auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Strafzumessung

A handelt mangels konkreter Angaben im Sachverhalt zum zweiten Tatkomplex nicht gewerbsmäßig.

IV. Ergebnis

Folglich hat sich A gem. § 263 Abs. 1 strafbar gemacht.

ANMERKUNGEN

In der ersten Strafbarkeitsprüfung wäre es besser gewesen, beide Tathandlungen jeweils separat zu prüfen. So hätte noch ein versuchter Diebstahl bezüglich des Versteckens der Ringe angeprüft werden können. Dieser scheitert am unmittelbaren Ansetzen. Mit dem Gewahrsamsbruch im Rahmen der Strafbarkeit bezüglich des Abholens der Ringe wurde sich insgesamt sehr gut und überzeugend auseinandergesetzt. Auch die Strafzumessung gelingt ebenfalls gut. Die Gesamtwürdigung ist überzeugend. Sodann wird zutreffend erkannt, dass auch eine Qualifikation des Diebstahls einschlägig sein könnte. Mit der problematischen Definition des „gefährlichen Werkzeugs“ wurde sich sehr gut und umfassend auseinandergesetzt. Auch wurde das Problem, ob ein Beisichführen dann gegeben ist, wenn erst nach Vollendung des Grunddelikts Qualifikationsmerkmale eintreten, sehr überzeugend und durchdacht geäußert. § 123 StGB wird zutreffend als konsumiert angesehen.

Schließlich wurde der letzte Tatkomplex sehr ordentlich bearbeitet. Dort musste im Rahmen des Vermögensschadens differenziert werden: Bezüglich der EUR 310,00 lag ein Vermögensschaden vor, weil dem R der Finderlohn nicht zustand, was der Bearbeiter nicht ganz erkannt hat; im Hinblick auf die EUR 1.000,00 lag eine bewusste Selbstschädigung vor. Es war insoweit zu diskutieren, ob diese einen Schaden begründen konnte. Die Ausführungen des Bearbeiters sind aber gut vertretbar. Zum Schluss hätten noch die Konkurrenzen angesprochen werden können.

Insgesamt handelt es sich um eine über den durchschnittlichen Bearbeitungen liegende Klausur, die mit 14 Punkten bewertet wird.

„Sie zahlen nur im Erfolgsfall!“ – Herausforderungen bei der Regulierung von Legal Tech-Dienstleistungen

stud. iur Jari Kohne¹

Die allumfassende Digitalisierung hat eine Vielzahl neuer Dienstleistungen hervorgebracht und macht auch vor dem Rechtsmarkt nicht halt. Vor einigen Jahren drängten daher die ersten Start-Ups mit dem Versprechen auf den Markt, Verbrauchern die Durchsetzung ihrer Rechte innerhalb weniger Minuten zu ermöglichen – über das Smartphone vom Sofa aus. Tätigkeitsbereiche dieser sog. Legal Tech-Dienstleister sind bislang vor allem Fahr- bzw. Fluggastrechte (Flightright²), Mietrecht (wenigermiete.de) und Sozialrecht (hartz4widerrspruch.de), aber auch Kaufrecht (myRight), Verkehrsrecht (geblitzt.de) und Arbeitsrecht (Chevalier). Der Erfolg, den diese Legal Tech-Anbieter am Markt haben,³ zeigt, dass eine Nachfrage der Verbraucher nach solchen einfachen Angeboten zur Rechtsdurchsetzung besteht.

Es stellt sich jedoch die Frage, welchen Regularien diese neuen Dienstleister eigentlich unterliegen bzw. unterliegen sollten, was – wie sich schnell zeigte – gar nicht so einfach zu beantworten ist. Die erste Reaktion des Gesetzgebers ist das sog. Legal Tech-Gesetz.⁴ Anlässlich seines Inkrafttretens am 01. Oktober 2021 versucht dieser Beitrag eine Darstellung des Kernproblems der Regulation von Legal Tech-Dienstleistungen. Er richtet sich in erster Linie an interessierte Studierende, die mit der Materie bislang nicht befasst waren.

Ausgangssituation

Das Geschäftsmodell der genannten Legal Tech-Anbieter ist – mit Unterschieden im Detail – das Folgende: Der Verbraucher gibt die nötigen Daten – etwa zu einer Flugverspätung oder Mieterhöhung – auf der Website oder in der

App des Legal Tech-Unternehmens ein. Anhand dieser Daten erfolgt eine automatisierte Prüfung der Erfolgsaussichten des Anspruchs. Erscheinen diese als hinreichend erfolgreich, setzt das Unternehmen den Anspruch im Namen des Verbrauchers durch.⁵ In der Regel erfolgt dabei zunächst ein außergerichtlicher Durchsetzungsversuch. Schlägt dieser fehl, macht das Unternehmen den Anspruch mit Hilfe von Vertragsanwälten vor Gericht geltend. Im Erfolgsfall wird die erstrittene Summe anschließend – abzüglich einer Provision – an den Verbraucher ausgezahlt. Scheitert die Durchsetzung, trägt das Legal Tech-Unternehmen die entstandenen Kosten; der Verbraucher zahlt in diesem Falle nichts.

Dieses oft mit dem Claim „Sie zahlen nur im Erfolgsfall!“ beworbene Geschäftsmodell besteht strukturell aus zwei Komponenten: Dem Erfolgshonorar (der Provision) und der sog. Prozessfinanzierung (der Übernahme der Prozesskosten im Fall des Unterliegens).

Beide Komponenten sind Anwälten allerdings verboten (zu den Gründen hierfür später mehr); derjenige, der eine Legal Tech-Dienstleistung anbieten will, darf also kein Anwalt sein.⁶ Unglücklicherweise stellt die Prüfung und die gerichtliche Durchsetzung von fremden Ansprüchen aber eine sog. Rechtsdienstleistung dar, deren Erbringung grundsätzlich nur Anwälten erlaubt ist. Einen Ausweg aus dieser Zwickmühle kann es nur über den Versuch geben, eine der wenigen existierenden Ausnahmen des Rechtsdienstleistungsgesetzes fruchtbar zu machen, die auch Nicht-Anwälten die Erbringung von Rechtsdienstleistungen

¹ Der Autor ist Vorstandsmitglied der studentischen Legal Tech-Initiative eLegal (www.elegal.technology).

² Alle hier genannten Unternehmen dienen lediglich als Beispiel.

³ So ist etwa Flightright seit 10 Jahren auf dem Markt aktiv und wirbt damit schon über EUR 350 Mio. an Verbraucher ausgezahlt zu haben, <https://www.flightright.de/> (Abruf v. 05.01.2022).

⁴ Das gemeinhin unter dem Namen „Legal Tech-Gesetz“ firmierende Gesetz trägt offiziell den Titel „Gesetz zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt“.

⁵ Zu Grunde liegt diesem Modell eine sog. Inkassoession. Dabei wird dem Inkassodienstleister die Forderung abgetreten, allerdings verpflichtet sich der Zessionar schuldrechtlich (Innenverhältnis) von der abgetretenen Forderung nur zum Zwecke der Beitreibung Gebrauch zu machen, vgl. Stürner, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Aufl. 2021, § 398 Rn. 24. Nicht zu verwechseln ist dieses Modell mit dem sog. Consumer Claims Purchasing, das nicht Gegenstand dieses Beitrags ist. Beim Consumer Claims Purchasing kauft der Legal Tech-Dienstleister dem Verbraucher seinen Anspruch ab, lässt sich diesen also gegen eine Sofortzahlung abtreten und macht ihn anschließend im eigenen Namen geltend. Beispiel: RightNow.

⁶ Ein Anwalt kann sich zwar eine Inkassolizenz besorgen (s. sogleich). Die Inkassotätigkeit wäre dann aber rechtlich von seiner Anwaltstätigkeit getrennt, der Anwalt hätte also praktisch zwei verschiedene Identitäten. Ein Beispiel aus der Praxis, in dem eine Anwaltskanzlei derart zweigleisig fährt, um selbst Legal Tech-Dienstleistungen anbieten zu können, beschreibt Hartung, Legal Tech Sandboxes – Perspektive aus dem „Maschinenraum“, RD 2021, 421 (Rn. 13ff.).

gestatten. Unter diesen Ausnahmen wurde die „Inkassodienstleistung“ als geeignet auserkoren: Die meisten Legal Tech-Dienstleister, die heute am Markt aktiv sind, nutzen eine Inkassolizenz als rechtliche Basis.

Rechtlicher Graubereich und Inkohärenz

Gem. § 2 Abs. 2 RDG a.F. ist unter einer Inkassodienstleistung „die Einziehung fremder (...) Forderungen“ zu verstehen. Klassischerweise stellte man sich unter „Einziehung fremder Forderungen“ allerdings genau das vor, was man typischerweise unter „Inkasso“ versteht: das Eintreiben von Forderungen bei zahlungsunwilligen Schuldern. Mithin wird die Durchsetzung von Forderungen, deren Bestehen bereits feststeht, also gerichtlich festgestellt wurde, betroffen. Eine rechtliche Prüfung oder gar gerichtliche Durchsetzung des Anspruchs nehmen Inkassodienstleister traditionell dagegen gerade nicht vor. Ihre Tätigkeit setzt zeitlich erst nach der Rechtskraft des Urteils an. Aus diesem Grund sind die Anforderungen an die rechtlichen Kenntnisse der Inkassodienstleister auch äußerst gering: Jeder, der einmalig einen 120-stündigen Sachkundelehrgang⁷ besucht hat, kann eine Inkassolizenz beantragen.

Die Legal Tech-Unternehmen beanspruchen nun aber für sich auf Basis ihrer Inkassolizenz auch das Bestehen der Forderung zu prüfen bzw. sie gerichtlich durchzusetzen. Dies billigte der BGH – für viele überraschend – in seinem Grundsatzurteil „Lexfox I“.⁸ Hierdurch verstärkte sich aber letztlich nur das oben beschriebene Problem: Es war nun quasi amtlich, dass sowohl Inkasso-Legal Techs als auch Anwälte rechtsberatend tätig sein durften, dabei aber nur für Anwälte das Verbot von Erfolgshonoraren und Prozessfinanzierung sowie strenge Berufszugangsvoraussetzungen (zwei Staatsexamina, Fortbildungspflicht⁹) galten¹⁰ – eine offensichtliche Ungleichbehandlung.

Lösungsansätze

Daher bestand im Anschluss an das Lexfox I-Urteil weitgehend Einigkeit, dass hier einmal aufgeräumt und eine

kohärente, stimmige Regelung geschaffen werden müsste. Heftig umstritten war jedoch, in welche Richtung die erforderliche Anpassung vorgenommen werden sollte. Während Vertreter der Legal Tech-Branche und auch Teile der Anwaltschaft forderten, das anwaltliche Berufsrecht insgesamt zu liberalisieren, also die nur für die Anwaltschaft geltenden Verbote insgesamt abzuschaffen, setzten sich insbesondere die Institutionen der Anwaltschaft dafür ein, diese Verbote auch für Inkassodienstleister gelten zu lassen.¹¹

Ansatz 1: Liberalisierung

Bei unbefangener Betrachtung kann man sich die Frage stellen, was erstrebenswert an der Vorstellung ist, den Rechtsdienstleistungsmarkt für deutlich schlechter qualifizierte Personen zu öffnen. Wem dieser Gedanke kommt, der muss sich klarmachen, dass das Gegenmodell – eine Ausweitung des Verbots von Erfolgshonoraren und Prozessfinanzierung auf Inkassodienstleister – bedeutete, Legal Tech-Dienstleistungen zu verunmöglichen. Wer die Möglichkeit erhalten will, Legal Tech-Dienstleistungen gegenüber Verbrauchern zu erbringen, der muss folglich für eine Liberalisierung eintreten. Außerdem ist das Phänomen mangelnder Qualifikation oft nur theoretischer Natur. Bei den am Markt tätigen Legal Tech-Dienstleistern arbeiten Juristen in der Regel zumindest mit. Denn selbstverständlich haben die Anbieter ein Interesse daran, langfristig erfolgreich zu sein. Dies wird kaum gelingen, wenn die Kunden den Eindruck gewinnen, dass der Dienstleister nicht weiß, was er tut.

Zentrales Argument für eine Liberalisierung ist, dass die Legal Tech-Angebote den Zugang zum Recht verbesserten. Denn sie würden vorwiegend in Bereichen gemacht, in denen Verbraucher ihre Rechte sonst überhaupt nicht durchsetzen würden.

Einerseits scheuten Verbraucher oftmals das Kostenrisiko eines Prozesses und verzichteten daher lieber auf die Geltendmachung von Kleinst- und Bagatellschäden

⁷ § 11 Abs. 1 RDG, § 4 Abs. 1 S. 1, S. 2 RDV.

⁸ BGHZ 224, 89 (Rn. 111).

⁹ Neben der bei Anwälten durch zwei Staatsexamina und Fortbildungspflicht (§ 43a Abs. 6 BRAO) abgesicherten Sachkunde unterliegt die Anwaltschaft auch noch weiteren exklusiven Regularien, die für Inkassodienstleister nach bisherigem Recht nicht galten (und z.T. immer noch nicht gelten). Hierzu zählen etwa die Pflicht gem. § 43a Abs. 5 S. 2 BRAO, dem Mandanten zustehende erstrittene Gelder auf einem separaten Konto zu verwahren (Insolvenzschutz), das Fremdfinanzierungsverbot gem. § 27 BORA (Verhinderung von Interessenkonflikten zwischen Prozessfinanzierer und Mandant, vgl. unten) und das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen gem. § 43a Abs. 4 BRAO.

¹⁰ Vgl. Römermann, Bessere Zeiten, schlechtere Zeiten für Rechtsdienstleister, ZRP 2021, 10.

¹¹ Vgl. jeweils die Nachweise in den nachfolgenden Passagen.

(sog. rationales Desinteresse).¹² Die Bundesregierung rechnet etwa vor: Ab 2021 betrügen die Anwaltsgebühren allein für die außergerichtliche Durchsetzung bei einer Forderung über EUR 100,- mindestens EUR 90,96. Daher liege es für den Verbraucher nahe, bei zweifelhafter Rechtslage oder Zahlungsfähigkeit des Schuldners auf die Durchsetzung der Forderung lieber zu verzichten, als es zu riskieren, die gleiche Summe nochmals zu verlieren.¹³

Andererseits hätten auch Anwälte „keinen Bock“ darauf, „jemandem EUR 100,- wegen einer Flugverspätung zu besorgen“¹⁴ – es lohne sich schlicht nicht für sie.¹⁵ Legal Tech-Anbieter schufen hier durch ihr Angebot eine Win-Win-Situation: Durch ihre Spezialisierung auf meist nur sehr wenige bestimmte Ansprüche wären sie in der Lage, auch für Anwälte normalerweise nicht lukrative Bagatellschäden zu einem vernünftigen Kosten-Nutzen-Verhältnis durchzusetzen.¹⁶ Die Verbraucher könnten gegen einen kleinen Obolus die Ansprüche geltend machen, die sie sonst gar nicht durchsetzen würden.¹⁷

Ansatz 2: Verbieten

Andere sehen die Gefahr, dass sich durch eine Liberalisierung der Zugang zum Recht nicht verbessert, sondern insgesamt sogar verschlechtert: Zum einen würden Erfolgshonorare den Zugang zum Recht nicht verbilligen, sondern verteuern, weil sie nur demjenigen zum Durchsetzen seiner Forderung verhelfen, der bereit sei, von dieser etwas in Form einer Provision an den Legal Tech-Anbieter abzugeben.¹⁸

Zum anderen würden Legal Tech-Dienstleister nur einfach gelagerte Fälle mit hoher Gewinnwahrscheinlichkeit übernehmen.¹⁹ Diese Fälle würden sie den Anwälten „wegschnappen“, was es Letzteren erschwere, sich quersubventionieren. Die Möglichkeit zur Quersubventionierung sei aber dringend geboten: Denn Anwälte müssten durch diese etwa das Sonderopfer ausgleichen können, das sie insbesondere in Form von Beratungshilfe gegenüber der Allgemeinheit zu erbringen verpflichtet seien.²⁰ Auch auf andere Bereiche, in denen der Anwalt nicht als Dienstleister wie jeder andere, sondern als Organ der Rechtspflege tätig werde, könne ein Wegfall der Möglichkeit zur Quersubventionierung sich negativ auswirken. So bestehe zumindest die Gefahr, dass Anwälte darauf verzichteten, wenig einträgliche, aber rechtsstaatlich umso wichtigere Mandate, etwa im Bereich der Strafverteidigung, zu übernehmen.²¹

Darüber hinaus seien Anwälten Prozessfinanzierung und Erfolgshonorare gerade verboten, damit sie kein eigenes finanzielles Interesse am Ausgang des Prozesses verfolgten. Finanziere der Anwalt den Prozess selbst, dann gehe er mit diesem nämlich ein eigenes ökonomisches Risiko ein, das mit dem Interesse des Mandanten in Konflikt geraten könne: Entwickle sich der Prozess so, dass seine Führung aufwendiger (kostenintensiver) werde als gedacht, sei irgendwann ein Punkt erreicht, an dem der Prozess für den Anwalt zum Verlustgeschäft zu werden drohe. Obwohl die Chancen, den Prozess zu gewinnen, aus Sicht des Mandanten weiterhin hinreichend hoch sein könnten, erscheine es nun aus Sicht des Anwalts rational, den Prozess schnell durch einen Vergleich mit der Gegenseite zu

¹² Plog, Entwurf eines Gesetzes zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt – Sachverständigenanhörung am 05. Mai 2021 im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages. Stellungnahme, S. 3, <https://t1p.de/mr69> (PDF; bundestag.de; Abruf v. 05.01.2022); vgl. auch die Rechenbeispiele im Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 19/27673 S. 12.

¹³ BT-Drucks. 19/27673, S. 14.

¹⁴ Stade, Die natürliche Reaktion eines Anwalts: „Den verklage ich!“, Interview mit Christian Solmecke, <https://www.elegal.technology/interviews/solmecke> (Abruf v. 06.01.2022).

¹⁵ Hartung, Stellungnahme zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 05. Mai 2021 zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt, Rn. 21, <https://t1p.de/d0te> (PDF; bundestag.de; Abruf v. 06.01.2022).

¹⁶ Ebd.; Stade, Interview mit Christian Solmecke (Fn. 14).

¹⁷ Plog, Stellungnahme (Fn. 12), S. 4.

¹⁸ Wolf/Flegler, Schriftliche Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt, S. 25, <https://t1p.de/ymsp> (PDF; bundestag.de; Abruf v. 05.01.2022); Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 10 zum Regierungsentwurf zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt, S. 7, <https://t1p.de/arls> (PDF; bundestag.de; Abruf v. 06.01.2022).

¹⁹ BRAK, Stellungnahme (Fn. 18), S. 7.

²⁰ Lühring/Rath, BGH gibt Legal Tech beim Inkasso frei – Wenigermiete.de zulässig, <https://t1p.de/4vcb2> (anwaltverein.de; Abruf v. 06.01.2022); Wolf, Schriftliche Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Rechtsdienstleistungsrechts der FDP Fraktion (BT-Drs. 19/9527) und dem Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis90/Die Grünen Anwaltliches Berufsrecht zukunftsfest machen (BT-Drs. 19/16884), S. 10, <https://t1p.de/6lwe> (PDF; brak.de; Abruf v. 06.01.2022).

²¹ Wolf/Flegler, Stellungnahme, (Fn. 18), S. 24.

Ende zu bringen.²² Nur eine vom Ausgang des Prozesses unabhängige Vergütung des Anwalts könne daher sicherstellen, dass sein Interesse mit demjenigen des Mandanten stets übereinstimme.

Die „Lösung“ des Gesetzgebers

Der im März 2021 von der Bundesregierung präsentierte Entwurf eines Legal Tech-Gesetzes war sehr liberalisierungsfreundlich und wurde in der öffentlichen Expertenanhörung im Rechtsausschuss des Bundestages lebhaft diskutiert. Im Rahmen dieser Diskussion konnten sich die Gegner einer Liberalisierung noch einmal Gehör verschaffen und den ursprünglichen Gesetzentwurf an einigen Stellen ausbremsen.

In der nun vom Gesetzgeber verabschiedeten Regelung wird Anwälten erlaubt, in gerichtlichen Streitigkeiten für Forderungen bis zu einer Höhe von EUR 2.000,- Erfolgshonorare zu vereinbaren; für außergerichtliche Streitigkeiten wird das Erfolgshonorar komplett freigegeben. Darüber hinaus können die Anwälte nun, wenn sie selbst eine außergerichtliche „Inkassotätigkeit“ durchführen, gänzlich auf eine Vergütung verzichten, während die Kostenübernahme bei gerichtlichen Prozessen weiterhin untersagt bleibt. Anwälte dürften jetzt also mit ihren Mandanten vereinbaren, dass nur im Erfolgsfall ein Honorar zu zahlen ist, könnten aber im Falle ihres Unterliegens nicht die Prozesskosten übernehmen. Auch wenn es scheint als seien die vielbeschworenen „Fesseln“²³ der Anwaltschaft nun immerhin schon ein gutes Stück gelockert worden, bleibt Anwälten das Anbieten eigener Legal Tech-Dienstleistungen im obigen Sinne weiterhin unmöglich, denn die Sorglosigkeit im schlimmsten Falle schlicht leer – das heißt aber auch ohne Verluste – auszugehen, kann dem Mandanten gerade nicht geboten werden.²⁴

Darüber hinaus stellt das Legal Tech-Gesetz klar, dass von der Inkassotätigkeit auch die „auf die Durchsetzung gerichtete“ Beratung und Prozessführung erfasst sind. Diese Regelung darf als Signal in Richtung der Inkasso-Legal Techs verstanden werden, dass man ihr Geschäftsmodell billigt.

Bewertung

Die Legal Tech-Unternehmer, die immer wieder darüber geklagt haben, in einem rechtlichen Graubereich operieren zu müssen, werden sich über dieses Signal freuen. Viel mehr als dieses gibt der Gesetzgeber den Legal Tech-Anbietern indes nicht, da er es versäumt, klare Grenzen dafür zu definieren, welcherlei Beratung und Prozessführung „auf die Durchsetzung [eines Anspruchs] gerichtet“ sind und welche nicht. Es mag mit Blick auf das Ausgangsproblem der Ungleichbehandlung im Übrigen verwundern, dass der Gesetzgeber die Legal Techs zumindest auf die Billigung ihres Geschäftsmodells hinweist, Anwälten aber weiterhin nicht den Zugriff auf die notwendigen Komponenten ermöglicht, um selbst wettbewerbsfähige Legal Tech-Lösungen anzubieten.

Insgesamt ist die Materie zu vielschichtig, als dass hier eine auch nur annähernd abschließende Bewertung getroffen werden könnte. Einige Gedanken seien gleichwohl geäußert: Sowohl die Idee des „Access to justice“ als auch die beschworenen Gefahren für die Anwaltschaft und damit – möglicherweise – die Rechtsdurchsetzung insgesamt, lassen sich plausibel begründen. Für die zu Grunde liegenden Fragen wie die, ob etwa die heutigen Kunden von Flight-right & Co ihre Ansprüche wirklich nicht anwaltlich durchgesetzt hätten oder ob die Anwälte wirklich zunehmend in Schwierigkeiten geraten, sich querzusubventionieren, fehlt es aber an empirischen Antworten. Diese müssen zunächst gefunden werden, bevor eine wirklich interessengerechte Regelung geschaffen werden kann. Es bleibt abzuwarten, ob die Prüfaufträge, die der Bundestag der Bundesregierung mit auf den Weg gegeben hat, hier die nötigen Erkenntnisse liefern können.

Bis dahin kann und sollte die schlichte Anerkennung der Wirklichkeit die Richtung vorgeben. Und die Wirklichkeit sieht nun einmal so aus, dass die am Markt operierenden Legal Tech-Unternehmen von Millionen von Kunden nachgefragt werden. Insoweit ist es nach diesseitiger Auffassung erst einmal irrelevant, ob und wie diese Kunden ihre Ansprüche in der Vergangenheit anderweitig durchgesetzt haben. Sie haben sich nun jedenfalls entschieden,

²² Wolf/Flegler, Stellungnahme (Fn. 18), S. 39f.; BRAK, Stellungnahme (Fn. 18), S. 11; Kilian, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt, S. 20, <https://t1p.de/eory> (PDF; bundestag.de; Abruf v. 06.01.2022); sehr plastisch das Beispiel aus einer Situation im Masseverfahren von Henssler, in: Dettke, Legal Tech muss Anwaltssache sein, Interview mit Prof. Dr. Martin Henssler, <https://www.elegal.technology/interviews/martin-henssler> (Abruf v. 06.01.2022).

²³ Fries, De minimis curat mercator: Legal Tech wird Gesetz, NJW 2021, 2537 (Rn. 10); Römermann, Tore auf für Legal Tech, <https://t1p.de/i0mn> (lto.de; Abruf v. 06.01.2022).

²⁴ Vgl. Fries (Fn. 23), NJW 2021, 2537 (Rn. 14) und die Stellungnahme des Legal Tech Verbands, <https://www.Legal-Techverband.de/2021/06/14/stellungnahme-zum-legal-tech-gesetz/> (Abruf v. 06.01.2022).

die Dienste der Legal Tech-Anbieter nutzen zu wollen. Gezwungen hat sie dazu niemand, es hätte ihnen freigestanden, auch – mit Kostenrisiko – anwaltlich vertreten, um ihre volle, ungekürzte Forderung zu streiten.

Gutes Recht muss sich immer an den Bedürfnissen derer orientieren, für die es gemacht ist. Das Rechtsdienstleistungsrecht dient nicht dazu, einen Berufsstand und seine Privilegien um seiner selbst willen zu schützen. Rechtsdienstleistungsrecht muss vielmehr die Rechtssuchenden und ihre Bedürfnisse und Interessen in den Mittelpunkt stellen. Wenn Verbraucher ihre Ansprüche – mit Abschlag – risikolos durchsetzen wollen, muss das Rechtsdienstleistungsrecht dies ermöglichen. Da dieses Konzept der Rechtsdurchsetzung aber nur mit den Komponenten Erfolgshonorar und Prozesskostenübernahme funktioniert, muss es Möglichkeiten geben, den Kunden diese Komponenten anzubieten. Die Frage ist nur, unter welchen Voraussetzungen man diese Möglichkeiten gewähren will. Welche Regelungen sind erforderlich, um mit diesen Instrumenten einhergehende Risiken zu minimieren? Will man, dass Legal Tech „Anwaltssache“ ist?²⁵ Oder ist es gerade das Ziel, für einfache Bagatellansprüche eine zusätzliche Rechtsdienstleistungsebene unterhalb der Anwaltschaft zu etablieren?²⁶ Oder will man, dass Anwälte und Inkassodienstleister hier nebeneinander existieren können – dann aber unter gleichen oder wenigstens ähnlichen Voraussetzungen?

Antworten auf diese Fragen zu finden wird Aufgabe des 20. Deutschen Bundestages sein. Die der Bundesregierung mitgegebenen Prüfaufträge werden die erneute Befassung erzwingen. Anspruch muss dabei zuvorderst das Schaffen eines kohärenten Regelungssystems sein. Ein Ziel, das vom „Legal Tech-Gesetz“ bereits angestrebt²⁷, aber offensichtlich verfehlt²⁸ wurde. Immerhin hat das – in den Wahlprogrammen noch praktisch nicht auftauchende²⁹ – Thema Eingang in den Koalitionsvertrag der sog. Ampel-Regierung gefunden: Der Rechtsrahmen für Legal Tech-Unternehmen soll erweitert, zugleich sollen klare Qualitäts- und Transparenzanforderungen festgelegt werden. Die Anwaltschaft soll u. a. durch das Modifizieren des

Verbots von Erfolgshonoraren gestärkt werden.³⁰ Es bleibt abzuwarten, welche konkreten Vorschriften die neue Bundesregierung unter der Flagge dieser Schlagworte präsentieren wird, und ob diese es vermögen werden, endlich Kohärenz herzustellen.

²⁵ Vgl. Dettke, Interview mit Martin Henssler (Fn. 22).

²⁶ Vgl. Kilian, Stellungnahme (Fn. 22), S. 10.

²⁷ BT-Drs. 19/27673, S. 1.

²⁸ So auch Fries (Fn. 24), NJW 2021, 2537 (Rn. 9).

²⁹ Keines der Wahlprogramme der im 19. Deutschen Bundestag vertretenen Parteien zur Bundestagswahl 2021 – mit Ausnahme des Programms der FDP (S. 36, <https://tip.de/3j7a> (PDF; fdp.de; Abruf v. 06.01.2022)) – enthält eine Aussage zur Modernisierung des anwaltlichen Berufsrechts mit Blick auf Legal Tech-Dienstleister.

³⁰ Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit. Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, S. 124, <https://tip.de/4eems> (PDF; spd.de; Abruf v. 06.01.2021).

Stressfrei durch die Zwischenprüfung

stud. iur. Johanna Lange

Der Beginn des juristischen Studiums ist die wohl mit aufregendste Zeit im Leben eines jungen Menschen. Plötzlich lernt man eine vollkommen unbekannte, nicht in der Schule behandelte Arbeitsweise kennen und wird mit einer enormen Stofffülle überschüttet, obwohl die ersten Semester, auch Grundstudium genannt¹, eigentlich noch die weniger stressigen Jahre des langen Studiums sein sollten. Aber es gibt Möglichkeiten, den Stress in der Zwischenprüfung zu umgehen und auch entspannten Klausurenphasen Raum zu schaffen. Natürlich stellt die dargestellte Methode kein zuverlässiges Erfolgskonzept dar, welches gar keinen Stress und gute Noten garantiert. Jedoch kann es durchaus dazu verhelfen und ist durch individuelle Anpassungen für jede Person geeignet.

I. Planung

Um zunächst zu verstehen, wie man die stressreduzierten Zwischenprüfungssemester planen sollte, müssen wir uns erst einmal grob in das Gedächtnis rufen, wie die Zwischenprüfung aufgebaut ist. Innerhalb der ersten vier Semester müssen in allen drei großen Rechtsgebieten jeweils 12 Notenpunkte in Klausuren aus mindestens zwei Fächern gesammelt werden.² Dabei ist im Öffentlichen Recht Verfassungsrecht I oder Verfassungsrecht II und im Zivilrecht Sachenrecht I oder Sachenrecht II einbringungspflichtig.³ Zudem müssen ein Grundlagenfach und zwei Hausarbeiten bestanden werden.⁴ Dabei gibt es verschiedene Möglichkeiten, bestimmte Klausuren zu bestehen.⁵ Das ist zunächst wichtig zu verstehen, damit nicht am Ende des dritten Semesters auffällt, dass doch noch eine Leistung zu erbringen

ist und nun dieses Fach zwingend im vierten Semester bestanden werden muss. Das verursacht Stress, den man mit einem Plan für die Zwischenprüfung hätte vermeiden können. Es bietet sich demnach nach jeder Klausurenphase der Zwischenprüfung an, eine Bestandsaufnahme zu machen. Dabei wird reflektiert, welche Klausuren mit welcher Punktzahl bestanden wurden und welche Leistungen noch erbracht werden müssen. Man sollte allerdings nicht nur die Klausurleistungen betrachten, sondern auch den inhaltlichen Stoff, der gelernt wurde. In diesem doch sehr langen und intensiven Studium vergisst man schnell, wie viel eigentlich schon erreicht und geschafft wurde. Gerade durch die Online-Semester haben sicher viele Studierende das Gefühl bekommen, nichts gelernt zu haben. In den meisten Fällen wird dies jedoch nicht zutreffen und durch eine Reflexion der Semester kann man sich leicht in das Gedächtnis rufen, wie viel man bereits erreicht hat – auch in und mit der Zwischenprüfung. Das tut nicht nur dem weiteren Studienverlauf, sondern vor allem auch der mentalen Gesundheit gut.

Bevor man mit dem eigentlichen Lernen beginnt, ist ein Lernplan wichtig, um das gesamte Vorgehen zu strukturieren.⁶ Zunächst schreibt man sich dabei die Semestertermine auf. Wann fängt das Semester an? Wann hört es auf und wann gibt es eine Unterbrechung der Vorlesungszeit, bzw. wann ist die vorlesungsfreie Zeit? Auch die ungefähren Klausurzeiträume⁷ spielen dabei eine Rolle, denn sie geben vor, für welches Fach wie viel Zeit eingeplant und welche Priorität gesetzt werden muss.⁸ Die übrig bleibende Zeit wird dann wochenweise betrachtet. Neben

¹ Oft wird die Zwischenprüfung in der juristischen Ausbildung wie das ungeliebte Kind behandelt – dabei sollte gerade in diesen ersten Semestern der Grundstein für jede juristische Ausbildung und spätere Karriere gelegt werden. Deswegen richtet sich dieser Beitrag vorwiegend an Studierende, die sich im und zwischen dem ersten und vierten Semester an der Universität Hannover befinden.

² Siehe dazu § 15 Abs. 1 ZwPrO. Diese ist abrufbar unter <https://www.uni-hannover.de/de/studium/im-studium/pruefungsinfos-fachberatung/rechtswissenschaften/ordnungen/> (Abruf v. 04.01.2022).

³ Ebd.

⁴ Ebd.

⁵ Diese sind alle unter <https://www.jura.uni-hannover.de/de/studium/im-studium/hinweise-zu-studienleistungen/zwischenpruefung/> (Abruf v. 04.01.2022) einsehbar.

⁶ Zur detaillierten Erstellung eines eigenen Lernplans (für die Examensvorbereitung, aber auch für das vorhergehende Studium) wird auf Fricke/Kaufhold, Lernplan für die Examensvorbereitung – Ein Wegweiser, HanLR 2021, 201 (201ff.) verwiesen.

⁷ In Hannover werden die Zwischenprüfungsklausuren in der Regel in den ersten 3–4 Wochen der vorlesungsfreien Zeit des Semesters geschrieben.

⁸ Dazu das Beispiel Sachenrecht I im dritten Semester: Meistens wird diese Möglichkeit, das einbringungspflichtige Fach Sachenrecht für die Zwischenprüfung abzuheben, schon im Dezember als Klausur angeboten. Gleichzeitig werden aber auch Verwaltungsrecht AT und Europarecht I im dritten Semester relevant, da diese Fächer einem die fehlenden Punkte im Öffentlichen Recht bringen. Sollten Probeklausuren in diesen beiden Fächern geschrieben werden, kommen viele Studierende in Zeitprobleme, da sie Sachenrecht I bestehen wollen, aber auch eine realistische Einschätzung ihres Wissens im Öffentlichen Recht durch die Probeklausuren haben möchten. Dabei hilft dann der Lernplan. Er schafft für jeden Tag der verbleibenden Zeit Struktur und kann auf die höhere Priorisierung von Sachenrecht I zu beispielsweise Verwaltungsrecht AT angepasst werden. So verliert man nicht den Überblick darüber, welche Fächer nun eigentlich relevanter als andere sind, obwohl alle Rechtsgebiete am Ende des Semesters beherrscht werden müssen.

den normalen Vorlesungs- und AG-Zeiten ist individuell zu überlegen, wie viel wann gelernt werden möchte und was in diesen festen Lernzeiten behandelt werden soll. Wenn am Anfang des Semesters ein Ablaufplan der Veranstaltung hochgeladen wird, kann auch dieser mit den zu behandelnden Themen einbezogen werden. Aber auch Zeiten für Wiederholungen des Stoffes und Pausen sollten natürlich nicht vergessen werden!

II. Im Semester

„Was Hänschen in der Vorlesungszeit nicht lernt, lernt Hans in der vorlesungsfreien Zeit nur schwer oder nicht mehr.“⁹ Mit diesem Spruch sagt Barbara Lange alles, was eine stressfreie Zwischenprüfungszeit ausmacht: Das Lernen nicht aufzuschieben und sich kontinuierlich Zeit dafür zu nehmen. Aber fangen wir von vorn an.

Die Vorlesungen stellen gerade in der Zwischenprüfung für die meisten Studierenden die „Stoffquelle“ dar. Dazu kann auch ein Lehrbuch hinzugezogen werden oder ausschließlich mit diesem gelernt werden. Wichtig ist nur, dass eine Wissensquelle genutzt wird und man sich nicht beispielsweise auf den abgespeckten Stoff der AG verlässt. Denn Lernen setzt Wissen voraus.¹⁰ Durch die Verknüpfung von neuem und altem Wissen findet ein Wissenszuwachs statt.¹¹ Das bedeutet aber auch, dass gerade in den unteren Semestern das Wissen zunächst angeeignet werden muss.¹² Genau dabei helfen Lehrbücher und Vorlesungen. Anstatt aber nur passiv durch Zuhören während der Vorlesung oder durch Lesen und Markieren des Lehrbuchs das Wissen aufzunehmen, ist es viel effektiver, sich aktiv mit den Inhalten auseinander zu setzen.¹³ Beispiele dafür sind das Beteiligung an der Vorlesung oder der AG sowie das Mitschreiben, durch welches Schwerpunkte herausgefiltert werden und überlegt wird, wo der inhaltliche Punkt in der schematischen Prüfung relevant wird.

Die Arbeitsgemeinschaften vermitteln Euch dann genau dieses Wissen: wo welche Informationen des Sachverhaltes in Eurem juristischen Gutachten angebracht werden. Deswegen ist es gerade dort auch wichtig, aktiv teilzunehmen und nicht nur passiv die Zeit abzusetzen. Gerade in den beiden unteren Semestern helfen die AGs, Definitionen,

Meinungsstreitigkeiten und Schemata zu verstehen und zu verinnerlichen. In der Nachbereitung bietet sich es deshalb an, die wichtigen Dinge aus der Lösungsskizze herauszuschreiben und zum Lernen zu verwenden. Außerdem hilft es ungemein, die AG-Fälle in jedem Fach auszuformulieren. Denn beim Lesen der Lösungsskizze denkt man sich oft „Das hätte ich genauso formuliert, hätte ich die Lösung geschrieben.“ Doch das stimmt in den meisten Fällen nicht und wenn man dann in der Klausur sitzt, hat man Probleme, die richtigen Worte zu finden oder vergisst eine Definition, weil sie nie in der AG ausgesprochen wurde. Das Ausformulieren hilft, diese Fehler zu vermeiden und die Klausur schneller zu lösen. Außerdem wird damit der Gutachtenstil von Anfang an strukturiert antrainiert – welcher gerade in den ersten Semestern in den Klausuren fehlerfrei erwartet wird. Das wird von den meisten Studierenden, die man nach Tipps für die ersten Semester fragt, als „Fälle, Fälle, Fälle“ bezeichnet. Aber nicht nur die AG-Fälle nützen Euch, weitere Fälle zum Lösen findet man in Fallbüchern und in juristischen (Ausbildungs-)Zeitschriften. Diese vermitteln Euch, wie man selbstständig ohne die AG-Leitenden einen Fall löst – also so wie das in der Klausur gefordert wird. Die selbstständige Vorbereitung der AG-Fälle bietet dieselben Vorteile. Je mehr unbekannte Fallkonstellationen schon gelöst worden sind und je mehr Wissen über den Zusammenhang von bestimmten Normen besteht, desto einfacher fällt die Klausurlösung am Ende des Semesters.

Neben dem frühen Ausformulieren und selbstständigen Lösen von (AG-)Fällen ist ein weiterer Schlüssel zu einer stressfreien Zeit im Grundstudium das Lernen neben dem normalen Vorlesungs- und AG-Betrieb. Anstatt Definitionen, Schemata und Meinungsstreitigkeiten erst in den zwei bis drei Wochen vor der Klausur zu lernen, kann man dies auch in kleinen Einheiten neben dem Vorlesungsbetrieb erledigen und dadurch Zeit und Nerven sparen. Denn lernt man die relevanten Dinge erst kurz vor der Klausur auswendig, gelangen sie nicht in das Langzeitgedächtnis und das ganze Wissen ist nach der Klausur wieder weg.¹⁴ Gerade im Hinblick auf die Notwendigkeit, in Folgesemestern auf bereits Erlerntes zurückzugreifen zu können, kann das nur von Vorteil sein. Nachdem der Inhalt angeeignet und

⁹ Lange, Jurastudium erfolgreich, 8. Aufl. 2015, S. 17.

¹⁰ Lammert, Lernen im Jurastudium und in der Examensvorbereitung, JuS 2015, 289 (290).

¹¹ Lammert, JuS 2015 (Fn. 10), 289 (290).

¹² Jochum, Wie man sich das Recht zu eigen macht, JuS 2013, 586 (587); Lammert, JuS 2015 (Fn. 10), 289 (290).

¹³ Jochum, JuS 2013 (Fn. 12), 586 (586); Lammert, JuS 2015 (Fn. 10), 289 (290); Sanders/Dauner-Lieb, Lernlust statt Examensfrust, JuS 2013, 380 (383).

¹⁴ Lange, Jurastudium erfolgreich (Fn. 9), S. 322.

verstanden wurde, sollte er mindestens dreimal wiederholt werden, um nachhaltig behalten zu werden.¹⁵ Dafür bietet sich die erste Wiederholung innerhalb von 48 Stunden zum Erlernen des Stoffes an. Für die zweite Wiederholung bietet sich ein Abstand von einer Woche zu der ersten Wiederholung und für die dritte Wiederholung ein Abstand von einem Monat zur zweiten Wiederholung an.¹⁶ Wie genau der Inhalt zuerst aufgeschrieben und dann wiederholt wird, ist Geschmackssache. Allerdings haben sich im Laufe der Jahre Karteikarten bewährt.¹⁷ Anstatt diese aber von oben bis unten vollzuschreiben, hat es sich als effektiver herausgestellt, so wenig Inhalt wie möglich auf eine Karte zu schreiben. So können einzelne Punkte besser auseinandergehalten werden und beim Wiederholen stellt sich leichter heraus, was noch nicht ausreichend im Kopf verankert ist. Bei Karteikarten mit viel Inhalt neigt man dazu, viele Punkte schneller zu vergessen oder gar nicht erst die Motivation aufzubringen, diese auswendig lernen zu wollen. Am Ende des Semesters fällt zumeist auf, dass Inhalte durch die regelmäßige Wiederholung viel besser im Kopf bleiben, als wenn nur kurz vor den Klausuren gelernt wird.

III. In der Klausurenphase

In der Klausurenphase brauchen die Definitionen und Meinungsstreitigkeiten durch Fleiß während der vorlesungsfreien Zeit nicht mehr neu verinnerlicht werden – das regelmäßige Wiederholen sollte dennoch nicht vernachlässigt werden. In der gewonnenen Zeit heißt es einmal mehr „Fälle, Fälle, Fälle“. Dabei stellen Altklausuren eine weitere Möglichkeit dar, an klausurrealistische Sachverhalte zu gelangen und ein Gefühl dafür zu bekommen, wie die Klausuren typischerweise aufgebaut sind und was deren Inhalt sein kann. Außerdem bekommt man durch das Lösen der Altklausuren in der vorgegebenen Klausurzeit ein Gefühl dafür, inwieweit mit Zeitproblemen am Klausurtag gerechnet werden muss. Und dann heißt es: Tief durchatmen. Nehmt Euch Zeit, auch einmal auszuspannen und Euch mental auf die Klausuren vorzubereiten. Euer Lerntag muss nicht zwingend ein 8- oder 10-Stunden-Tag sein – denn um dies zu umgehen, habt ihr im Semester die Inhalte, die ihr können müsst, schon gelernt.

IV. Zusammenfassung

Es gibt also auch Möglichkeiten, in den Klausurenphasen der Zwischenprüfung nicht bis 23 Uhr in der Bibliothek

sitzen zu müssen. Struktur und Fleiß im laufenden Semester zahlen sich mit Ruhe vor den Klausuren und gutem Gewissen aus und verhelfen dazu, unnötigen Stress zu vermeiden. Am Ende ist es immer wichtig, sich Zeit zu nehmen, den Stoff zu verstehen und die Wiederholungen dessen nicht zu vernachlässigen. Kein Meister ist vom Himmel gefallen und die ersten Semester des juristischen Studiums sollten auch dazu genutzt werden, Dinge zu erleben und Neues kennenzulernen. Und das geht durch stetiges Lernen auch ohne schlechtes Gewissen, weil die Klausuren immer näher rücken.

¹⁵ Kautzmann/Miketta, Das Wunder im Kopf, Intelligenz, Gedächtnis und Gefühle verstehen und optimal nutzen, 1. Auflage 1999, S. 91; Lange, Jurastudium erfolgreich (Fn. 9), S. 326.

¹⁶ Lange, Jurastudium erfolgreich (Fn. 9), S. 326; Roth, Aus Sicht des Gehirns, 3. Auflage 2009, S. 306f.

¹⁷ Lange, Jurastudium erfolgreich (Fn. 9), S. 218f.



HANOVER LAW REVIEW