

# HANOVER LAW REVIEW

[Editorial](#)

[Die Redaktion](#)

**Kommunizieren? Aber richtig.**

[Entscheidungen](#)

Jost Behrens

Adam Hetka

Jonas Hiller

Anna Ordina

Mathis Rameil

Jonas Vonjahr

**Tierhalterhaftung - BGH VI ZR 25/17**

**Beweisverwertung - BGH 1 StR 277/17**

**Beschädigte Mietwohnung - BGH VIII ZR 157/17**

**Schimmelpilz - BGH VIII ZR 271/17 & VIII ZR 67/18**

**Wahlrechtsausschluss - BVerfG BvC 63/14**

**Altlastenverdacht - V ZR 250/15**

[Studienpraxis &  
Fallbearbeitung](#)

Robin Dudda &  
Finja Maasjost

Moritz Stamme

Christoph Rohde

**Studienklausur im Strafrecht**

**Klausur im BGB II, 13 Punkte**

**Klausur in der Übung für Fortgeschrittene im  
Öffentlichen Recht, 15 Punkte**

[Varia](#)

Sebastian von Glahn

**Die neue Generation der Juristen**

Patrick Glatz &  
Simon Künnen

**Engagement neben dem Studium**

Seiten 137 bis 142

**Kurz & Knapp**  
Mit aktueller Rechtsprechungsübersicht zu allen drei Rechtsgebieten!

# HANOVER. LAW. GÖHMANN.

Akademischer Nachwuchs für ambitioniertes Anwaltsteam.



Zur Unterstützung unseres Teams in HANNOVER suchen wir ab sofort einen/eine

## Referendar oder stud. / wiss. Hilfskraft<sub>(m/w/d)</sub> (gerne auch studien- oder promotionsbegleitend)

Die Anfänge der Sozietät GÖHMANN lassen sich auf das Jahr 1879 zurückführen. 1949 trat der heutige Namensgeber Rechtsanwalt und Notar Dr. Rudolf Göhmann am Standort Hannover in die Kanzlei ein. Den exzellenten Ruf als Wirtschaftskanzlei in Hannover haben wir uns mit einem Schwerpunkt erarbeitet auf den Feldern des Rechts der Kapitalgesellschaften, des Immobilienrechts, des anspruchsvollen Prozessrechts, des Arbeitsrechts und des gewerblichen Rechtsschutzes (IP/IT). Mit über 120 fachlich spezialisierten Rechtsanwälten/innen und erfahrenen Notaren/innen zählen wir zu den führenden Wirtschaftskanzleien in Deutschland und zu einer festen Größe in unserer Heimat Hannover. Unser Ziel ist es, anspruchsvolle Rechtsberatung und komplexes Rechtsmanagement aus unserer Heimat Hannover weltweit anzubieten. Neben unseren sechs deutschen Standorten beraten spanische und deutsche Rechtsanwälte in einem GÖHMANN Büro in Barcelona. Zudem arbeiten wir eng mit unseren GLOBALAW Best-Friends-Kanzleien in fast allen Jurisdiktionen der Welt zusammen.

Für unseren Standort in Hannover sind wir stets auf der Suche nach ausgezeichneten Nachwuchsjuristen der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover. Wenn Sie Interesse haben, bei uns Ihre anwaltliche Ausbildungsstation oder/und Ihre Wahlstation während Ihres Referendariats zu verbringen, freuen wir uns sehr auf Ihre Bewerbung. Wir haben in den vergangenen beiden Jahrzehnten weit über 250 Referendarinnen und Referendare erfolgreich ausgebildet, verfügen über langjährige und aktuelle Erfahrungen als Prüfer im zweiten Staatsexamen, sodass Sie erwarten können, dass wir wissen, was Sie können müssen. Sollten Sie uns als Hilfskraft (gerne studien- oder promotionsbegleitend) oder im Rahmen wissenschaftlicher Forschungsprojekte unterstützen wollen, freuen wir uns ebenfalls auf Ihre Bewerbung.

### GÖHMANN Rechtsanwälte • Notare

Prof. Dr. Martin Notthoff

T +49 (0)511 30 277 0

[martin.notthoff@goehmann.de](mailto:martin.notthoff@goehmann.de)

### Starke Partner. Überall vor Ort.

Berlin | Braunschweig | Bremen | Frankfurt am Main | Hannover | Magdeburg | Barcelona

[goehmann.de](http://goehmann.de)

**GÖHMANN**  
RECHTSANWÄLTE · NOTARE

## VERLAG

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

Registernummer  
VR 202863  
Amtsgericht Hannover  
[www.hanoverlawreview.de](http://www.hanoverlawreview.de)

Schriftleitung  
Dr. Tim Brockmann  
Hanover Law Review e.V.  
Königsworther Platz 1  
30167 Hannover  
Postfach 32

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Redaktion:  
Alina Amin, Btissam Boulakhrif, Robin Dudda,  
Patrick Glatz, Malte Gauger, Rocky Glaser, Lucas Haak,  
Antonia Hagedorn, Nathalie Hamm, Adam Hetka, Frederike Hirt,  
Simon Künnen, Felix Lücke, Felicia Maas,  
Finja Maajost, Patricia Meinking, Daniel Müller,  
Anna Ordina, Moritz Stamme, Klara Stolz, Jonas Vonjahr,  
Jasmin Wulf und Jendrik Wüstenberg.

## INFO

Erscheinungsweise: Quartalsweise zum Quartalsende  
Erscheinungsort: Hannover

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

## DRUCK

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

## KONTAKT

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

## HANOVER LAW REVIEW

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

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

## ZITIERVORSCHLAG

amerikanisch:  
Autor, 2 Han LR 2019, Anfangsseite (Fundstellenseite)

europeisch:  
Autor, Han LR 2019, Anfangsseite (Fundstellenseite)

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

**Jost Behrens,**  
**Clifford Chance LLP,**  
**Dr. Nassim Eslami,**  
**Dr. Sven Hasenstab,**  
**Dipl. Jur. Tyll Philipp Krömer,**  
**Christoph Rohde,**  
**Prof. i.R. Dr. Dr. Peter Salje,**  
**PD Dr. Alexander Thiele,**  
**Prof. Dr. Christian Wolf,**  
**Kanzlei Pfeiffer – von der Heyde und**  
**der Juristischen Fakultät Hannover**

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.

## Kommunizieren? Aber richtig.

Philosoph und Psychoanalytiker Paul Watzlawick sagt: "Man kann nicht nicht kommunizieren, denn jede Kommunikation (nicht nur mit Worten) ist Verhalten und genauso wie man sich nicht nicht verhalten kann, kann man nicht nicht kommunizieren."

Recht hat er: Sprachtheoretisch ist Konsens, dass Kommunikation nicht eindimensional stattfindet. Kommunikation hat immer auch eine Metaebene, einen Subtext, wenn man so will. Die Art und Weise der Übermittlung, Stil, Pose, Haltung, Mimik, Ausdruck, Empfänger und Sender verleihen der Sprache bewusst oder unbewusst eine Wirkung, die über den Inhalt der übermittelten Buchstaben und deren Sinn hinausgeht. Unter Fachleuten werden diese Metaebenen noch weiter unterteilt und können – weil weitestgehend unabhängig voneinander – getrennt beschrieben und analysiert werden. Man unterscheidet:

Die *ideationelle Metafunktion*, also was Sprache und Grammatik im Kontext ausdrücken.

Die *interpersonelle Metafunktion*, also die Eigenart der Kommunikation, die beschreibt, dass zwischen Sender und Empfänger ein sozialer, individueller Kontakt zustande kommt.

Die *textuelle Metafunktion*, also die Deutungsfähigkeit der Textkonstruktion, zum Beispiel des Satzbaus, der Kürze der Nachricht oder dem angewandten Sprachstil.

Schaut man sich verschiedene Kommunikationsbeispiele an, kann man sie, frei nach obigen drei Kriterien, darauf untersuchen, in welchem Kontext sie von wem, an wen und in welcher Wort- und Satzbauwahl entäußert sind.

Innerhalb der Redaktion der Hanover Law Review hat sich in der Schriftsprache ein funktionaler Stil etabliert, der sich beispielsweise so liest:

Herr Müller-Lüdenscheidt will was zum Dieselskandal in der zweiten Ausgabe 19 schreiben. Bis wann kann er spätestens einreichen?

Ich wollte mal hören, ob das Zeitschriftensystem funktioniert, du Mails bekommst und Du Beiträge fristgerecht verteilst. Ist das so?

Wenn Du in dem Dokument ohnehin was änderst, auch etwas zum Format von Zitaten und Fettschrift schreiben! Nicht, dass das wieder drunter und drüber geht.

Die interne Kommunikation ist anredelos, direkt, knapp und von Anweisungen geprägt. Kurze Sätze ohne Höflichkeits- oder Grußformel sind häufig der Übersichtlichkeit wegen durchnummieriert, auf Verbindlichkeit ist sie nicht ausgelegt, sie soll Ergebnisse produzieren.

Der Kontext der Kommunikationsform ist ergebnisorientiert, die Sätze stehen im Zusammenhang mit Aufgaben und Arbeit, die erledigt werden. Das Schreiben und Lesen der Nachrichten bereitet keine Mühe, da es allein um Sachinformation geht. Durch dieses geringe Mühevollhalten bei der Formulierung ist die Kommunikation auf interpersoneller Ebene unpersönlich, nicht empathisch und der Kontakt zwischen Sender und Empfänger wird ausschließlich vom Sender der Nachricht definiert; als Arbeits- oder Antwortauftrag ohne aufwendige Formulierung, die Wortwahl ist entsprechend.

Und die Metaebene? Die Nichtkommunikation von Höflichkeit und Kürze der Nachrichten, der Duktus und der (Arbeits-)Kontext zeigen, dass es bei dieser Art der Verständigung allein um die Sache, nicht um Persönlichkeiten geht. Möglich ist diese Form der Verständigung nur zwischen Menschen, die am gleichen Strang ziehen und eigene Befindlichkeiten zurückstellen können. Die Nachricht kommuniziert im Subtext Sachorientierung und Effizienz.

Öffentliche Kommunikation durch die Zeitschrift, bzw. die Zeitschriftenredaktion, liest sich allzu häufig so:

Liebe alle,

Wir hoffen, dass ihr gestern alle keine Probleme beim Anmelden im OJS hattet. Falls nicht, helfen euch A oder B gerne weiter. \*Bitte denkt daran, dass wir heute Abend unseren ersten Sneak Preview haben. Das Orga-Team trifft sich um ca.

17:15 Uhr bei unserem Büro und fängt an vorzubereiten. Wir wären über jede Unterstützung beim Tische-und-Stühle-Rücken sehr dankbar! Die Veranstaltung beginnt um 18:30 Uhr, also kommt vorbei! Schnappt Euch noch ein paar Kommilitonen und bringt sie gerne mit. Wir freuen uns schon auf Euch!  
Euer Orga-Team

Liebe neue und alte Mitglieder,  
das hier ist unsere Begrüßungsmappe für unsere neuen Redaktionskollegen/innen und unser kleines Nachschlagewerk für alte Hasen, die grundlegende Informationen rund um den Verein, unsere Arbeitsweise oder über das OJS suchen. Wir freuen uns, dass ihr bei diesem Projekt mithilft und mit uns gemeinsam diese Zeitschrift produziert.  
Euer Vorstand

Die öffentliche Kommunikation per Mail, Tool oder über Facebook enthält eine Anrede und lässt den Absender erkennen, sie ist zwar von Sachinformationen geprägt, versucht aber den Adressatenkreis gelegentlich emotional und auf persönlicher Ebene zu erreichen und so Höflichkeit und Verbindlichkeit herzustellen (Wir hoffen; Wir freuen uns; sind sehr dankbar...). Die Anrede ist unförmlich, aber vorhanden.

Der Kontext der Nachrichten ist häufig die Aufforderung mitzumachen, die Aufforderung etwas zur Kenntnis zu nehmen oder behilflich zu sein. Das Schreiben der Nachrichten bereitet etwas mehr Mühe, da Verbindlichkeit, Höflichkeit und Zugewandtheit ausgedrückt werden sollen.

Interpersonell sollen die Schreiben ermunternd und freundschaftlich verbunden wirken, entsprechend ist der Duktus gewählt – positive Adjektivgraduierung durch Worte wie (sehr; gerne) und persönliche Formulierungen (alte Hasen).

Auf der Metaebene erkennt der Empfänger der Nachricht im Idealfall die Mühe, mit der die Nachricht formuliert wurde und wertschätzt (bewusst oder unbewusst) die zugewandte, freundliche Formulierung. Er oder sie könnte deswegen eher geneigt sein, dem jeweiligen Aufruf zu folgen. Die Nachricht kommuniziert im Subtext Offenheit und Verbindlichkeit.

Externe, persönliche Kommunikation durch die Zeitschrift liest sich zum Beispiel so:

Sehr geehrter Professor Dr. Müller-Lüdenscheidt,  
wir hoffen sehr, dass Sie einen erfreulichen Start in das Semester hatten und freuen uns, Ihnen unsere aktuelle Ausgabe der Hanover Law Review übersenden zu dürfen. Wir wären sehr froh, wenn Sie Zeit für die Lektüre finden können. Für Feedback in jeder Form sind wir offen und wären froh, wenn Sie uns auch weiterhin gewogen bleiben.

Mit freundlichen Grüßen, für den Vorstand  
(Unterschrift)

Die externe, persönliche Kommunikation ist von Höflichkeit, formaler Anrede und Grußformel sowie Verbindlichkeit geprägt.

Der Kontext der Nachricht ist häufig eine Bitte um Kenntnisnahme gegenüber Personen, die nicht in direkter Verbindung zur Zeitschrift stehen, beispielsweise Professoren oder potenzielle Sponsoren. In die Formulierung ist vergleichsweise am meisten Mühe investiert, es werden förmliche Anrede und Grußformel gewählt, Wiederholungen und Fehler vermieden. Der Stil ist um Klarheit und Richtigkeit bemüht.

Auf Metaebene drücken die gewählten Stilmittel Respekt und Anerkennung aus, es wird deutlich, dass der Sender der Nachricht keine Fehler machen möchte, beispielsweise um Sponsoren nicht abzuschrecken oder zur Veröffentlichung geneigte Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer nicht zu vergraulen. Die Nachricht kommuniziert im Subtext Verbindlichkeit und Professionalität.

Eine Generalformel für die perfekte Nachricht gibt es nicht – dennoch kann der ideationelle, interpersonelle und textuelle Blick auf die eigene Nachricht helfen, nicht unprofessionell, unpräzise, gleichgültig, unverbindlich oder respektlos zu wirken. Vereinfacht könnte man sagen, dass vor jedem Absenden einer Nachricht drei W-Fragen abgearbeitet werden sollten, um die Nachricht zu bewerten:

Was? Passt der Kontext der Nachricht zum gewählten Ausdruck der Nachricht?

Wer? Passt das Verhältnis zwischen Sender und Empfänger zur Nachricht?

Wie? Passt die Form der Formulierungen zur Nachricht?

Allzu häufig erreichen einen Nachrichten, die sich augenscheinlich keiner Kontrolle stellen mussten.

Hier an Manuscript für die Zeitschrift!  
Grüße ich freue mich total über eine Rückmeldung!

Guten tag!  
die AG ist voll – ich kann aber nur zu dem termin. Ist es möglich noch irgendwie reinzukommen?

Hello ich war in der großen Übung und wollte mal fragen wann sie die folien online stellen :)  
Beste Grüße  
Kasper

Alle Nachrichten sind mehr oder weniger spezifische Anfragen, die Sender wollen etwas vom Rezipienten ihrer Botschaft. Entweder wollen sie eine Rückmeldung, Sonderbehandlung bei der Terminvergabe einer AG oder vorzeitige Veröffentlichung von Folien. Keine der Nachrichten ist inhaltlich vollständig – weder wird erwähnt, um welche AG es geht, um was für ein Manuscript es sich handelt oder welche Große Übung bzw. welche Folien genau gemeint sind.

Der Kontext der Nachrichten – nämlich, dass es sich um Anfragen handelt – gebietet mindestens die Vollständigkeit der Nachricht; also genügend Mühe, mindestens so viel Überlegung, Formulierung und Vollständigkeit, dass dem Empfänger die Einordnung der Botschaft sofort gelingt.

Interpersonell verbindet in allen Fällen den Sender und den Empfänger nichts; außer ebendieser (Erst-)Nachricht, daran ändert auch ein Smiley nichts. Deswegen ist eine gewisse Höflichkeit und Verbindlichkeit, die sich in Anrede, Grußformel und Wortwahl ausdrücken kann, angebracht. Textuell sind alle Nachrichten sowohl mit Rechtschreib- als auch mit Grammatikfehlern versehen, Mühe (oder Intellekt) wurde in das Verfassen der Botschaften nicht investiert.

Auf Metaebene kommunizieren die Nachrichten deswegen Gleichgültigkeit, mangelnde Gewissenhaftigkeit und fehlende Mühe. Der Subtext der Nachrichten ist respektlos, unhöflich oder zumindest unangebracht – die Antworten werden entsprechend ausfallen.

Im gleichen Kontext kann man die dauernde Übermittlung von aufgezeichneten Sprachnachrichten sehen. Mittlerweile gehören junge Menschen, die ihr Smartphone wie

ein Stück Pizza vor den Mund halten und hineinsprechen, zum Stadtbild.

Kein Wunder, denn diese Art der Kommunikation bereitet die wenigste Mühe: Einfach sprechen, nicht (auf) das Gegenüber achten (müssen), den eigenen Text runterreden. Pausen und Füllworte sind kein Problem, verbindliche und geschliffene Formulierungen nicht nötig und auf einen roten Faden kann man verzichten. Rechtschreibfehler sind zum Glück nicht zu erkennen. Mündliche Formulierungen sind unverbindlicher und weniger gewählt als in der Schriftsprache.

Will ein Empfänger einer Sprachnachricht adäquat antworten, muss er bei langen Redeflüssen entweder mitschreiben oder häufiger auf Pause drücken. Die gesprochene Sprache ersetzt die Schriftsprache aus Bequemlichkeit dann zu Ungunsten des Empfängers. Nachlesen oder hochscrollen sind bei Sprachnachrichten weit weniger komfortabel oder gar nicht möglich, die mündliche Formulierung ist im Zweifel „nur so dahergesagt“, die schriftliche Nachricht dagegen viel zu verbindlich.

Je weniger Mühe sich der Sender der Nachricht gibt, desto mehr Mühe muss sich der Empfänger bei dem Verwerten der Nachrichten geben!

Sprachnachrichten lassen damit vor allem eine Interpretation zu: Ich bin zu bequem, einen Text zu schreiben, Mühe will ich mir nicht geben. Ob Dich das stört, ist mir egal – ob die Nachricht für Dich deswegen schwieriger zu beantworten und zu verstehen ist, ist mir auch egal. Ob die Nachricht verbindlich wirkt und leicht nachzuvollziehen ist, ist mir nicht so wichtig. Hauptsache, ich werde das jetzt los. Wer aufgezeichnete Monologe verschickt, fördert nicht den Dialog. Im Gegenteil.

Für jeden Anlass gibt es die richtige Art der Kommunikation, richtiges Kommunizieren hat in erster Linie etwas mit Mühe zu tun. Diese Mühe sieht man jedem Text an, deswegen: Schreibt Grußformeln und Anreden, nutzt Höflichkeitsformeln und lernt, welcher Titel in die Anrede gehört. Verfasst vollständige, sachliche Texte und lest die eigenen Werke vor dem Absenden (mindestens) einmal durch. Formuliert mit Bedacht, verbindlich und korrekt. Meidet Wiederholungen, Superlative und Umgangssprache, wenn der sachliche und persönliche Kontext es nicht ausdrücklich gebieten.

Nutzt drei W-Fragen zur Kontrolle und geht so sicher, dass Kontext, Empfänger und Erscheinung der Botschaft stimmg sind.

Vielleicht kommen wir dann auf eine (Meta-)Ebene.

**ENTSCHEIDUNGEN**

Dipl. Jur. Jost Behrens	Alternativtäterschaft bei Tierhalterhaftung - BGH VI ZR 25/17	Seiten 100 bis 104
stud. iur. Adam Hetka	Beweisverwertung - BGH 1 StR 277/17	Seiten 105 bis 108
stud. iur. Jonas Hiller	Beschädigte Mietwohnung - BGH VIII ZR 157/17	Seiten 109 bis 113
stud. iur. Anna Ordina	Schimmelpilz - BGH VIII ZR 271/17 & VIII ZR 67/18	Seiten 114 bis 117
stud. iur. Mathis Rameil	Wahlrechtsausschluss - BVerfG BvC 63/14	Seiten 118 bis 131
stud. iur. Jonas Vonjahr	Altlastenverdacht - V ZR 250/15	Seiten 132 bis 136

**KURZ & KNAPP**

Dr. Tim Brockmann	Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht - 02.2019	Seiten 137 bis 138
StA' in Isabell Plich	Rechtsprechungsübersicht Strafrecht - 02.2019	Seiten 139 bis 140
Dipl. Jur. Tyll Phillip Krömer	Rechtsprechungsübersicht Öffentliches Recht - 02.2019	Seiten 141 bis 142

**STUDIENPRAXIS**

stud. iur. Robin Dudda & stud. iur. Finja Maasjost	Studienklausur im Strafrecht	Seiten 145 bis 162
stud. iur. Moritz Stamme	Klausur im BGB II, 13 Punkte	Seiten 163 bis 165
stud. iur. Christoph Rohde	Klausur in der Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht, 15 Punkte	Seiten 166 bis 169

**VARIA**

Sebastian von Glahn	Die neue Generation der Juristen	Seiten 170
stud. iur. Patrick Glatz & stud. iur. Simon Künnen	Engagement neben dem Studium	Seiten 171 bis 173

## Alternativtäterschaft bei Tierhalterhaftung

Dipl. Jur. Jost Behrens

BGH VI ZR 25/17

§§ 823; 833; 830 BGB

**Sachverhalt (gekürzt und vereinfacht):** A und B sind jeweils Eigentümerin eines Pferdes, welches sie in ihrer Freizeit ausreiten, selbst verpflegen und zusammen mit zwölf weiteren Pferden auf demselben Hof auf eigene Kosten unterstellen. Wie üblich werden die Tiere vom Stallbetreiber über den Tag auf einen eingezäunten, unbeobachteten Sand- und Grasplatz, einen sogenannten Paddock, gebracht. Als die Pferde eines Abends vom Betreiber des Hofes in den Stall geholt wurden, lahnte die Stute der A. Später hinzugekommen stellte sie am rechten hinteren Bein des Tieres eine leicht blutende Wunde fest, die sie versorgte. Über Nacht traten noch starke Schwellungen auf. Eine daraufhin durchgeführte tierärztliche Untersuchung zeigte erhebliche Beinverletzungen.

A ist der Meinung, ihr Pferd sei tags zuvor kurz vor dem Zurückholen in den Stall von einem anderen Pferd getreten worden, als die Herde im Paddock wegen der bevorstehenden Fütterung in Unruhe geraten sei. Zwar stehe nicht fest, ob die Stute der B oder ein drittes Pferd das Tier der A getreten habe. Jedenfalls sei dies aber nach § 830 Abs. 1 S. 2 BGB unerheblich.

**Kann A von B Ersatz der Heilbehandlungskosten verlangen?**

### EINORDNUNG

Pferde sind – auch wegen ihres hohen Wertes – häufig Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen, wenn es um kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche oder Schadensersatzansprüche aus unerlaubten Handlungen geht. Entsprechend häufig sind diese Entscheidungen ein beliebtes Prüfungsthema in Studium und Examen.

Das zu besprechende Urteil des BGH behandelt neben der Tierhalterhaftung nach § 833 S. 1 BGB die Voraussetzungen der Anwendbarkeit des § 830 Abs. 1 S. 2 BGB. Die Vorschrift formuliert in Fällen, in denen bei mehreren unerlaubt handelnden Personen nicht festgestellt werden kann, wessen Handlung ursächlich für die Verletzung war, aus Beweisnotgründen entgegen allgemeiner Grundsätze eine Umkehrung der Beweislast.

und zur Herbeiführung der eingetretenen Verletzung geeignet war. Im Fall der Gefährdungshaftung bedarf es hierzu einer konkreten Gefährdung des Betroffenen, die geeignet ist, den eingetretenen Schaden zu verursachen.

Im Fall der Tierhalterhaftung nach § 833 S. 1 BGB ist für die Anwendung von § 830 Abs. 1 S. 2 BGB Voraussetzung, dass sich in dem Verhalten aller als Schadensverursacher infrage kommenden Tiere eine spezifische Tiergefahr gezeigt hat und dass diese spezifische Tiergefahr im Hinblick auf den eingetretenen Schaden kausalitätsgeeignet war.

### GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB.

B. Anspruch aus § 833 S. 1 BGB

I. Tierhaltereigenschaft der B

II. Rechtsgutverletzung

III. Durch ein Tier

1. Unmittelbare Schadensverursachung
2. Mittelbare Schadensverursachung
3. Zwischenergebnis

IV. Umkehr der Beweislast des Kausali-tätsnachweises gemäß § 830 Abs. 1 S. 2 BGB

1. Anwendbarkeit im Rahmen

der Gefährdungshaftung

2. Voraussetzungen

V. Ergebnis

Der Anwendungsbereich der Vorschrift des § 830 Abs. 1 S. 2 BGB ist nicht auf die Verschuldenshaftung beschränkt, sondern erfasst auch die Gefährdungshaftung, insbesondere die Tierhalterhaftung nach § 833 BGB.

„Beteiligter“ im Sinne von § 830 Abs. 1 S. 2 BGB ist nur derjenige, dessen Tatbeitrag zu einer rechtswidrigen Gefährdung der Schutzsphäre des Betroffenen geführt hat

### A. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB

A könnte gegen B einen Anspruch auf Ersatz der Heilbehandlungskosten aus § 823 Abs. 1 BGB haben. Als verschuldensthematischer Haftungstatbestand setzt § 823 Abs. 1 BGB ein Verschulden des Schädigers voraus. Ein Verschulden liegt vor, wenn der Schädiger vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat.<sup>1</sup> Der Sachverhalt gibt indes keine Anhaltspunkte, die auf ein vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten der B schließen lassen. A hat folglich mangels Verschulden der B keinen Anspruch auf Ersatz der Heilbehandlungskosten aus § 823 Abs. 1 BGB.

### B. Anspruch aus § 833 S. 1 BGB

A könnte gegen B jedoch einen Anspruch auf Ersatz der Heilbehandlungskosten aus § 833 S. 1 BGB haben. Nach § 833 S. 1 BGB ist derjenige, der ein Tier hält, verpflichtet, einem anderen den Schaden zu ersetzen, der daraus entsteht, dass dieses Tier einen Menschen tötet, dessen Körper oder Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt. B müsste also Halterin des Pferdes sein und dieses müsste durch sein Verhalten das Pferd der A verletzt haben.

### I. Tierhaltereigenschaft der B

B als Anspruchsgegnerin müsste Tierhalterin sein. Zwar gehört der B ihr Pferd. Auf die Eigentümerstellung oder unmittelbaren Eigenbesitz des Halters kommt es allerdings allein nicht an.<sup>2</sup> Tierhalter im Sinne des § 833 BGB ist vielmehr derjenige, dem die Bestimmungsmacht über das Tier zusteht und der aus eigenem Interesse für die Kosten des Tieres aufkommt und das wirtschaftliche Risiko seines Verlustes trägt.<sup>3</sup> B reitet das Pferd aus und kümmert sich um seinen Unterhalt, indem sie es versorgt und auf einem Hof auf ihre Kosten unterstellt. Sie übt also die Bestimmungsmacht über das Pferd aus und übernimmt die Kosten des Tieres aus eigenem Interesse. B ist somit die Halterin der Stute.

### II. Rechtsgutverletzung

Weitere Anspruchsvoraussetzung ist das Vorliegen der Verletzung eines der in § 833 S. 1 BGB genannten Rechtsgüter. In Betracht kommt eine Sachbeschädigung. Eine solche liegt vor, wenn die Sachsubstanz verletzt oder die Sache in ihrer Nutzungsfähigkeit beeinträchtigt wird.<sup>4</sup> Vorliegend könnten die erlittenen Verletzungen der Stute

der A eine Sachbeschädigung darstellen. Zwar handelt es sich bei Tieren nicht um Sachen. Auf sie sind aber gemäß § 90a S. 1 und 3 BGB die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden.

Die Stute der A erlitt eine leicht blutende Wunde, mit der starke Schwellungen einhergingen und die dazu führte, dass das Pferd Lahmte. Durch die Wunde wurde die Stute in ihrer Substanz verletzt und mithin in ihrer Nutzungsfähigkeit als Reitpferd beschränkt. Folglich liegt in der Verletzung des Pferdes der A eine Sachbeschädigung.

### III. Durch ein Tier

Die Sachbeschädigung müsste ferner durch ein Tier verursacht worden sein. Erforderlich ist das Vorliegen des Zu-rechnungszusammenhangs zwischen dem tierischen Verhalten und dem Schaden, d.h., die Rechtsgutverletzung muss ihre Ursache in der Verwirklichung spezifischer oder typischer, in der Natur des Tieres liegenden Gefahren haben.<sup>5</sup> Bei dem Pferd der B handelt es sich zwar um ein Tier. Fraglich ist jedoch, ob dieses die Sachbeschädigung durch die Verwirklichung einer in seiner Natur liegenden Gefahr auch verursacht hat, ob also die Rechtsgutverletzung auf das Verhalten des Tieres zurückzuführen ist.

#### 1. Unmittelbare Schadensverursachung

In Betracht kommt zunächst eine unmittelbare Schadensverursachung. Hierunter ist ein Verhalten zu verstehen, dass ohne Zwischenschritte ursächlich für den Erfolgseintritt geworden ist. Ein solches Verhalten könnte in einem Treten oder Beißen des Pferdes der B gegenüber der Stute der A bestehen. Der Sachverhalt lässt allerdings keine Anhaltspunkte zu, die auf ein solches Verhalten des Tieres schließen lassen. Auch das Berufungsgericht konnte sich im vorliegenden Fall auf Grundlage der Beweisaufnahme nicht davon überzeugen, dass das Pferd der B dasjenige der A getreten oder gebissen hätte. Folglich scheidet ein unmittelbares, schadensverursachendes Verhalten der Stute der B aus.

#### 2. Mittelbare Schadensverursachung

Die Verletzungen des Pferdes der A könnten aber in Folge einer mittelbaren Verursachung herbeigeführt worden sein. Eine bloß mittelbare Verursachung liegt vor, wenn die Rechtsgutverletzung eine durch Zwischenursachen

<sup>1</sup> Sprau in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), 78. Aufl. 2019, § 823 Rn. 40.

<sup>2</sup> BGH NJW-RR 1990, 789 (790).

<sup>3</sup> BGH NJW-RR 1988, 655 (656).

<sup>4</sup> Steffen in: RGRK-BGB, 12. Aufl., § 823 Rn. 19.

<sup>5</sup> OLG Hamm NJW-RR 2015, 1114.

vermittelte, entfernte Folge einer Handlung ist.<sup>6</sup> Sie ist hinsichtlich einer Rechtsgutverletzung im Rahmen des § 833 S. 1 BGB grundsätzlich ausreichend.<sup>7</sup> Für eine mittelbare Verursachung kommt ein Mitwirken der Stute der B im Rahmen einer wegen der anstehenden Fütterung allgemeinen Unruhe in Betracht, in Folge derer das Pferd der A verletzt worden sein könnte. Allerdings vermochte das OLG diesbezüglich auch hier keine Feststellungen zu machen. Nach seiner Auffassung ist es ebenso wahrscheinlich, dass die Stute der B während des gesamten Vorfalls abseits des Geschehens stand. Nach der Beweislage kommt daher auch eine mittelbare Verursachung nicht in Betracht.

### 3. Zwischenergebnis

Da sich im vorliegenden Streitfall nicht feststellen ließ, ob die Verletzungen der Stute der A auf ein – unmittelbares oder mittelbares – Verhalten des Pferdes der B zurückzuführen sind und es auch möglich gewesen sein könnte, dass dieses zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses unbeteilt abseits stand, liegt kein die Sachbeschädigung verursachendes Verhalten vor.

### IV. Umkehr der Beweislast des Kausalitätsnachweises gemäß § 830 Abs. 1 S. 2 BGB

Ausnahmsweise könnte jedoch die Beweislast über den Ursächlichkeitszusammenhang zwischen Handlung und Rechtsgutverletzung zugunsten der A gemäß § 830 Abs. 1 S. 2 BGB umgekehrt werden. Im Grundsatz muss der Geschädigte nachweisen, welche Handlung ursächlich für die Verletzung seines Rechtsguts geworden ist.<sup>8</sup> A behauptete zwar, ihr Pferd sei tags zuvor kurz vor dem Zurückholen in den Stall von einem anderen Pferd getreten worden, als die Herde im Paddock wegen der bevorstehenden Fütterung in Unruhe geraten sei. Den Nachweis, dass dies auch tatsächlich so geschehen war, vermochte sie aber nicht zu erbringen.

Über diesen mangelnden Nachweis der haftungsgrundlegenden Kausalität könnte der A allerdings die Vorschrift des § 830 Abs. 1 S. 2 BGB hinweghelfen. Sie befreit

den Geschädigten von der grundsätzlichen Pflicht, den Kausalitätsnachweis zu führen, und hilft somit über den Umstand hinweg, dass zwei Personen eine unerlaubte Handlung begangen haben, allerdings nicht feststellbar ist, welche von beiden durch ihre unerlaubte Handlung den Schaden letztendlich herbeigeführt hat.<sup>9</sup> Dieser Beweislastumkehr liegt der Gedanke zugrunde, dass für den Geschädigten häufig nicht aufzuklären ist, wessen Handlung für seinen Schaden ursächlich war, sei es, weil mehrere Personen beteiligt waren, oder weil sich der Kausalitätsnachweis nur schwer führen lässt.<sup>10</sup> In diesem Fall gilt es als gerechter, wenn nicht der Geschädigte den Kausalitätsnachweis führen muss, sondern Kausalitätszweifel zulasten der Schädiger bestehen bleiben, damit der Geschädigte seinen Anspruch nicht allein deshalb verliert, weil sich nicht feststellen lässt, welcher der Verantwortlichen den Schaden durch seine unerlaubte Handlung herbeigeführt hat.<sup>11</sup>

#### Anmerkung: Einordnung des § 830 Abs. 1 S. 2 BGB

Nach einer Ansicht stellt § 830 Abs. 1 S. 2 BGB eine eigenständige Anspruchsgrundlage dar.<sup>12</sup> Nach anderer Auffassung handelt es sich um eine im Rahmen der haftungsgrundlegenden Kausalität zu prüfende Beweislastumkehr.<sup>13</sup> Dies ist konsequent, da § 830 Abs. 1 S. 2 BGB zum einen nur an einen „echten Haftungstatbestand“ anknüpft<sup>14</sup> und somit keine Rechtsfolgeanordnung enthält und zum anderen nur Zweifel hinsichtlich der haftungsgrundlegenden Kausalität überbrücken und es dem Geschädigten erleichtern soll, diese nachzuweisen.<sup>15</sup>

#### 1. Anwendbarkeit im Rahmen der Gefährdungshaftung

Fraglich ist zunächst, ob die Beweiserleichterung des § 830 Abs. 1 S. 2 BGB auch auf Fälle der Gefährdungshaftung anwendbar ist. Nach Ansicht des Reichsgerichts solle die Anwendbarkeit der Norm für Gefährdungshaftungstatbestände zumindest außerhalb des BGB ausgeschlossen sein, da die Vorschrift eine Sonderregelung darstelle, dessen strengere Haftung nur bei einem schuldhaften Verhalten des Beteiligten gerechtfertigt sei.<sup>16</sup> Ferner führe eine

<sup>6</sup> Lange in: jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 823 Rn. 53.

<sup>7</sup> BGH NJW 2015, 1824 (1826).

<sup>8</sup> BGH NJW-RR 2011, 1662; NJW 1963, 953.

<sup>9</sup> BGH NJW 1976, 1934 (1935).

<sup>10</sup> BGH NJW 1957, 1834 (1835).

<sup>11</sup> BGH NJW 1957, 1834 (1835).

<sup>12</sup> BGH NJW 1979, 544; Staudinger in: HK-BGB, 10. Aufl. 2019, § 830 Rn. 19; Sprau in: Palandt, BGB (Fn. 1), § 830 Rn. 1.

<sup>13</sup> Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 42. Aufl. 2018, § 51 Rn. 5; Larenz/Canaris, Schuldrecht BT II/2, 13. Aufl. 1994, § 82 II 1 c; Looselders, Schuldrecht BT, 13. Aufl. 2018, Rn. 1396; Wagner in: Münchener Kommentar zum BGB, Band VI, 7. Aufl. 2017, § 830 Rn. 46.

<sup>14</sup> Förster in: Beck-Online Großkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Stand: 01.03.2019, BGB § 830 Rn. 40.

<sup>15</sup> M. Schwab, Schuldrecht BT: Alternativtäterschaft bei der Tierhalterhaftung, Anm. zu BGH, VI ZR 25/17, JuS 2018, 1239 (1240).

<sup>16</sup> RGZ 102, 316.

Anwendung im Rahmen der Gefährdungshaftung zu einer zu weitgehenden Ausdehnung, da neben dem entfallenden Verschuldensnachweis zusätzlich noch der Kausalitätsnachweis entfiel.<sup>17</sup>

Nach heutiger Rechtsprechung<sup>18</sup> und der herrschenden Literatur<sup>19</sup> kommt eine Anwendbarkeit des § 830 Abs. 1 S. 2 BGB für alle Haftungstatbestände der §§ 823 ff. BGB – einschließlich der Gefährdungshaftung – in Betracht.

## 2. Voraussetzungen

§ 830 Abs. 1 S. 2 BGB setzt voraus, dass die in Anspruch genommene Person mit Ausnahme des Kausalitätsnachweises den vollen Tatbestand der Haftungsnorm verwirklicht hat. Es entfällt lediglich der Nachweis der haftungs begründenden Kausalität.<sup>20</sup> Sie soll aber gerade keine Beweiserleichterung für die Frage bewirken, ob die betreffende Person überhaupt als deliktisch Verantwortlicher in Betracht kommt.<sup>21</sup>

Die B müsste also Beteiligte im Sinne des § 830 Abs. 1 S. 2 BGB sein. Beteiligter ist dabei nur derjenige, dessen Tatbeitrag zu einer rechtswidrigen Gefährdung der Schutzsphäre des Betroffenen geführt hat und zur Herbeiführung der Verletzung geeignet war.<sup>22</sup> Nur so ist gewährleistet, dass § 830 Abs. 1 S. 2 BGB darüber hinweg hilft, Kausalitätszweifel zu überbrücken, und nicht auch darüber, ob der in Anspruch Genommene überhaupt eine unerlaubte Handlung vorgenommen, das heißt unerlaubt und mit Verletzungseignung in die Schutzsphäre des Betroffenen eingegriffen hat.<sup>23</sup> Ein solcher Eingriff in die Schutzsphäre des Betroffenen liegt im Fall der Gefährdungshaftung noch nicht allein in dem – abstrakt gefährlichen – Verhalten, an das der jeweilige Gefährdungstatbestand anknüpft, wie etwa dem Halten eines Tieres im Rahmen von § 833 BGB.<sup>24</sup> Vielmehr ist darüber hinaus erforderlich, dass eine konkrete Gefährdung vorliegt, die geeignet ist, den eingetretenen Schaden zu verursachen.<sup>25</sup> Für die Tierhalterhaftung aus § 833 S. 1 BGB bedeutet dies, dass sich in dem Verhalten aller als Schadensverursacher

infrage kommenden Tiere eine spezifische Tiergefahr gezeigt haben muss und dass diese spezifische Tiergefahr im Hinblick auf den eingetretenen Schaden kausalitäts geeignet war.<sup>26</sup>

Nach Ansicht des BGH konnte nicht festgestellt werden, ob die Stute der B überhaupt an der den Vorfall auslösenden Unruhe beteiligt gewesen ist oder aber während des verletzungursächlichen Vorgangs unbeteiligt abseitsstand.

Es steht also bereits nicht fest, ob überhaupt irgendein Verhalten des Pferdes der B vorliegt, welches – unmittelbar oder mittelbar – ursächlich für die Verletzung der Stute der A gewesen sein könnte. In Frage steht somit nicht nur das Vorliegen des Zurechnungszusammenhangs, sondern auch schon, ob B als Tierhalterin überhaupt deliktisch verantwortlich ist, wofür § 830 Abs. 1 S. 2 BGB jedoch gerade keine Beweiserleichterung anordnet. Somit ist B nicht Beteiligte und es liegt keine unerlaubte Handlung im Sinne des § 830 Abs. 1 S. 2 BGB vor.

## V. Ergebnis

A hat gegen B keinen Anspruch auf Ersatz der Heilbehandlungskosten.

### Anmerkung: Handeln auf eigene Gefahr

Sollte man eine Beteiligung von B entgegen der Auffassung des BGH bejahen, müsste man sich fragen, ob neben dem Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 833 S. 1 BGB – Schaden und haftungsausfüllende Kausalität – ein Wegfall beziehungsweise eine Minderung des Ersatzanspruchs nach dem Grundsatz des „Handeln auf eigene Gefahr“ in Betracht kommt. Ein „Handeln auf eigene Gefahr“ liegt vor, wenn sich jemand bewusst in eine Situation drohender Eigengefährdung begibt.<sup>27</sup> Dies setzt die Übernahme von Risiken voraus, die über das übliche Maß hinausgehen. Bei der Tierhalterhaftung greift dieser Ansatz nur dann ein, wenn sich der Verletzte bewusst den Risiken aussetzt, die über die normale Tiergefahr hinausgehen.<sup>28</sup>

<sup>17</sup> Schantl, Zum Anwendungsbereich des § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB, VersR 1981, 105.

<sup>18</sup> BGH NJW 2018, 3439 (3439); NJW 1987, 2810 (2812); NJW 1971, 509 (510).

<sup>19</sup> Förster in: BeckOGK (Fn. 14), BGB § 830 Rn. 43; Katzenmeier in: NK-BGB, 3. Aufl. 2016, § 830 Rn. 4; Staudinger in: HK-BGB (Fn. 13), § 830 Rn. 3; Teichmann in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), 17. Aufl. 2018, § 830 Rn. 2; Wagner in: MüKoBGB (Fn. 13), § 830 Rn. 49.

<sup>20</sup> BGH NJW 1999, 3633 (3635); NJW 1994, 932 (934).

<sup>21</sup> BGH NJW 1984, 1226 (1230); NJW 1989, 2943 (2944).

<sup>22</sup> BGH NJW 2018, 3439 (3440).

<sup>23</sup> BGH NJW 2018, 3439 (3440).

<sup>24</sup> BGH NJW 2018, 3439 (3440).

<sup>25</sup> BGH NJW 2018, 3439 (3440).

<sup>26</sup> BGH NJW 2018, 3439 (3440).

<sup>27</sup> Hager in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2017, Vor §§ 823ff. Rn. 48.

<sup>28</sup> BGH NJW 2013, 2661.

Das Berufungsgericht führte in seinem Urteil<sup>29</sup> aus, dass eine Minderung der Ersatzpflicht nach dem Grundsatz des „Handelns auf eigene Gefahr“ anzurechnen sei. Nach Ansicht des OLG nehme derjenige, der aus Gründen der artgerechten Haltung oder aus Kostengründen sein Pferd gemeinsam mit anderen Pferden unterbringt und dabei auf eine ständige Aufsicht verzichtet, in Kauf, dass eine konkrete Schadensverursachung und -zurechnung gegebenenfalls nicht nachgewiesen werden kann. Diese Beweisschwierigkeiten müsse der Geschädigte dann auf sich nehmen.

Ähnlich entschied das OLG Köln<sup>30</sup> unter dem Gesichtspunkt des „Handelns auf eigene Gefahr“. Derjenige, der sein Pferd gemeinsam mit anderen Pferden in einer räumlich begrenzten Offenstallanlage unterbringt, nehme eine ständige Interaktion der zur Gruppe gehörenden Pferde auf sich, zu denen auch die in gewissem Umfang unvermeidlichen Auseinandersetzungen um die Rangordnung der Pferde in der Gruppe und die damit verbundenen Drohgebärden, Bisse und Tritte gehörten. Wer sein Pferd dennoch in derartiger Weise mit Rücksicht auf Fragen artgerechter Haltung hält, gebe durch sein Verhalten zu verstehen, dass er das entsprechende Risiko wegen des Tierwohls in Kauf nimmt.

Somit lässt sich konstatieren, dass ein etwaiger Ersatzanspruch der A unter dem Gesichtspunkt des „Handelns auf eigene Gefahr“ zu mindern wäre, denn wer als Pferdehalter sein Tier der unbeaufsichtigten Gefahr der Herde aussetzt, nimmt das Risiko in Kauf, dass sich eine tierspezifische Gefahr mit den damit verbundenen Schwierigkeiten des Kausalitätsnachweises verwirklicht. Hat der Geschädigte durch sein Verhalten gerade dasjenige Risiko übernommen, welches sich in dem Schaden verwirklicht hat, kann sogar ein vollständiger Haftungsausschluss erwogen werden.<sup>31</sup>

Mit der Entscheidung führt der BGH zum einen seine Rechtsprechung fort, die Vorschrift des § 830 Abs. 1 S. 2 BGB neben der Verschuldenshaftung und Haftung aus vermutetem Verschulden auch auf die Gefährdungshaftung anzuwenden. Zum anderen konkretisiert er die Voraussetzungen für die Beteiligung im Rahmen der Gefährdungshaftung (vgl. IV.2).

Die Vorschrift des § 830 Abs. 1 S. 2 BGB ist nicht nur in den bei den Prüfungssämlern beliebten Sachverhalten bedeutsam. Auch kann sie dem Prüfling bei Sachverhalten mit Verkehrsunfällen oder für die Frage der Haftung eines Teilnehmers bei Demonstrationsschäden begegnen, also immer dann, wenn mehrere eine unerlaubte Handlung begehen und die haftungsbegründende Kausalität für den Geschädigten nicht nachweisbar ist.

## VERTIEFUNG

Brade/Gentzsch, Die Haftung von Beteiligten – Grundwissen zu § 830 Abs. 1 S. 2 BGB, JA 2016, 895.

Röpke/Pasch, Anfängerklausur – Zivilrecht: Deliktische Beteiligung mehrerer und Schadenszurechnung – Cave Equos!, JuS 2014, 520.

## FAZIT

§ 830 Abs. 1 S. 2 BGB ist in den Fällen zu prüfen, in denen bei gemeinschaftlichen Handlungen Mehrerer, ohne dass diese Mittäter oder Teilnehmer sind, die Ursächlichkeit der Handlungen für den eingetretenen Schaden nicht mehr festgestellt werden kann. Man spricht in diesem Fall auch von „alternativer Kausalität“.

<sup>29</sup> OLG Schleswig BeckRS 2016, 113846.

<sup>30</sup> OLG Köln BeckRS 2014, 3019.

<sup>31</sup> BGH NJW 1982, 763 (764).

## Beweisverwertungsverbot

stud. iur. Adam Hetka

BGH 1 StR 277/17

Art. 20 Abs. 3, Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 6 Abs. 1 EMRK, §§ 136, 136a StPO

**Sachverhalt (gekürzt und vereinfacht):** Nach einem Räumungsprozess infolge von Mietstreitigkeiten wurde auf Grundlage des Urteils vom zuständigen Gerichtsvollzieher gegen die 75-jährige M und ihre 52-jährige Tochter T, die beide Mieterinnen einer Doppelaushälft waren, die Zwangsräumung festgesetzt. Entsprechend einem von den beiden gefassten Tatplan erwarben sie am Räumungstag in einer nahegelegenen Tankstelle Benzin und brachten es in einem Benzinkanister zum Haus. Beide verteilten dieses anschließend im ganzen Haus und entzündeten es. M und T wurden von der Feuerwehr anschließend mittels eines Drehleitereinsatzes vom Balkon gerettet. Infolge einer explosionsartigen Verpuffung im Dach, der zahlreichen Brandherde und des zur Löschung eingesetzten Löschwassers beim Einsatz der Feuerwehr entstand ein Sachschaden in Höhe von EUR 160.000.

Noch im Bereich des Brandobjekts erhielten M und T von der Kriminalhauptkommissarin K den Hinweis, dass es ihnen nach dem Gesetz freistehe, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen und jederzeit, auch schon vor der Vernehmung, einen von ihnen jeweils zu wählenden Verteidiger zu beauftragen. Daraufhin erklärten M und T gegenüber K, nicht zur Sache aussagen zu wollen.

In der Folgezeit wurde M wegen der Raucheinwirkung in ein Krankenhaus verbracht. Vor der Tat hatte sie eine Überdosis Psychopharmaka zu sich genommen und befand sich bei deutlich erhöhter Pulsfrequenz in der Angst, einen Herzinfarkt oder Schlaganfall zu erleiden. K begleitete M bei der Fahrt und war auch im Behandlungszimmer anwesend, da auf die Frage der K, ob sie das Zimmer verlassen solle, sowohl der behandelnde Arzt als auch M selbst nicht reagiert hatten. Auf Nachfrage des behandelnden Arztes schilderte M gegenüber diesem in Anwesenheit der K den Tathergang, um die dringend erforderliche ärztliche Behandlung zu ermöglichen.

M und T wurden schließlich vor dem Landgericht wegen vorsätzlicher Brandstiftung angeklagt. Dabei widersprach sowohl der Verteidiger der M als auch der Verteidiger der T der Verwertung der durch M gemachten Angaben durch eine Vernehmung der K als Zeugin in der Hauptverhandlung rechtzeitig.

**Können die Angaben der M im Behandlungszimmer gegen M oder T verwertet werden?**

### EINORDNUNG

Der zugrundeliegende Fall beschäftigt sich mit den sog. Beweisverwertungsverboten im Strafprozess. Nach dem Untersuchungsgrundsatz sind die Strafverfolgungsorgane von Amts wegen zur Erforschung und Aufklärung des tatsächlichen Sachverhalts verpflichtet, §§ 155 Abs. 2, 160 Abs. 2, 244 Abs. 2 StPO. Dafür müssen grundsätzlich alle erreichbaren Beweismittel herangezogen werden. Allerdings sieht die StPO keine Wahrheitserforschung „um jeden Preis“ vor.<sup>1</sup> Die Wahrheitserforschung ist damit in einem rechtsstaatlichen Verfahren Grenzen ausgesetzt, welche in bestimmten unzulässigen Beweisarten liegen. Diese Verbote können sich dabei zum einen auf die Beweiserhebung und zum anderen auf die Beweisverwertung

beziehen.<sup>2</sup> Der vorliegende Fall wirft die Frage auf, ob ein Beweisverwertungsverbot vorliegt. Im Rahmen einer solchen StPO-Zusatzfrage in der Examensklausur ist dabei eine Unterscheidung zwischen einem selbstständigen und einem unselbstständigen Beweisverwertungsverbot vorzunehmen.

### LEITSATZ

Die Verletzung der Aussagefreiheit kann auch außerhalb von Vernehmungen nach §§ 136, 136a StPO zu einem Beweisverwertungsverbot führen.

<sup>1</sup> BVerfG JZ 2011, 249 (250); BGHSt 14, 358 (365); 52, 11 (17).

<sup>2</sup> Engländer, Examens-Repetitorium Strafprozessrecht, 9. Auflage 2018, Rn. 246.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

- A. Verwertbarkeit der Angaben bzgl. M
  - I. Unselbstständiges Beweisverwertungsverbot
    - 1. Fehlerhafte Beweisgewinnung**
    - 2. Beweisverwertungsverbot**
  - II. Selbstständiges Beweisverwertungsverbot
- B. Verwertbarkeit der Angaben bzgl. T**
- C. Gesamtergebnis

Die Angaben der M könnten weder zu ihren noch zu Lasten der T verwertet werden, soweit im konkreten Fall ein Beweisverwertungsverbot vorliegt. Dabei ist zwischen den sog. unselbstständigen und selbstständigen Beweisverwertungsverböten zu unterscheiden.<sup>3</sup> Unselbstständige Beweisverwertungsverböte folgen aus einem Verfahrensfehler bei der Beweisgewinnung, also einem Beweiserhebungsverbot.<sup>4</sup> Wenn allerdings die Beweiserhebung rechtmäßig und nur die Verwertung unzulässig ist, so liegt ein selbstständiges Beweisverwertungsverbot vor.<sup>5</sup>

**A. Verwertbarkeit der Angaben der M gegenüber M selbst**  
 Zunächst ist zu prüfen, ob die durch K gewonnenen Erkenntnisse durch die Angaben der M im Behandlungszimmer gegen sie selbst verwertet werden können.

### I. Unselbstständiges Beweisverwertungsverbot

Möglicherweise besteht im Hinblick auf diese Angaben ein unselbstständiges Beweisverwertungsverbot. Dafür müsste zunächst die Beweiserhebung fehlerhaft gewesen sein und zu einem Beweisverwertungsverbot geführt haben.

### 1. Fehlerhafte Beweiserhebung

Die Beweiserhebung wäre fehlerhaft, wenn K gegen die Belehrungspflicht bei Beginn der ersten Verhandlung aus § 136 Abs. 1 S. 2 StPO i.V.m. § 163a Abs. 4 S. 2 StPO verstoßen hat. Danach muss der Beschuldigte bei der ersten Vernehmung durch Beamte des Polizeidienstes darauf hingewiesen werden, dass es ihm nach dem Gesetz freistehe,

sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen und jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung, einen von ihm frei zu wählenden Verteidiger zu konsultieren. Problematisch erscheint an dieser Stelle, ob K die M überhaupt vernommen hat. Nach dem sog. formellen Vernehmungsbegriff setzt eine Vernehmung voraus, dass eine amtliche Verhörperson dem Vernommenen in amtlicher Funktion gegenübersteht und in dieser Eigenschaft Auskunft verlangt.<sup>6</sup> Vorliegend ist K durch ihre bloße Anwesenheit im Behandlungszimmer in Gegenwart der M ihr gegenüber nicht in amtlicher Funktion aufgetreten und hat von ihr in dieser Eigenschaft aktiv keine Auskunft verlangt. Vielmehr ist K passiv im Raum verblieben und hat lediglich zugehört, als M dem Arzt den Tathergang geschildert hat. Damit lag keine Vernehmung vor, sodass kein Verstoß gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO i.V.m. § 163a Abs. 4 S. 2 StPO seitens K besteht.

Allerdings könnte K die Selbstbelastungsfreiheit der M verletzt haben. Der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit ist Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 3 GG und der Grundrechte, insbesondere des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und der Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG und hat damit Verfassungsrang.<sup>7</sup> Er umfasst das Recht auf Aussage- und Entschließungsfreiheit innerhalb des Strafverfahrens. Dazu gehört, dass im Rahmen des Strafverfahrens niemand gezwungen werden darf, sich durch seine eigene Aussage einer Straftat zu bezichtigen oder zu seiner Überführung aktiv beizutragen.<sup>8</sup> Vielmehr hat der Beschuldigte das Recht, frei von Zwang eigenverantwortlich zu entscheiden, ob und gegebenenfalls inwieweit er im Strafverfahren mitwirkt.<sup>9</sup>

Ob M in ihrer Entscheidung, durch die Angaben im Behandlungszimmer zu ihrer Überführung beizutragen, eigenverantwortlich gehandelt hat, ist hier fraglich. Dazu ist eine Gesamtbewertung der Vorgänge im Hinblick auf die ärztliche Untersuchung der M vorzunehmen. Hierbei muss der Umstand Berücksichtigung finden, dass sich M nach der ersten Belehrung im ununterbrochenen polizeilichen Gewahrsam befand, da K die M bei der Fahrt begleitete

<sup>3</sup> Ebd., Rn. 251.

<sup>4</sup> Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 14. Auflage 2018, Rn. 457; Kindhäuser, Strafprozessordnung, 4. Auflage 2016, § 23 Rn. 5; Meyer-Mews, Beweisverwertungsverböte im Strafverfahren, Teil 1, JuS 2004, 39 (39 ff.); Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 9. Auflage 2018, § 28 Rn. 4.

<sup>5</sup> BGHSt 28, 122 (124); Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht (Fn. 4), Rn. 457; Kindhäuser, Strafprozessordnung (Fn. 4), § 23 Rn. 6; Volk/Engländer, Grundkurs StPO (Fn. 4), § 28 Rn. 5.

<sup>6</sup> BGHSt 42, 139 (146); BGH NJW 2018, 1986 (1987); Schmitt in: Meyer/Goßner, Strafprozessordnung, 61. Auflage 2018, § 136a Rn. 4.

<sup>7</sup> BVerfGE 38, 105 (113); 55, 144 (150); 56, 37 (43); 110, 1 (31); BGH NJW 2018, 1986 (1987).

<sup>8</sup> BVerfGE 109, 279 (324); BGH NJW 2018, 1986 (1987).

<sup>9</sup> BVerfGE 38, 105 (113); BGH NJW 2018, 1986 (1987).

und auch im Behandlungszimmer anwesend war. Darüber hinaus war die 75-jährige M aufgrund der zuvor eingenommenen Psychopharmaka in einer gesundheitlich beeinträchtigten Verfassung. Dies ist nicht zuletzt daran erkennbar, dass sich M bei deutlich erhöhter Pulsfrequenz in der Angst befand, einen Herzinfarkt oder Schlaganfall zu erleiden. Schon diese prekäre gesundheitliche Verfassung spricht für eine Lage, in der eine eigenverantwortliche Entscheidung durch M nicht angenommen werden kann. Dies gilt insbesondere deshalb, weil die Angaben zum Tathergang während der ärztlichen Untersuchung notwendig waren, um die dringend erforderliche ärztliche Behandlung zu ermöglichen.

An dieser Bewertung vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass K im Behandlungszimmer die Frage gestellt hatte, ob sie hinausgehen solle, ohne irgendeine Antwort zu erhalten. Zum einen konnte die K das Schweigen nicht automatisch als Zustimmung werten, weil auch die Möglichkeit bestand, dass die Frage weder von M noch von dem Arzt gehört worden war. Vor allem aber ist M aufgrund ihres gesundheitlichen Zustands überhaupt nicht fähig gewesen, die Frage zu verstehen und eigenverantwortlich zu antworten. Somit hat K die Selbstbelastungsfreiheit der M verletzt, so dass die Beweiserhebung im Behandlungszimmer fehlerhaft war.

## 2. Beweisverwertungsverbot

Diese unzulässige Beweisgewinnung müsste nun auch zu einem Beweisverwertungsverbot führen. Eine einheitliche Regel, nach der bestimmt werden kann, wann ein Verstoß gegen ein Erhebungsverbot zu einem Verwertungsverbot führt, konnte aber bisher nicht entwickelt werden.<sup>10</sup> Vielmehr werden als allgemeine Kriterien lediglich verschiedene, sich teilweise überschneidende und ergänzende Ansätze angeführt.<sup>11</sup> Der BGH nimmt dabei regelmäßig eine Abwägung zwischen dem staatlichen Interesse an der Strafverfolgung auf der einen und dem Individualinteresse des Angeklagten auf Wahrung seiner Rechte auf der anderen Seite vor, wobei insbesondere die Schwere des Delikts und das Gewicht des Verfahrensverstoßes wichtig sind. Ein Verwertungsverbot liegt demnach nahe, wenn die verletzte Verfahrensvorschrift dazu bestimmt ist, die Grundlagen der verfahrensrechtlichen Stellung des

Beschuldigten oder Angeklagten im Strafverfahren zu sichern.<sup>12</sup> Dient die verletzte Verfahrensvorschrift demgegenüber nicht oder nicht in erster Linie dem Schutz des Beschuldigten, so liegt ein Verwertungsverbot fern.<sup>13</sup> Vorliegend hat K die Selbstbelastungsfreiheit der M verletzt, welche Verfassungsrang genießt und ein absolutes Elementarrecht darstellt. Bei einem Verstoß gegen die Selbstbelastungsfreiheit ist keine Abwägung vorzunehmen, da es sich um ein gerade den Beschuldigten schützendes Verfahrensrecht von überragender Bedeutung handelt, das dazu bestimmt ist, die Grundlage seiner verfahrensrechtlichen Stellung im Strafverfahren zu sichern.<sup>14</sup>

**Anmerkung:** Da die Verteidiger der M als auch der Verteidiger der T der Verwertung der durch M gemachten Angaben durch eine Vernehmung der K als Zeugin in der Hauptverhandlung rechtzeitig widersprochen haben, kann es ferner offen bleiben, ob es im konkreten Fall hinsichtlich des Verfahrensverstoßes auch eines Widerspruchs bedurfte. Damit liegt hier ein Beweisverwertungsverbot vor.

## II. Selbstständiges Beweisverwertungsverbot

Daneben könnten die Angaben der M im Gespräch der M mit dem behandelnden Arzt auch deshalb unverwertbar sein, weil der Kernbereich der Privatsphäre der M betroffen und sie damit in ihrem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1, i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verletzt sein könnte. Ist der Kernbereich betroffen, sind Ermittlungsmaßnahmen bereits unzulässig und es liegt automatisch ein selbstständiges Beweisverwertungsverbot vor.<sup>15</sup> Die Feststellung, ob der Kernbereich bei einem Arzt-Patienten-Gespräch betroffen ist, muss regelmäßig unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls erfolgen.<sup>16</sup> Vorliegend kann angeführt werden, dass K gefragt hatte, ob sie das Behandlungszimmer verlassen solle und darauf keine Antwort erhalten hatte. Aufgrund der prekären gesundheitlichen Verfassung und ihres Alters ist jedoch nicht sicher, ob die Situation von M richtig eingeschätzt worden ist. Vielmehr dienten die Angaben der M dazu, die dringend erforderliche ärztliche Behandlung zu ermöglichen. Damit bestand zwischen ihr und ihrem Arzt ein Vertrauensverhältnis, welches an dieser Stelle eine besondere Schutzwürdigkeit aufweist. Vor

<sup>10</sup> Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht (Fn. 4), Rn. 457; Engländer, Examens-Repetitorium Strafprozessrecht (Fn. 2), Rn. 254.

<sup>11</sup> Engländer, Examens-Repetitorium Strafprozessrecht (Fn. 2), Rn. 254.

<sup>12</sup> BGHSt 38, 214 (219f).

<sup>13</sup> BGHSt 38, 214 (219f).

<sup>14</sup> BVerfGE 56, 37.

<sup>15</sup> BVerfGE 129, 208 (265f).

<sup>16</sup> BVerfGE 129, 208.

diesem Hintergrund muss der Kernbereich der privaten Lebensführung als betroffen angesehen werden. Daher ist das Vorliegen eines selbstständigen Beweisverwertungsverbots zu bejahen.

### B. Verwertbarkeit der Angaben der M gegenüber T

Fraglich ist des Weiteren, ob die Angaben der M auch gegenüber T einem Beweisverwertungsverbot unterliegen. Die Frage, ob ein Verwertungsverbot auch zu Gunsten eines Mitbeschuldigten gilt und damit eine Drittirkung entfalten kann, wird nicht einheitlich beantwortet. Eine in der Literatur teilweise vertretene Ansicht argumentiert, dass der Grundsatz des fairen Verfahrens in diesem Fall eine Erstreckung des Verwertungsverbots auch auf den Mitbeschuldigten erfordere, da ansonsten von zwei bewusst nicht belehrten Beschuldigten der eine jeweils aufgrund der fehlerhaft gewonnenen Aussage des anderen verurteilt werden könnte.<sup>17</sup> Demgegenüber lehnt die Rechtsprechung eine Erstreckung mit der Begründung ab, dass die Verletzung von Verfahrensrechten in der Regel ausschließlich den Schutz des Betroffenen bezweckt und nur seinen Rechtskreis berührt.<sup>18</sup> Jedoch kommt der BGH ausnahmsweise dann zu einer Drittirkung, wenn der verbotene Beweis in einem gemeinsamen Verfahren zugleich gegen den unmittelbar Betroffenen und den Mitbeschuldigten verwertet werden soll oder wenn dem Schutzzweck der Beweiserhebungsnorm nur Genüge getan werden kann, wenn die Verwertung auch für und gegen Dritte verboten ist.<sup>19</sup> Vorliegend sollen die Angaben der M in einem gemeinsamen Verfahren zugleich gegen sie und gegen T verwertet werden. Daneben ist es im Hinblick auf den Eingriff in fundamentale Verfahrensrechte der M, namentlich die Selbstbelastungsfreiheit und den nach Art 1. Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG absolut geschützten Kernbereich der Privatsphäre geboten, gegenüber T ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen. Das muss insbesondere deshalb gelten, weil M gegenüber ihrer Tochter T ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO zusteht. Da in diesem Fall somit übereinstimmend ein Beweisverwertungsverbot angenommen wird, kann ein Streitentscheid dahinstehen. Mithin unterliegen die Angaben der M auch gegenüber T einem Beweisverwertungsverbot.

### III. Gesamtergebnis

Die Angaben der M können weder gegen sie selbst noch gegen T verwertet werden.

### FAZIT

Der BGH verdeutlichte in seiner Entscheidung den hohen Stellenwert der Selbstbelastungsfreiheit und kam überzeugenderweise zur Annahme eines Beweisverwertungsverbots. Obwohl es in der Praxis auf die genaue Unterscheidung zwischen einem selbstständigen und unselbstständigen Beweisverwertungsverbot nicht ankommt, wird dies in der Examensklausur von den Bearbeitenden regelmäßig in einer gutachterlichen Lösung abverlangt. Das bietet sich auch in Form einer Revisionsprüfung an, in der sich hinsichtlich etwaiger Verfahrensfehler auch die Frage nach Beweisverwertungsverbots stellt.

<sup>17</sup> Gleß in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: StPO, Band 4: §§ 112 – 150, 26. Auflage 2007, § 136 Rn. 90.

<sup>18</sup> BGHSt 53, 191.

<sup>19</sup> BGHSt 57, 71; Schmitt in: Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung (Fn. 6), Einl. Rn. 57b.

## Beschädigte Mietwohnung

stud. iur. Jonas Hiller

BGH VIII 157/17

§§ 241, 249, 280, 281, 535, 538, 546, 823 BGB

M war von 2004 bis Mitte Januar 2012 Mieter einer dem V gehörenden Wohnung. Bei der Rückgabe der Wohnung am 25.02.2012 fielen verschiedene Schäden auf. Unter anderem hatte sich durch falsches Lüftungsverhalten von M in mehreren Räumen Schimmel gebildet. Zudem hatte M Kalkschäden an Badezimmerarmaturen und Lackschäden an einem Heizkörper verursacht. V verlangt von M deswegen Schadensersatz. Eine Frist zur Beseitigung etwaiger Mängel hatte er ihm zuvor nicht gesetzt.

**Kann V von M Schadensersatz verlangen?**

### EINORDNUNG

Ein Mieter ist gem. § 546 Abs. 1 BGB verpflichtet, die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses an den Vermieter zurückzugeben. Dazu muss er dem Vermieter den unmittelbaren Besitz an der Mietsache einräumen.<sup>1</sup> Oft werden Mietsachen jedoch – wie auch im vorliegenden Fall – in einem beschädigten Zustand zurückgegeben. Dann stellt sich die Frage, nach welchen Normen der Vermieter Schadensersatz für diese Schäden verlangen kann.

Einerseits könnte man in der Beschädigung der Mietsache eine reine Nebenpflichtverletzung aus dem Mietvertrag sehen. Dann wäre der „einfache Schadensersatz“ neben der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 Var. 2 BGB einschlägig und der Vermieter könnte die Schäden sofort liquidieren. Andererseits könnte auch angenommen werden, dass eine Schlechterfüllung des Rückgabeanspruchs des Vermieters gegen den Mieter aus § 546 Abs. 1 BGB vorliegt, sodass der Mieter durch die Beschädigung eine Leistungspflicht verletzt hätte. Dann wäre §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB einschlägig. Dies hätte zur Folge, dass der Vermieter dem Mieter erst eine Frist zur Beseitigung der Schäden setzen müsste, bevor er den Schaden als Schadensersatz statt der Leistung liquidieren kann. Für eine ohne Fristsetzung ausgeführte Beseitigung der Schäden würde der Vermieter dagegen keinen Ersatz erhalten.<sup>2</sup>

In dem hier dargestellten Urteil ist nun erstmals eine höchstrichterliche Entscheidung zu dieser Frage gefallen. Der BGH schließt sich der wohl herrschenden Meinung im Schrifttum an, indem er in der Beschädigung der Mietsache lediglich eine Nebenpflichtverletzung sieht. Daraus folgt, wie schon skizziert, dass der Vermieter Schadensersatz neben der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 Var. 2 BGB fordern kann, ohne dem Mieter vorher eine Frist setzen zu müssen.

### LEITSATZ

Schäden an der Sachsubstanz der Mietsache, die durch eine Verletzung von Obhutspflichten des Mieters entstanden sind, hat dieser nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB als Schadensersatz neben der Leistung nach Wahl des Vermieters durch Wiederherstellung (§ 249 Abs. 1 BGB) oder durch Geldzahlung (§ 249 Abs. 2 BGB) zu ersetzen. Einer vorherigen Fristsetzung des Vermieters bedarf es dazu nicht. Das gilt unabhängig von der Frage, ob es um einen Schadensausgleich während eines laufenden Mietverhältnisses oder nach dessen Beendigung geht.

<sup>1</sup> Weidenkaff in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), 78. Aufl. 2019, § 546 Rn. 4.

<sup>2</sup> Fervers, Fristsetzungserfordernis für Vermieteransprüche bei Verletzung vertraglicher Pflichten, WuM 2017, 429 (429f).

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB

- I. Wirksamer Mietvertrag als Schuldverhältnis
- II. Nicht- oder Schlechterbringung einer fälligen und möglichen Leistungspflicht
  - 1. Keine Verschlechterung im Rahmen von § 538 BGB

### **2. Verletzung einer Leistungspflicht**

- a) e.A.: § 546 Abs. 1 BGB regelt Pflicht zur Rückgabe im ordnungsgemäßen Zustand
- b) BGH: § 546 Abs. 1 BGB trifft keine Regelung über Zustand der Mietsache
- c) Stellungnahme

### III. Ergebnis

B. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 Var. 2 BGB

- I. Schuldverhältnis
- II. Pflichtverletzung
- III. Vertretenmüssen

### IV. Ergebnis

C. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 Abs. 1 BGB

D. Gesamtergebnis

### **A. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 S.1 BGB**

V könnte gegen M einen Anspruch auf Schadensersatz für die beschädigte Mietwohnung gem. §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB haben.

#### **I. Wirksamer Mietvertrag als Schuldverhältnis**

Es müsste ein wirksames Schuldverhältnis vorliegen. Ein solches bestand zwischen M und V in Form eines Mietvertrages gem. § 535 BGB.

#### **II. Nicht- oder Schlechterbringung einer fälligen und möglichen Leistungspflicht**

M müsste eine Leistung aus dem Mietvertrag nicht oder nicht wie geschuldet erbracht und somit eine Leistungspflichtverletzung begangen haben. Leistungspflichten zeichnen sich dadurch aus, dass sie auf eine Änderung der Güterlage abzielen.<sup>3</sup> Vorliegend könnte eine

Leistungspflicht von M bestehen, die Mietsache im unbeschädigten Zustand zurückzugeben. Diese Pflicht könnte durch den verschlechterten Zustand der Wohnung im Zeitpunkt der Rückgabe verletzt worden sein.

#### **1. Keine Verschlechterung im Rahmen von § 538 BGB**

Dem könnte zunächst § 538 BGB entgegenstehen, wonach der Mieter solche Verschlechterungen der Mietsache, welche durch den vertragsgemäßen Gebrauch herbeigeführt werden, nicht zu vertreten hat.

**Anmerkung:** Entgegen des missverständlichen Wortlauts von § 538 BGB „nicht zu vertreten“ ist dies beim Prüfungspunkt Pflichtverletzung und nicht beim Vertretenmüssen zu thematisieren. § 538 BGB soll lediglich klarstellen, dass die durch vertragsgemäßen Gebrauch herbeigeführte Verschlechterungen keine Pflichtverletzungen des Mieters darstellen.<sup>4</sup>

Der Schimmelbefall ist auf ein falsches Lüftungsverhalten von M zurückzuführen, welches nicht zum vertragsgemäßen Gebrauch einer Mietwohnung gehört. Auch Kalk- und Lackschäden lassen sich nicht auf die vertragsgemäße Nutzung einer Wohnung stützen. Die Verschlechterungen der Mietsache bewegen sich somit nicht im Rahmen von § 538 BGB.

#### **2. Verletzung einer Leistungspflicht**

Es ist umstritten, ob es sich bei der Beschädigung der Mietwohnung um die Verletzung einer Leistungspflicht oder lediglich um eine Nebenpflichtverletzung handelt.

##### **a) e.A.: § 546 Abs. 1 BGB regelt Pflicht zur Rückgabe im ordnungsgemäßen Zustand**

Nach einer in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansicht ist ein Mieter gem. § 546 Abs. 1 BGB verpflichtet, die Mietsache nach Ende der Mietzeit im ordnungsgemäßen Zustand an den Vermieter zurückzugeben.<sup>5</sup> Indem M die Wohnung beschädigt zurückgab, hätte er nach dieser Ansicht eine Leistungspflicht aus dem Mietvertrag verletzt.

<sup>3</sup> Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2018, § 1 Rn. 10.

<sup>4</sup> H. Schmidt in: Beck-Online Großkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Stand: 01.01.2019, § 538 Rn. 4.

<sup>5</sup> OLG Köln BeckRS 2016, 3916 (3916); Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl. 2014, Kap. V.A Rn. 35; Krämer, Die Haftung des Mieters für Schäden der Mietsache nach der Schuldrechtsreform, in: Börstinghaus/Eisenschmid (Hrsg.), Festschrift für Hubert Blank zum 65. Geburtstag, 2006, 281 (289).

**b) BGH: § 546 Abs. 1 BGB trifft keine Regelung über Zustand der Mietsache**

Nach Ansicht des BGH trifft § 546 Abs. 1 BGB dagegen keine Regelungen über den Zustand der zurückgegebenen Mietsache, sondern fordert nur die Zurückgabe an sich.<sup>6</sup> Demnach könnten die Beschädigungen in der Wohnung des V keine Verletzung der Leistungspflicht zur Rückgabe darstellen. Vielmehr käme lediglich eine Schutzpflichtverletzung von M gem. § 241 Abs. 2 Var. 2 BGB in Betracht, indem er die Pflicht zur Rücksichtnahme auf das Rechtsgut Eigentum von V missachtete.

**c) Stellungnahme**

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Bei Annahme einer Leistungspflicht ist ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB möglich, wogegen bei Annahme einer Schutzpflichtverletzung lediglich „einfacher“ Schadensersatz neben der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 Var. 2 BGB in Betracht kommt.

Die Literaturansicht, welche in der ordnungsgemäßen Rückgabe der Mietsache eine Leistungspflicht sieht, argumentiert vor allem mit dem Wortlaut „zurückgeben“ in § 546 Abs. 1 BGB. Dies setze nach dem Wortsinn voraus, dass sich die Mietsache im gleichen Zustand befinden muss, in welchem sie sich befand, als sie dem Mieter überlassen wurde. Der Vermieter müsse lediglich Abnutzungsercheinungen im Rahmen des vertragsgemäßen Gebrauchs gem. § 538 BGB hinnehmen.<sup>7</sup>

Der BGH argumentiert dagegen, dass der Zustand der Mietsache für die Rückgabe selbst ohne Bedeutung ist. Hierzu wird zunächst ausgeführt, nach welchen Kriterien die Abgrenzung von Leistungs- und Nebenpflichten erfolgt. Demnach zielen nach der Konzeption des Gesetzgebers die Leistungspflichten auf eine Veränderung der Güterlage des Gläubigers ab, wogegen die Schutzpflichten als Nebenpflichten dazu dienen, die gegenwärtige Güterlage der am Schuldverhältnis Beteiligten vor rechtswidrigen Beeinträchtigungen zu schützen. Die Nebenpflichten begleiten das Schuldverhältnis lediglich, ohne selbst leistungsbezogen zu sein und stehen somit

außerhalb des schuldrechtlichen Leistungsprogramms. Dagegen bildet der bei Nicht- oder Schlechterfüllung einer Leistungspflicht geschuldete Schadensersatz das Surrogat der zur Erfüllung führenden Leistung.<sup>8</sup>

Für Beschädigungen an der Mietsache folgt daraus, dass es darauf ankommt, ob die Substanzbeeinträchtigung vom schuldrechtlichen Leistungsprogramm umfasst war, d.h. ob sie innerhalb der vertraglichen Befugnisse stattfand.<sup>9</sup> Vorliegend hatte M keine Berechtigung aus dem Mietverhältnis, die Mietsache zu beschädigen. Die Beschädigung steht außerhalb des mietrechtlichen Leistungsprogramms. Vielmehr liegt ein rechtswidriger Eingriff in das Rechtsgut Eigentum von V vor. Folglich würde es sich demnach nicht um die Verletzung einer Leistungspflicht, sondern einer Schutzpflicht gem. § 241 Abs. 2 Var. 2 BGB handeln.

Gegen einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung über § 281 BGB führt der BGH zudem an, dass der Vermieter so seiner Ersetzungsbefugnis im Rahmen von § 249 BGB beraubt würde.

Denn bei einem Schadensersatz statt der Leistung kann Naturalrestitution gem. § 281 Abs. 4 BGB in Form der Be seitigung der Beschädigung gerade nicht mehr vom Vermieter gefordert werden. Vielmehr ist der Anspruch von Anfang an direkt auf Geldzahlung gerichtet.<sup>10</sup>

Dagegen sind beim „einfachen“ Schadensersatz gem. § 280 Abs. 1 BGB die Bestimmungen von § 249 BGB uneingeschränkt anwendbar. Dem Vermieter als Geschädigten steht dabei ein Wahlrecht zwischen der in § 249 Abs. 1 BGB geregelten Naturalrestitution oder dem in § 249 Abs. 2 S. 1 BGB geregelten Anspruch auf Zahlung des zur Wiederherstellung erforderlichen Geldbetrages zu.<sup>11</sup> Diese Ersetzungsbefugnis soll den Geschädigten davor schützen, die Schadensbeseitigung dem Schädiger anvertrauen zu müssen. Hierdurch werden nicht nur Abwicklungs schwierigkeiten darüber vermieden, ob eine Schadensbeseitigung gelungen ist. Die Ersetzungsbefugnis sichert dem Geschädigten auch das Recht, sich an seinen eigenen Wiederherstellungsinteressen zu orientieren und sich nicht auf die gegenläufigen Interessen des Schädigers an etwa einer möglichst kostengünstigen Wiederherstellung einlassen zu müssen.<sup>12</sup>

Dies muss auch für Beschädigungen an der Substanz einer

<sup>6</sup> BGH NJW 2018, 1746 (1748).

<sup>7</sup> Streyl, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht (Kommentar), 13. Auflage 2017, § 546 Rn. 36.

<sup>8</sup> BGH NJW 2018, 1746 (1747).

<sup>9</sup> Fervers (Fn. 2), WuM 2017, 429 (434).

<sup>10</sup> BGH NJW 2018, 1746 (1748).

<sup>11</sup> ebenda.

<sup>12</sup> ebenda.

Mietsache gelten. Der Vermieter soll entscheiden können, ob er die Beseitigung der Beschädigungen dem Mieter überlässt oder ob er den dafür erforderlichen Geldbetrag verlangt. Eine Anwendung von § 281 BGB würde aber dazu führen, dass der Vermieter seine Ersetzungsbefugnis verliert und würde demnach die in § 249 BGB getroffene Regelung ohne zwingenden Grund in ihr Gegenteil verkehren.<sup>13</sup>

Auch würde eine Anwendung von § 281 BGB zu einer nicht erklärbaren Benachteiligung des Vermieters führen, wenn er den Schadensersatzanspruch nicht schon vor, sondern – wie vorliegend auch der Fall – erst nach Beendigung des Mietverhältnisses geltend macht.<sup>14</sup>

Schon während des bestehenden Mietverhältnisses ist der Mieter zur Rücksichtnahme auf die Rechtsgüter des Vermieters gem. § 241 Abs. 2 Var. 2 BGB verpflichtet. So hat ein Mieter die ihm überlassenen Mieträume in einem dem vertragsgemäßen Gebrauch nach Maßgabe von § 538 BGB entsprechenden Zustand zu halten, insbesondere die Räume aufgrund der aus der Besitzübertragung folgenden Obhutspflicht schonend und pfleglich zu behandeln sowie alles zu unterlassen, was zu einer von § 538 BGB nicht mehr gedeckten Verschlechterung führen kann.<sup>15</sup> Daraus folgt, dass bereits bei Beschädigung der Mietsache während des Mietverhältnisses ein Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 Var. 2 BGB entstehen würde. Dieser wäre gem. § 271 Abs. 1 BGB sofort fällig, ohne dass es hierfür einer Fristsetzung bedürfe.<sup>16</sup>

Eine Verletzung der Rückgabepflicht gem. § 546 Abs. 1 BGB kann zu diesem Zeitpunkt noch nicht bestehen, denn die Rückgabepflicht entsteht erst mit Beendigung des Mietverhältnisses.

Wenn entgegen der Ansicht des BGH angenommen werden würde, dass der ordnungsgemäße Zustand der Mietsache bei Rückgabe gem. § 546 Abs. 1 BGB Teil des Leistungsinteresses wäre, könnte Schadensersatz ab Zeitpunkt der Rückgabepflicht nur noch nach §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB geltend gemacht werden. Dies würde aber bedeuten, dass der Vermieter dem Mieter gem. § 281 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich eine Frist zur Nacherfüllung setzen müsste.<sup>17</sup>

Es käme zu dem widersprüchlichen Ergebnis, dass der Vermieter während des Mietverhältnisses sofort Schadensersatz verlangen kann, ab Zeitpunkt der Beendigung jedoch für die gleichen Schäden auf einmal eine Frist setzen müsste.<sup>18</sup>

Auch ein Gleichlauf mit dem Deliktsrecht spricht für eine direkte Anwendung von § 280 Abs. 1 BGB und gegen § 281 BGB. Denn wenn ein Mieter eine im Eigentum des Vermieters stehende Mietsache rechtswidrig und schuldhaft beschädigt, entsteht in der Regel auch ein Schadensersatzanspruch gem. § 823 Abs. 1 BGB, der wie § 280 Abs. 1 BGB eine Fristsetzung gerade nicht voraussetzt.<sup>19</sup>

### **III. Ergebnis**

Die besseren Argumente sprechen daher dafür, in der Beschädigung der Mietwohnung keine Verletzung der Leistungspflicht aus § 546 Abs. 1 BGB, sondern eine Schutzpflichtverletzung gem. § 241 Abs. 2 Var. 2 BGB zu sehen. V hat gegen M mithin keinen Anspruch gem. §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB.

### **B. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 Var. 2 BGB**

Ein Anspruch auf Schadensersatz könnte sich dagegen aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 Var. 2 BGB ergeben.

#### **I. Schuldverhältnis**

Mit dem Mietvertrag besteht ein wirksames Schuldverhältnis.

#### **II. Pflichtverletzung**

Bei der Beschädigung der Mietwohnung handelt es sich nicht um die Verletzung einer Leistungspflicht aus dem Mietverhältnis gem. § 546 Abs. 1 BGB. Aus dem Mietvertrag erwachsen jedoch auch Schutzpflichten gem. § 241 Abs. 2 Var. 2 BGB. Eine solche Pflicht hat M verletzt, indem er die Beschädigungen an der Mietwohnung verursacht hat.

#### **III. Vertretenmüssen**

Das Vertretenmüssen wird gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB grundsätzlich widerlegbar vermutet. Vorliegend scheitert eine Exkulpation von M aufgrund seines nachweislichen Verschuldens aus.

<sup>13</sup> ebenda.

<sup>14</sup> Fervers (Fn. 2), WuM 2017, 429 (430).

<sup>15</sup> BGH NJW 2018, 1746 (1747).

<sup>16</sup> BGH NJW 2018, 1746 (1746).

<sup>17</sup> Fervers (Fn. 2), WuM 2017, 429 (430).

<sup>18</sup> ebenda.

<sup>19</sup> ebenda.

#### IV. Ergebnis

V hat gegen M einen Anspruch auf Ersatz der an der Wohnung verursachten Schäden gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 Var. 2 BGB.

#### C. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 Abs. 1 BGB

Weiterhin könnte sich ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB ergeben.

Dafür müsste M ein in § 823 Abs. 1 BGB genanntes Recht oder Rechtsgut von V verletzt haben. Es wurde die Mietwohnung, welche im Eigentum von V steht, beschädigt. Es liegt somit eine Eigentumsverletzung vor.

Diese Rechtsverletzung müsste M kausal, rechtswidrig und schuldhaft verursacht haben. Die Beschädigungen sind auf einen sorglosen Umgang von M mit der Wohnung, wie zum Beispiel ein falsches Lüftungsverhalten, zurückzuführen. M hat die Eigentumsverletzung mithin haftungsbegründend kausal verursacht. Die Rechtswidrigkeit der Verletzungshandlung wird indiziert.<sup>20</sup> Auch lässt M durch den sorglosen Umgang mit der Mietwohnung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht, sodass er zumindest fahrlässig gem. § 276 Abs. 2 BGB und damit schuldhaft handelte.

Die Substanzverletzungen am Eigentum von V stellen einen Schaden dar, welcher haftungsausfüllend kausal durch die Rechtsverletzung von M verursacht wurde.

V hat gegen M somit auch einen Schadensersatzanspruch gem. § 823 Abs. 1 BGB.

**Anmerkung:** Die kurze Verjährungsfrist von § 548 Abs. 1 BGB wird auf konkurrierende deliktische Ansprüche analog angewendet, da ansonsten die Privilegierung des Mieters weitgehend leerlaufen würde.<sup>21</sup> Somit verjährt auch dieser Anspruch innerhalb von sechs Monaten.

#### D. Gesamtergebnis

V hat gegen M einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 Var. 2 BGB sowie aus § 823 Abs. 1 BGB.

#### FAZIT

Die Annahme einer Leistungspflicht und die damit verbundene Anwendung von § 281 BGB führt zu nicht sachgerechten Ergebnissen, sodass der Weg über den „einfachen“ Schadensersatz gem. § 280 Abs. 1 BGB vorzugswürdig erscheint.

Inzwischen hat sich auch der XII. Zivilsenat in einer neueren Entscheidung<sup>22</sup> dieser Rechtsprechung angeschlossen.

Zu beachten ist jedoch, dass diese Entscheidung nur die Thematik von vertragswidrigen Beschädigungen der Mietwohnung betrifft. Sie lässt sich nicht ohne Weiteres auf Fallkonstellationen übertragen, in denen der Mieter zulässig übertragene Schönheitsreparaturen nicht vornimmt. In diesem Fall wird die Vornahme der Schönheitsreparatur Teil des schuldrechtlichen Leistungsprogramms, sodass eine Leistungspflicht vorliegt. Folglich ist dann § 281 BGB anwendbar.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> Sprau in: Palandt (Fn. 1), § 823 Rn. 24.

<sup>21</sup> Weidenkaff in: Palandt (Fn. 1), § 548 Rn. 7.

<sup>22</sup> BGH NJW-RR 2018, 1103.

<sup>23</sup> Fervers (Fn. 2), WuM 2017, 429 (435).

## Keine Mietminderung bei älteren Wohnungen aufgrund bloßer Schimmelpilzgefahr

stud. iur. Anna Ordina

BGH VIII ZR 271/17 & VIII ZR 67/18

§§ 535 Abs. 1 S. 2, 536 Abs. 1, 536a, 549 Abs. 1 BGB

K ist Mieter einer Wohnung. In seinem Mietvertrag sind keine besonderen Beschaffenheiten vereinbart. Festgehalten sind die Vertragsparteien, Preis und Fläche der Wohnung sowie die auf das Wohnen beschränkte Nutzung der Wohnung. K bewohnt die in einem fast 40 Jahre alten Mehrfamilienhaus gelegene Wohnung seit über 30 Jahren.

Das Schlafzimmer der Mietwohnung wird auf mindestens 16 Grad Celsius und die übrigen Räume auf mindestens 20 Grad Celsius geheizt, was einem normalen Heizverhalten entspricht. Die zwei Personen des Mieterhaushalts von K duschen pro Tag 20 Minuten und lüften die Wohnung zweimal täglich für fünf bis zehn Minuten „auf Stoß“. Als sich Schimmelpilze bilden, macht K eine Mietminderung geltend.

Vermieterin V ist der Auffassung, dass sie nicht bezahlen müsse, bevor ein Gutachter festgestellt habe, warum es zum Schimmelpilzbefall gekommen sei. Der Sachverständige stellt fest, dass bei diesem Lüftungsintervall 13 bis 17 Minuten oder dreimal zehn Minuten gelüftet werden muss, um wegen bauseitiger Wärmebrücken die Gefahr von Schimmelbildung zu bannen. Wärmebrücken sind Bereiche in Bauteilen eines Gebäudes, die Wärme besser leiten als andere Bereiche. Dadurch wird Wärme schneller nach außen transportiert und Temperaturgefälle sowie Niederschlagswasser können die Folge sein. Zum Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes sind moderne, baurichtlinienkonforme Materialien verwendet worden, die noch als aktuell angesehen werden konnten, als K die Wohnung bezogen hat. Die Entstehung der Wärmebrücken kann zwar heute beim Bau neuer Gebäude verhindert werden, war aber zur Zeit der Errichtung des Mietshauses normaler Baustandard.

K ist der Auffassung, dass es nach heutigen energetischen Standard nicht sein könne, dass Mehrfamilienhäuser Wärmebrücken hätten und deswegen entsprechend häufig zu lüften sei. V ist der Auffassung, dass nicht zwingend der heutige Standard zugrunde zu legen sei, immerhin würde K schon mehrere Jahrzehnte in der Wohnung wohnen.

**Hat K einen Anspruch auf Mietminderung i.S.d. § 536 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB?**

### EINORDNUNG

Der BGH befasst sich in dieser Entscheidung mit der Frage, ob allein die Gefahr eines Mietmangels, konkret das Risiko von Schimmelpilzbildung, bereits einen Mietmangel darstellt, der zur Minderung der Miete berechtigt. Das Minderungsrecht richtet sich nach § 536 BGB. Die Mietminderung setzt voraus, dass die Mietsache zum Zeitpunkt der Überlassung einen Mietmangel aufweist. Dieser Mangel muss die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch aufheben oder mindern. Ferner darf der Mietmangel auch i.S.d. § 536 Abs. 1 S. 3 BGB nicht nur unerheblich sein. Er muss auch tatsächlich die Nutzbarkeit der Mietsache nachteilig und von einiger Dauer beeinflussen.

Weiterhin ist zu beachten, dass, anders als im Kaufrecht, die Mietminderung *ipso iure* eintritt, sodass es keiner Gestaltungserklärung bedarf – es handelt sich um eine von Amts wegen zu beachtende, rechtsvernichtende Einwendung, die eine rechtzeitige und geeignete Anzeige des Mangels an den Vermieter vorausgesetzt.

In der Entscheidung wird beleuchtet, ob bei der Beurteilung des Vorliegens eines Mietmangels hinsichtlich der geltenden Bauvorschriften und technischen Normen auf den Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes oder den Zeitpunkt der Mietzeit abzustellen ist.

Thematisch reiht sich die Entscheidung in eine Reihe von BGH-Entscheidungen zum Mietrecht ein, die eher vermietерfreundlich erscheinen.

Die jüngsten Entscheidungen des BGH zu Eigenbedarfskündigungen und Härtegründen bei Sozialklauseln, erhöhen die Chancen für Vermieter, zukünftig Kündigungen durchzusetzen.<sup>1</sup> Eine weitere jüngere Entscheidung konkretisiert, dass Fensterreinigungsmaßnahmen nicht zu den Instandhaltungs- oder Instandsetzungspflichten des Vermieters gehören. Dieser muss die Wohnung während der Mietzeit mangelfrei erhalten, aber nicht im gereinigten Zustand. Dies gilt auch, wenn die Reinigung von Fenstern mit starren Fenstersegmenten für den Mieter sehr schwierig ist.<sup>2</sup> Beachtenswert erscheint in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung zur Durchsetzbarkeit von Schadensersatzansprüchen des Vermieters ohne vorherige Fristsetzung.<sup>3</sup>

Die vorliegende Entscheidung zu bauartbedingten Wärmebrücken in Mietobjekten und die resultierende Schimmelpilzgefahr schließt sich an.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

### A. Minderungsrecht aus § 536 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

#### I. Vorliegen eines Mietmangels

1. Beschaffenheitsvereinbarung

#### 2. Zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneter Zustand

#### II. Zwischenergebnis

### B. Gesamtergebnis

### A. Minderungsrecht aus § 536 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

K könnte ein Minderungsrecht gem. § 536 Abs. 1 S. 1, Alt. 1 BGB zustehen, wonach er ipso iure die zu entrichtende Monatsmiete mindern könnten.

### I. Vorliegen eines Mietmangels

Zunächst müsste die Mietsache bei Überlassung einen Mietmangel gehabt haben.

Ein Mangel ist gem. § 536 Abs. 1 BGB eine für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache vom vorausgesetzten Zustand der Mietsache, der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder mindert und deshalb dem Mieter sowohl ein Recht zur Mietminderung als auch gem. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB einen Anspruch auf Mangelbeseitigung gibt. Es können sowohl Sach- als auch Rechtsmängel vorliegen.

Hier kommt die Negativabweichung des Istzustandes der Mietsache vom vorausgesetzten Zustand der Mietsache, also ein Sachmangel, in Betracht. Der vorausgesetzte Zustand der Mietsache kann sich aus Beschaffenheitsvereinbarung, Nutzungszweckvereinbarung oder dem üblicherweise zur Nutzung Erwartbaren ergeben.

### 1. Beschaffenheitsvereinbarung

Zunächst könnte eine Beschaffenheitsvereinbarung vorliegen, um die den vorausgesetzten Zustand der Mietsache zu konkretisieren. Hierzu müssten die Parteien einen konkreten Zustand der Räume vereinbart haben.<sup>4</sup> Vorliegend haben die Parteien eine solche Vereinbarung nicht getroffen, eine Beschaffenheitsvereinbarung liegt nicht vor.

<sup>1</sup> vgl. BGH VIII 180/18 und VIII ZR 167/17.

<sup>2</sup> vgl. BGH VIII ZR 188/16.

<sup>3</sup> vgl. BGH VIII ZR 157/17.

<sup>4</sup> BGH NJW 2010, 1133; BGH NJW 2005, 218.

## 2. Zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneter Zustand

Möglicherweise könnte der vorausgesetzte Zustand der Mietsache durch Nutzungszweckvereinbarung konkretisiert worden sein.

Soweit Parteabreden zur Beschaffenheit der Mietsache fehlen, könnte eine Nutzungsvereinbarung den vorausgesetzten Zustand der Mietsache konkretisieren. Hier haben die Parteien eine Nutzung zum Wohnzweck vereinbart, diese Vereinbarung jedoch nicht konkretisiert. Der Mieter einer Wohnung kann nach der allgemeinen Verkehrsanschauung erwarten, dass die von ihm angemieteten Räume einen Wohnstandard aufweisen, der bei vergleichbaren Wohnungen üblich ist.<sup>5</sup> Dabei sind insbesondere das Alter, die Ausstattung und die Art des Gebäudes, aber auch die Höhe der Miete und eine eventuelle Ortssitte zu berücksichtigen.<sup>6</sup> Gibt es zu bestimmten Anforderungen technische Normen, ist jedenfalls deren Einhaltung geschuldet. Dabei ist nach der Verkehrsanschauung grundsätzlich der bei Errichtung des Gebäudes geltende Maßstab anzulegen.<sup>7</sup>

Soweit die Mietsache selbst betroffen ist, ergibt sich der geschuldete vertragsgemäße Gebrauch bereits im Wege der Gesetzesauslegung des § 535 Abs. 1 S. 2 BGB, weshalb es nicht des Rückgriffs auf eine ergänzende Vertragsauslegung des Mietvertrags bedarf.<sup>8</sup>

Die in der Wohnung des K vorhandenen Wärmebrücken stehen im Einklang mit den im Zeitpunkt der Errichtung des Mehrfamilienhauses maßgeblichen Normen. Das Gebäude ist auch nach den damaligen Regeln der Baukunst errichtet worden. Zum Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes bestand noch keine Verpflichtung, Gebäude mit einer Wärmedämmung auszustatten. Somit war auch das Vorhandensein von Wärmebrücken allgemein üblicher Bauzustand.

Zur Beurteilung dieser Frage kann nicht ohne Weiteres die Rechtsprechung des BGH zum Mindeststandard zeitgemäßen Wohnens bezüglich der Elektroinstallation herangezogen werden. Diese beruht auf dem Umstand, dass bei der Verwendung von Haushaltsgeräten seit den 1950er oder 1960er Jahren ein grundlegender Wandel dahingehend eingetreten ist, dass nunmehr in nahezu

jedem Haushalt – selbst bei bescheidenen Verhältnissen – regelmäßig zahlreiche elektrische Geräte Verwendung finden. Aufgrund dessen kann jeder Mieter, mangels abweichender Vereinbarung, erwarten, dass auch in seiner Wohnung die Nutzung solcher Geräte grundsätzlich möglich ist und die Elektroinstallation diesen Mindestanforderungen genügt.

Diese Rechtsprechung ist auf die Beschaffenheit einer Wohnung bezüglich der Wärmedämmung – da insoweit weder eine vergleichbare Veränderung der Lebensverhältnisse noch eine hierauf beruhende Erwartung des Wohnraummieters hinsichtlich des Mindeststandards einer Altbauwohnung gegeben ist – nicht übertragbar und rechtfertigt es insbesondere nicht unter Berufung auf angebliche Grundsätze eines zeitgemäßen Wohnens die vertragsgemäße Beschaffenheit einer Mietsache hinsichtlich der Wärmedämmung, über die die Parteien keine konkreten Vereinbarungen getroffen haben, durch die Bestimmung abstrakt-genereller Eckpunkte eines unter allen Umständen zu gewährleistenden Wohnverhaltens festzulegen.

## II. Zwischenergebnis

Das bloße Risiko einer Schimmelpilzgefahr begründet keinen Mietmangel, angemessenes Lüftungsverhalten ist im Einzelfall zu bestimmen und hat das Alter des Gebäudes in Rechnung zu stellen. Ein Mietmangel liegt nicht vor.

## B. Gesamtergebnis

K hat kein Minderungsrecht aus § 536 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.

## Fazit

Der BGH hat mit dieser Entscheidung gezeigt, dass bei der Prüfung des Mietmangels das Vorliegen eines bloßen Risikos für eine Schimmelpilzbildung nicht ausreichend ist. Weiterhin ist in dieser Entscheidung dargelegt worden, dass der Vermieter, abweichende Parteivereinbarung vorbehalten, nur das schuldet, was technisch und baulich zum Zeitpunkt der Errichtung des Mietobjekts üblich war.

Den Vermieter kann nur in Ausnahmefällen, wie bspw. der Elektroversorgung, die Pflicht treffen, das Gebäude auf den

<sup>5</sup> BGH NJW 2004, 3174.

<sup>6</sup> ebenda.

<sup>7</sup> BGH NJW 2012, 2725; BGH NJW 2017, 1877.

<sup>8</sup> BGH NJW 2015, 2177; BGHZ 205, 177.

heutigen Standard zu sanieren. Bei einer Wärmedämmung ist dieses bisher weiterhin nicht zwingend.

Der Deutsche Mieterbund kritisiert die Entscheidung, im Ergebnis müssten Mieter warten, bis in ihren Wohnungen Feuchtigkeitsschäden und Schimmelpilzbefall aufträten, erst dann könnten sie ggf. eine Sanierung fordern oder die Miete mindern. Die bloße Gefahr, dass es über kurz oder lang zu Schimmelpilzbildung kommt, reicht nicht aus - dies sei gesundheitsgefährdend und nicht zielführend, wenn es um die Aufarbeitung von vermieterverschuldeten Sanierungsstaus gehe. Die Position von Mietern werde weiter geschwächt.<sup>9</sup>

Ob, warum und in welchem Umfang ein Mieter zu einzelnen Bestandteilen der Mietsache aktuellere Standards als im Errichtungszeitpunkt erwarten kann, hängt vom Einzelfall ab. Dies erschwert es Mieter und Vermietern, allgemeine Grundsätze auf ihren Einzelfall zu übertragen. Dennoch ist gerade die Entscheidung wegweisend für diejenigen, die sich etwa durch eine mangelnde Wärmedämmung oder fehlende Modernisierungsmaßnahmen beeinträchtigt fühlen.

Den Erwägungen des BGH liegt unter anderem der Gedanke zu Grunde, dass ein Mieter, der in eine Altbauwohnung zieht, nach Einzug nicht erwarten kann, dass die Bausubstanz an die neuesten Vorschriften und damit an den Neubaustandard angepasst wird. Die Kosten hierfür würden auf Dauer ohnehin dem Mieter aufgebürdet werden. Somit ist eine extensive Auslegung des Mängelbegriffs in Anbetracht der potenziell steigenden Mieten und Wohnungsknappheit in Großstädten nicht zwangsläufig im Sinne des Mieterschutzes.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> vgl. auch BGH VIII ZR 157/17.

<sup>10</sup> vgl. auch BGH VIII ZR 190/17.

## Wahlrechtsausschluss

stud. iur. Mathis Rameil

BVerfG 2 BvC 62/14

Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG, Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 5 GG, §§ 13 Nr. 3, 48 BVerfGG

**Sachverhalt (gekürzt und vereinfacht):** A fällt es aufgrund einer geistigen Behinderung schwer, seinen Alltag zu bewältigen. Seine Verwandten schlagen ihm vor, er solle gem. §§ 1896ff. BGB Betreuung bei der Unterstützung in allen Angelegenheiten beantragen. Auf diesen Antrag wird vom zuständigen Betreuungsgericht für ihn im Februar 2013 eine Betreuung in allen Angelegenheiten angeordnet (sog. Totalbetreuung). Durch die Anordnung einer Totalbetreuung wurde A unter Berufung auf § 13 Nr. 2 BWahlG von der zuständigen Gemeinde aus dem Wählerverzeichnis gelöscht und konnte somit nicht an der Wahl zum 18. Deutschen Bundestag am 22. September 2013 teilnehmen. B ist schon seit ihrer Volljährigkeit aufgrund einer frökhkindlichen Hirnschädigung unter Betreuung. Der Bestellungsbeschluss umfasste bisher die Wohnungs- und Vermögensangelegenheiten sowie Gesundheitssorge. Im Januar 2009 wird für sie eine Betreuung in allen Angelegenheiten angeordnet. Dagegen wehrt sich B, indem sie im April 2013 erfolgreich die Änderung des Beschlusses des Betreuungsgerichts beantragt. Sie nahm an der Wahl zum 18. Bundestag teil.

C befindet sich seit zwölf Monaten im psychiatrischen Maßregelvollzug i.S.d. § 63 StGB. Im Rahmen des Strafverfahrens gegen C wurde festgestellt, dass er sich zum damaligen Tatzeitpunkt aufgrund einer akuten Alkoholintoxikation in einem Zustand der Schuldunfähigkeit i.S.d. § 20 StGB befunden hat und von ihm weiterhin erhebliche rechtswidrige Taten zu erwarten sind. Er wurde von der zuständigen Gemeinde unter Berufung auf § 13 Nr. 3 BWahlG aus dem Wählerverzeichnis gelöscht und konnte nicht an der Wahl zum 18. Bundestag teilnehmen. C ist der Auffassung, dass er zum Tatzeitpunkt womöglich in seiner Einsichts- und Steuerungsfähigkeit beeinträchtigt gewesen sein mag, jedoch fühlt er sich zum heutigen Tage weder in seiner Einsichts- noch Steuerungsfähigkeit eingeschränkt. Auch findet er, dass seine Alkoholkrankheit nicht mit einer Psychopathie vergleichbar sei, welche, so führt er zutreffend an, gleichermaßen eine Schuldunfähigkeit i.S.d. § 20 StGB begründet.

Auch A ist erbost darüber, dass man ihm nicht zutraue, trotz seiner Betreuung in allen Angelegenheiten, am „Kernstück der Demokratie“ teilzunehmen. Im Verfahren vor dem Betreuungsgericht bzgl. der Anordnung einer Betreuung in allen Angelegenheiten spielt, was den Tatsachen entspricht, die Wahlfähigkeit überhaupt keine Rolle; auf den individuellen Fall würde viel zu wenig Rücksicht genommen. Er führt zutreffend an, dass ein Wahlrechtsausschluss an den Betreuungsbedarf gekoppelt sei und weniger an das tatsächliche Unvermögen einer Person. Viele seiner Freunde, die nicht zur Besorgung ihrer Angelegenheiten im Stande seien, der Betreuungsbedürftigkeit aber auf andere Weise, wie etwa durch eine Vorsorgevollmacht, Rechnung tragen können, behielten ihr Wahlrecht.

Am 22.11.2013 erheben A, B und C bei der zuständigen Stelle des Deutschen Bundestages form- und fristgerecht Einspruch gegen die Gültigkeit der Wahl zum 18. Deutschen Bundestag. Dabei rügen sie die zunächst nur die fehlende Inkennissersetzung über die Austragung aus dem Wählerverzeichnis. Der Einspruch wird gem. § 3 WahlPrüfG zur Vorbereitung an den Wahlprüfungsausschuss des Deutschen Bundestages verwiesen.

Am 09.10.2014 schließt sich der Deutsche Bundestag mit einfacher Mehrheit der entsprechenden Beschlussempfehlung des Wahlprüfungsausschusses an und weist den Wahleinspruch zurück. In seiner umfassenden Beschlussempfehlung führt der Wahlprüfungsausschluss zudem aus, dass es geltendem Wahlrecht entspreche, dass Personen mit sogenannter Totalbetreuung sowie Personen, die sich aufgrund einer Anordnung nach §§ 63, 20 StGB im psychiatrischen Maßregelvollzug befinden, nicht an einer Bundestagswahl teilnehmen können. Eine Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Wahlrechtsvorschriften obliege nicht dem Wahlprüfungsausschuss. Außerdem brauche es bei Gesetzen immer eine Art der Typisierung, da eine Regelung aller Einzelfälle viel zu aufwendig wäre – das Bundeswahlgesetz habe sich in dieser Hinsicht bewährt.

Die deutschen Staatsangehörigen A, B und C erheben daraufhin schriftlich am 01.11.2014 eine Wahlprüfungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht. Nun rügen sie jedoch einen Verstoß gegen den Grundsatz der

Allgemeinheit der Wahl aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG und gegen das Benachteiligungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG durch § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG.

### Hat die von A, B und C erhobene Wahlprüfungsbeschwerde Aussicht auf Erfolg?

#### Hinweis:

Bei der Bundestagswahl 2013 waren ca. 80.000 Menschen aufgrund des § 13 Nr. 2 BWahlG nicht wahlberechtigt. Gleiches gilt für die Bundestagswahl, die am 24.09.2017 stattgefunden hat. Bearbeitungszeitpunkt ist der 26.11.2017.

Gehen Sie von folgenden Krankheitsbildern aus:

Akute Alkoholintoxikation – Ein Zustandsbild nach Aufnahme von Alkohol mit Störungen von Bewusstseinslage, kognitiven Fähigkeiten, Wahrnehmung, Affekt und Verhalten oder anderer psychophysiologischer Funktionen und Reaktionen. Die Störungen stehen in einem direkten Zusammenhang mit den akuten pharmakologischen Wirkungen von Alkohol und nehmen bis zur vollständigen Wiederherstellung mit der Zeit ab, (...).<sup>1</sup>

Psychopathie – Eine schwere Form einer dissozialen Persönlichkeitsstörung, die durch eine Missachtung sozialer Verpflichtungen und herzloses Unbeteiligtsein an Gefühlen für andere gekennzeichnet ist. Zwischen dem Verhalten und den herrschenden sozialen Normen besteht eine erhebliche Diskrepanz. Das Verhalten erscheint durch nachteilige Erlebnisse, einschließlich Bestrafung, nicht änderungsfähig.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Vgl. ICD-10-WHO Version 2019, F10.0, <https://www.dimdi.de/static/de/klassifikationen/icd/icd-10-who/kode-suche/htmlamtl2019/block-f10-f19.htm>, Stand 29.04.2019.

<sup>2</sup> ICD-10-WHO Version 2019, F60.2, <https://www.dimdi.de/static/de/klassifikationen/icd/icd-10-who/kode-suche/htmlamtl2019/block-f60-f69.htm>, Stand 29.04.2019.

## EINORDNUNG

Dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 29.01.2019 lagen zahlreiche Wahlprüfungsbeschwerden von Betroffenen zugrunde, die ihre subjektiven Rechte durch § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG verletzt sahen. Der an den Originalfall angelehnte Sachverhalt gibt Hinweise auf wichtige Argumente des Bundesverfassungsgerichts, auf deren Grundlage es unter anderem zu seiner Entscheidung gekommen ist.

Es sei darauf hingewiesen, dass aufgrund der Komplexität des Beschwerdegegenstands mehrere, unter anderem auch wichtige Argumente keine Erwähnung finden.

Beschränkt sich der Beschwerdeführer im Wahlprüfungsverfahren auf die Geltendmachung einer subjektiven Rechtsverletzung, bedarf es der Darlegung der Mandatsrelevanz des Wahlfehlers nicht.

Ein Ausschluss vom aktiven Wahlrecht kann verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein, wenn bei einer bestimmten Personengruppe davon auszugehen ist, dass die Möglichkeit der Teilnahme am Kommunikationsprozess zwischen Volk und Staatsorganen nicht in hinreichendem Maße besteht.

§ 13 Nr. 2 BWahlG verfehlt die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine gesetzliche Typisierung, weil er den Kreis der von einem Wahlrechtsausschluss Betroffenen ohne hinreichenden sachlichen Grund in gleichheitswidriger Weise bestimmt.

§ 13 Nr. 3 BWahlG ist nicht geeignet, Personen zu erfassen, die typischerweise nicht über die Fähigkeit zur Teilnahme am demokratischen Kommunikationsprozess verfügen.

## LEITSÄTZE

Ein Wahlrechtsausschluss steht der Beschwerdefähigkeit im Wahlprüfungsverfahren gemäß § 48 Abs. 1 BVerfGG nicht entgegen, wenn dieser Ausschluss Gegenstand der Beschwerde ist.

## VORSCHRIFTEN (AUSZUG)

### § 13 Bundeswahlgesetz (BWahlG) – Ausschluss vom Wahlrecht

Ausgeschlossen vom Wahlrecht ist,

1. wer infolge Richterspruchs das Wahlrecht nicht besitzt,
2. derjenige, für den zur Besorgung aller seiner Angelegenheiten ein Betreuer nicht nur durch einstweilige Anordnung bestellt ist; dies gilt auch, wenn der Aufgabenkreis des Betreuers die in § 1896 Abs. 4 und § 1905 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Angelegenheiten nicht erfaßt,
3. wer sich auf Grund einer Anordnung nach § 63 in Verbindung mit § 20 des Strafgesetzbuches in einem psychiatrischen Krankenhaus befindet.
4. (wegefallen)

(Fassung vom 12.09.1990; Inkrafttreten: 01.01.1992)

### Art. 25 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR)

Jeder Staatsbürger hat das Recht und die Möglichkeit, ohne Unterschied nach den in Artikel 2 genannten Merkmalen und ohne unangemessene Einschränkungen

- a) [...]
- b) bei echten, wiederkehrenden, allgemeinen, gleichen und geheimen Wahlen, bei denen die freie Äußerung des Wählerwillens gewährleistet ist, zu wählen und gewählt zu werden;
- c) [...]

### Art. 29 lit. a UN-Behindertenrechtskonvention (BRK)

Die Vertragsstaaten garantieren Menschen mit Behinderung die politischen Rechte sowie die Möglichkeit, diese gleichberechtigt mit anderen zu genießen, und verpflichten sich,

- a) sicherzustellen, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen wirksam und umfassend am politischen und öffentlichen Leben teilhaben können, sei es unmittelbar oder durch frei gewählte Vertreter oder Vertreterinnen, was auch das Recht und die Möglichkeit einschließt, zu wählen und gewählt zu werden; unter anderem
  - i) stellen sie sicher, dass die Wahlverfahren, -einrichtungen und -materialien geeignet, zugänglich und leicht zu verstehen und zu handhaben sind;

ii) schützen sie das Recht von Menschen mit Behinderung, bei Wahlen und Volksabstimmungen in geheimer Abstimmung ohne Einschüchterung ihre Stimme abzugeben, bei Wahlen zu kandidieren, ein Amt wirksam innezuhaben und alle öffentlichen Aufgaben auf allen Ebenen staatlicher Tätigkeit wahrzunehmen, indem sie gegebenenfalls die Nutzung unterstützender und neuer Technologien erleichtern;

iii) garantieren sie die freie Willensäußerung von Menschen mit Behinderung als Wähler und Wählerinnen und erlauben zu diesem Zweck im Bedarfsfall auf Wunsch, dass sie sich bei der Stimmabgabe durch eine Person ihrer Wahl unterstützen lassen;

b) [...]

### Art. 3 Zusatzprotokoll der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRKZusProt)

Die Hohen Vertragsparteien verpflichten sich, in angemessenen Zeitabständen freie und geheime Wahlen unter Bedingungen abzuhalten, welche die freie Äußerung der Meinung des Volkes bei der Wahl der gesetzgebenden Körperschaften gewährleisten.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

Die Wahlprüfungsbeschwerde hat gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 5 GG, §§ 13 Nr. 3, 48 BVerfGG Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

### A. Zulässigkeit

Die Wahlprüfungsbeschwerde müsste gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 5 GG, §§ 13 Nr. 3, 48 BVerfGG zulässig sein. Dies ist der Fall, sofern alle erforderlichen Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

### I. Zuständigkeit

Das Bundesverfassungsgericht müsste für die Wahlprüfungsbeschwerde zuständig sein. Das Bundesverfassungsgericht ist gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 5 i.V.m. Art. 41 Abs. 2 und 3 GG, § 18 WahlPrüfG, §§ 13 Nr. 3, 48 BVerfGG für Beschwerden gegen Entscheidungen des Bundestages im Wahlprüfungsverfahren zuständig.

### II. Beschwerdegegenstand

Es müsste ein tauglicher Beschwerdegegenstand i.S.d. § 48 Abs. 1 BVerfGG vorliegen. Dabei bietet es sich an, in

unmittelbaren und mittelbaren Beschwerdegegenstand zu unterteilen.<sup>3</sup>

### **1. Unmittelbarer Beschwerdegegenstand**

Es müsste ein tauglicher unmittelbarer Beschwerdegegenstand vorliegen. Tauglicher unmittelbarer Beschwerdegegenstand ist gem. Art. 41 Abs. 2 GG die im Rahmen der Selbstüberprüfung des Bundestags ergangene Entscheidung. Im ablehnenden Beschluss des Bundestages vom 09.10.2014 liegt eine solche Entscheidung vor. Es liegt ein tauglicher unmittelbarer Beschwerdegegenstand vor.

### **2. Mittelbarer Beschwerdegegenstand**

Des Weiteren müsste ein tauglicher mittelbarer Beschwerdegegenstand vorliegen. Mittelbarer Beschwerdegegenstand im Rahmen der Wahlprüfungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht können gem. § 48 Abs. 1 und 3 BVerfGG die Gültigkeit der Bundestagswahl, die Feststellung von Rechtsverletzungen, soweit sie der Wahlprüfung nach Art. 41 GG unterliegen, oder der Verlust der Mitgliedschaft im Bundestag sein. Für die Prüfung maßstäblich sind alle auf das Wahlrecht bezüglichen Normen des einfachen Rechts sowie des Verfassungsrechts.<sup>4</sup> Das Bundesverfassungsgericht prüft die Einhaltung bestehender Wahlnormen sowie deren Verfassungsmäßigkeit. A, B und C rügen eine Rechtsverletzung gegen die Allgemeinheit der Wahl sowie gegen das Benachteiligungsverbot durch die Wahlrechtsnorm § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG. Es liegt somit auch ein tauglicher mittelbarer Beschwerdegegenstand vor.

### **3. Beschränkung des Beschwerdegegenstands**

Der Beschwerdegegenstand könnte durch den Grundsatz der materiellen Präklusion auf den Gegenstand des Einspruchsverfahrens vor dem Bundestag begrenzt sein. Das Verfahren der Wahlprüfung ist ein zweistufiges Verfahren, in dem auf der ersten Stufe das Parlament eine Selbstüberprüfung vornimmt<sup>5</sup> und auf zweiter Stufe das Bundesverfassungsgericht wiederum diese Selbstüberprüfung überprüft. Aus dieser Zweistufigkeit folgt, dass das Bundesverfassungsgericht die Entscheidung des

Bundestages grundsätzlich nur auf die dort erhobenen Rügen überprüft (sogenannte materielle Präklusion).<sup>6</sup>

A, B und C rügen im Rahmen des Einspruchsverfahrens vor dem Bundestag zunächst die fehlende Inkenntnissetzung über die Austragung aus dem Wählerverzeichnis. Im Rahmen der Wahlprüfungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht rügen sie hingegen einen Verstoß gegen die Allgemeinheit der Wahl und einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot durch § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG. Grundsätzlich wären daher die vor dem Bundesverfassungsgericht gerügten Gegenstände materiell präkludiert.

Etwas anderes könnte sich hingegen aufgrund des unterschiedlichen Prüfungsumfangs ergeben. Gem. § 1 Abs. 1 WahlPrüfG entscheidet auf erster Stufe der Bundestag über die Gültigkeit der Bundestagswahl und die Verletzung von Rechten bei der Vorbereitung oder Durchführung der Wahl. Der Wortlaut des Art. 41 Abs. 1 S. 1 GG („die Wahlprüfung ist Sache des Bundestages“) suggeriert zunächst eine vollumfängliche Prüfungskompetenz auf dieser Stufe. Der Bundestag überprüft jedoch, anders als das Bundesverfassungsgericht auf zweiter Stufe, nicht die Verfassungsmäßigkeit von Wahlrechtsnormen.<sup>7</sup> Diese Auslegung ist damit zu begründen, dass der Bundestag selbst an bestehende Gesetze gebunden ist. Ihm steht keine Normenverwerfungskompetenz zu.<sup>8</sup> Dies folgt aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz.<sup>9</sup> Eine Geltendmachung der Verfassungswidrigkeit von Wahlrechtsnormen im Einspruchsverfahren durch den Bundestag ist daher von vornherein zwecklos.<sup>10</sup> Ausgenommen vom Grundsatz der materiellen Präklusion sind also solche Beschwerden, die die Verfassungswidrigkeit von Wahlrechtsnormen zum Gegenstand haben. Gegenstand der Wahlprüfungsbeschwerde ist mit § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG eine Wahlrechtsnorm. Die Rüge des Verstoßes gegen die Allgemeinheit der Wahl sowie das Benachteiligungsverbot durch § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG ist ausnahmsweise nicht materiell präkludiert.

## **III. Beschwerdeberechtigung und Prozessfähigkeit**

### **1. Beschwerdeberechtigung**

A, B und C müssten beschwerdeberechtigt sein.

<sup>3</sup> Vgl. Misol in: Barczak, Mitarbeiterkommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2018, § 48 Rn. 24.

<sup>4</sup> Klein in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, 85. EL November 2018, Art. 41 Rn. 92.

<sup>5</sup> Misol in: Barczak BVerfGG (Fn. 3), § 48 Rn. 2.

<sup>6</sup> Bechler in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2016, § 48 Rn. 20.

<sup>7</sup> Misol in: Barczak BVerfGG (Fn. 3), § 48 Rn. 27ff.

<sup>8</sup> Glauben, Wahlprüfung als Garantie des unverfälschten Willens des Souveräns, NVwZ 2017, 1419 (1421); in ständiger Praxis erörtert der Bundestag in seinem Beschluss jedoch die Verfassungsmäßigkeit von Wahlrechtsvorschriften, sofern dies angezeigt ist, so auch in BT-Drucks. 18/2700 S. 50.

<sup>9</sup> Morlok in: Dreier, Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl. 2013, Band II, Art. 41 Rn. 16.

<sup>10</sup> Bechler in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf BVerfGG (Fn. 6), § 48 Rn. 20.

Grundsätzlich ist dem Wortlaut des § 48 Abs. 1 BVerfGG entsprechend jede wahlberechtigte Person beschwerdeberechtigt, deren Einspruch im Bundestag erfolglos gewesen ist. A und C sind hingegen nicht wahlberechtigt. Demnach wären sie auch nicht beschwerdeberechtigt. Dieses Ergebnis erscheint, unter der Berücksichtigung, dass Gegenstand des Verfahrens eben diese Wahlberechtigung ist, nicht sachgemäß. Ist Gegenstand einer Wahlprüfungsbeschwerde gerade die Wahlberechtigung einer Person, so ist die Wahlberechtigung zu fingieren.<sup>11</sup> Andernfalls wäre eine materiell-rechtliche Überprüfung der Wahlberechtigung überhaupt nicht möglich.<sup>12</sup> A und C wenden sich gegen den Entzug ihrer Wahlberechtigung durch Austragung aus dem Wählerverzeichnis. Ihre Wahlberechtigung wird dahingehend fingiert. B ist als wahlberechtigte Person beschwerdeberechtigt. Die Beschwerdeberechtigung von A, B und C liegt vor.<sup>13</sup>

## 2. Prozessfähigkeit

A, B und C müssten prozessfähig, also fähig die erforderlichen Verfahrenshandlungen im Beschwerdeverfahren vorzunehmen, sein. Prozessfähig sind grundsätzlich alle natürlichen, volljährige Personen.<sup>14</sup> Zusätzlich richtet sich im Wahlprüfungsverfahren die Prozessfähigkeit nach der Wahlberechtigung.<sup>15</sup> Hinsichtlich A und C ist die Wahlberechtigung wieder konsequenterweise zu fingieren. B war bei der Bundestagswahl wahlberechtigt, sie ist mithin prozessfähig i.S.d. § 48 Abs. 1 BVerfGG.

## IV. Beschwerdebefugnis

A, B und C müssten beschwerdebefugt sein. Die Beschwerdebefugnis liegt grundsätzlich vor, sofern der Einspruch beim Bundestag erfolglos war.<sup>16</sup> Dies gilt jedoch nur für solche Beschwerden, die die Gültigkeit der Wahl zum Gegenstand haben. Dies reicht jedoch nicht aus, so weit es um die Feststellung einer Rechtsverletzung geht.<sup>17</sup> Zusätzlich müsste in diesen Fällen eine Rechtsverletzung nach der sog. Möglichkeitstheorie zumindest möglich erscheinen, also nicht von vornherein ausgeschlossen sein.<sup>18</sup> Vorliegend rügen A, B und C einen Verstoß gegen den

Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG und einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG. Eine mögliche Rechtsverletzung im Wahlprüfungsverfahren setzt grundsätzlich die Teilnahme an der Wahl voraus.<sup>19</sup> Auch hier ist auf die besondere Konstellation hinzuweisen, dass die Beschwerde gerade die Berechtigung zur Wahl betrifft. A und C haben aufgrund eines Wahlrechtsausschlusses nicht an der Wahl zum Bundestag teilnehmen können. Durch den Wahlrechtsausschluss scheint eine Verletzung des Grundsatzes der Allgemeinheit der Wahl, welcher unter anderem die Gleichheit beim Zugang zur Wahl umfasst, sowie eine Verletzung des Benachteiligungsverbots wegen einer Behinderung nicht von vornherein ausgeschlossen.

Etwas anderes könnte sich jedoch hinsichtlich der B ergeben. B hat an der Bundestagswahl teilgenommen. Eine durch einen Wahlrechtsausschluss bedingte Verletzung subjektiver Rechte scheidet somit von vornherein aus. Sonstige Rechtsverletzungen sind nicht ersichtlich. Auch stellt B nicht die Gültigkeit der Wahl in Frage. A und C sind somit beschwerdebefugt, B hingegen nicht.

## V. Form und Frist

Die Wahlprüfungsbeschwerde müsste form- und fristgerecht eingelegt worden sein. Eine Wahlprüfungsbeschwerde ist gem. § 48 Abs. 1 1. HS BVerfGG innerhalb von 2 Monaten nach Beschluss des Bundestages einzureichen. Sie ist gem. § 23 Abs. 1, § 48 Abs. 1 2. HS BVerfGG schriftlich zu begründen. Der Beschluss des Bundestages über den Wahleinspruch erging am 09.10.2014. A und C legten am 01.11.2014 vor dem Bundesverfassungsgericht schriftlich mit Begründung die Wahlprüfungsbeschwerde ein. Form und Frist sind somit gewahrt.

## VI. Rechtsschutzbedürfnis

A und C müssten rechtschutzbedürftig sein, also ein berechtigtes Interesse an der gerichtlichen Hilfe haben.<sup>20</sup> Zentrales Anliegen der Wahlprüfungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht ist die Sicherstellung der gesetzmäßigen Zusammensetzung des Bundestages.<sup>21</sup>

<sup>11</sup> Misol in: Barczak BVerfGG (Fn. 3), § 48 Rn. 13.

<sup>12</sup> BVerfG BeckRS 2019, 1818 Rn. 27.

<sup>13</sup> Die umstrittene Unterstützungspflicht von 100 weiteren wahlberechtigten Personen gem. § 48 Abs. 1, 2 a.F. BVerfGG ist durch das Gesetz zur Verbesserung des Rechtsschutzes in Wahlsachen vom 12.07.2012, Art. 3, BGBl. I 1501 gestrichen worden.

<sup>14</sup> Ruppert/Schorkopf in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf BVerfGG (Fn. 6), § 90 Rn. 59.

<sup>15</sup> Bechler in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf BVerfGG (Fn. 6), § 48 Rn. 18.

<sup>16</sup> Misol in: Barczak BVerfGG (Fn. 3), § 48 Rn. 50.

<sup>17</sup> Bspw. Misol in: Barczak BVerfGG (Fn. 3), § 48 Rn. 51.

<sup>18</sup> Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 8. Aufl. 2018, § 51 Rn. 23.

<sup>19</sup> Misol in: Barczak BVerfGG (Fn. 3), § 48 Rn. 51.

<sup>20</sup> Vgl. Schmidt-Aßmann in: Maunz/Dürig GG (Fn. 4), Art. 19 Abs. 4 Rn. 245.

<sup>21</sup> BVerfG BeckRS 2019, 1818 Rn. 36.

A und C rügen eine Verletzung ihrer Rechte im Rahmen der Wahl zum 18. Bundestag. Jedoch wurde bereits 2017 der 19. Bundestag gewählt. Fraglich ist somit, ob überhaupt noch ein Rechtsschutzbedürfnis besteht oder sich die Wahlprüfungsbeschwerde nicht durch die Ablösung durch den nächsten Bundestag erledigt hat. Einer solchen Erledigung steht der Gedanke des effektiven Rechtschutzes entgegen. Sofern ein objektives Interesse an der Entscheidung über die Wahlprüfungsbeschwerde besteht, entfällt das Rechtsschutzbedürfnis nicht.<sup>22</sup> Ein solches objektives Interesse liegt regelmäßig dann vor, wenn Gegenstand des Verfahrens die Rüge der Verfassungswidrigkeit von Wahlrechtsnormen ist. Diese bestehen auch über die Wahlperiode hinaus und begründen somit ein objektives Interesse an der Entscheidung. A und C sind rechtsschutzbedürftig.<sup>23</sup>

## VII. Zwischenergebnis

Die Wahlprüfungsbeschwerde des A und C ist zulässig. Die Wahlprüfungsbeschwerde der B ist mangels Beschwerdebefugnis unzulässig.

## B. Begründetheit

Der Antrag der Beschwerdeführer A und C im Wahlprüfungsverfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 5, Art. 41 Abs. 2 GG, §§ 13 Nr. 3, 48 BVerfGG ist begründet, wenn die Behandlung des Einspruchs durch den Bundestag formell fehlerhaft erfolgt ist oder die Wahl oder das zugrundeliegende Wahlrecht materiell gegen verfassungsrechtliche Wahlgrundsätze verstößt.

### I. Formelle Rechtmäßigkeit

Der Beschluss des Deutschen Bundestages vom 09.10.2014 könnte formell rechtswidrig sein. Der Einspruch wurde ordnungsgemäß gem. § 3 WahlPrüfG an den Wahlprüfungsausschuss des Deutschen Bundestages überwiesen und von diesem mit einer Beschlussempfehlung zur Abstimmung gebracht. Der Bundestag ist gem. § 1 WahlPrüfG i.V.m. Art. 41 Abs. 2 GG zuständig für die Entscheidung über Wahlrechtseinsprüche. Er entscheidet mit der gem. Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG erforderlichen einfachen Mehrheit über den Wahlrechtseinspruch. Gründe für eine

<sup>22</sup> BVerfG BeckRS 2019, 1818 Rn. 36.

<sup>23</sup> Vgl. BVerfG BeckRS 2019, 1818 Rn. 37; auch eine geplante Gesetzesänderung der Regierungsparteien als Argument für den Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses überzeugt nicht, sofern nicht explizit die in Rede stehenden Wahlrechtsnormen wegfallen sollen.

<sup>24</sup> Klein in: Maunz/Dürig GG (Fn. 4), Art. 41 Rn. 103.

<sup>25</sup> Vgl. BVerfG BeckRS 2019, 1818 Rn. 53.

<sup>26</sup> Sachs in: Sachs, Kommentar zum Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 19 Rn. 129.

<sup>27</sup> Sodan/Ziekow (Fn. 18), § 71 Rn. 1ff.

<sup>28</sup> Pieroth in: Jarass/Pieroth, Kommentar zum Grundgesetz, 15. Aufl. 2018, Art. 38 Rn. 1.

<sup>29</sup> Magiera in: Sachs GG (Fn. 26), Art. 38 Rn. 81.

formelle Rechtmäßigkeit sind nicht ersichtlich. Der Beschluss des Deutschen Bundestages vom 09.10.2014 ist formell rechtmäßig.

### II. Materielle Rechtmäßigkeit

Der Beschluss des Deutschen Bundestages vom 09.10.2014 könnte indes materiell rechtswidrig sein. Dies ist der Fall, wenn materielle Wahlfehler vorliegen.

#### 1. Vorliegen eines materiellen Wahlfehlers

Es müsste ein materieller Wahlfehler vorliegen. Wahlfehler sind alle Verstöße gegen zwingende Wahlvorschriften, die sich entweder auf die Wahlvorbereitung, die Wahlhandlung oder auf die Feststellung des Wahlergebnisses beziehen.<sup>24</sup> Auch die Verletzung subjektiver Rechte ist als Wahlfehler anzusehen, sofern diese einen unmittelbaren Bezug zur Wahl haben.<sup>25</sup> Subjektiv ist ein Recht, wenn das Gesetz eine Person objektiv begünstigt, die individuelle Begünstigung als solche bezweckt und die Durchsetzbarkeit der Rechtsfolge für die gezielt begünstigte Person intendiert.<sup>26</sup> A und C rügen einen Verstoß gegen den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG sowie einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG durch den Wahlrechtsausschluss nach § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verleiht Grundrechtsträgern das Recht, nicht durch eine Behinderung benachteiligt zu werden.<sup>27</sup> Auch die Wahlrechtsgrundsätze aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG sind als grundrechtsgleiche Rechte subjektiv öffentliche Rechte.<sup>28</sup> Fraglich ist, ob ein Verstoß gegen den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl oder ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vorliegt.

#### a) Verstoß gegen den Allgemeinheitsgrundsatz der Wahl i.S.d. Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG

Es könnte ein Verstoß gegen Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG vorliegen. Der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl bedeutet die Gleichheit beim Zugang zur Wahl.<sup>29</sup> Der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl sichert das aktive Wahlrecht, d.h. die Möglichkeit zu wählen, und das passive Wahlrecht, d.h. die Möglichkeit gewählt zu werden, aller Staatsbürger und er schützt vor unberechtigtem Ausschluss einzelner

Staatsbürger von der Teilnahme zur Wahl.<sup>30</sup> Voraussetzung ist, dass die Beteiligten Staatsbürger der Bundesrepublik Deutschland sind. Staatsbürger i.S.d. Grundgesetzes sind gem. Art. 116 Abs. 1 GG alle Personen mit deutscher Staatsangehörigkeit. A und C sind deutsche Staatsangehörige.

Fraglich ist, ob die Reichweite des § 38 Abs. 1 Satz 1 GG durch die Berücksichtigung völkerrechtlicher Verpflichtungen zu modifizieren ist. Völkerrechtliche Bestimmungen haben innerstaatlich nicht den Rang von Verfassungsrecht.<sup>31</sup> Jedoch besitzen sie verfassungsrechtliche Bedeutung als Auslegungshilfe für die Bestimmung des Inhalts und der Reichweite der Grundrechte sowie rechtsstaatlicher Grundsätze des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland.<sup>32</sup>

Die in Betracht kommenden völkerrechtlichen Bestimmungen sind Art. 25 IPBPR (Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte) sowie Art. 3 EMRK-ZusProt (Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten). Gem. Art. 25 IPBPR ist aus objektiven und vernünftigen Gründen die Beschränkung des Wahlrechts durch Gesetz möglich.<sup>33</sup> Art. 25 IPBPR schützt nur vor einer unangemessenen Einschränkung, beinhaltet aber kein ausnahmsloses Verbot jeglicher Wahlrechtsauschlüsse. Auch Art. 3 EMRK-ZusProt erlaubt unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit die Möglichkeit von Wahlrechtsauschlüssen.<sup>34</sup>

Der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl ist vorbehaltlos gewährleistet. Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG enthält keinen Gesetzesvorbehalt. Einschränkungen können nur dadurch gerechtfertigt sein, dass sie in Fällen der Kollision mit einer anderen verfassungsrechtlich geschützten Position unabdingbar sind, um beiden konkurrierenden Rechtswerten zur Entfaltung zu verhelfen.<sup>35</sup> Zwischen den konkurrierenden Rechtswerten ist eine praktische Konkordanz herzustellen, also ein Zustand der optimalen Verhältnismäßigkeit der kollidierenden Verfassungsgüter zueinander.<sup>36</sup> Einschränkungen können daher nur zum Schutz anderer Rechtsgüter mit Verfassungsrang gerechtfertigt sein.

Dieser enge Maßstab des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG trägt den von der Bundesrepublik Deutschland zu beachtenden völkerrechtlichen Verpflichtungen hinreichend Rechnung. Es bedarf somit keiner Modifizierung des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG.

#### **aa) Rechtliche Ungleichbehandlung**

Es müsste eine rechtliche Ungleichbehandlung bezüglich des Zugangs zur Wahl vorliegen. Grundsätzlich hat der Gesetzgeber wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln.<sup>37</sup> Eine tatbestandsmäßige Ungleichbehandlung liegt vor, wenn wesensmäßig gleiche Sachverhalte ungleich oder wesensmäßig ungleiche Sachverhalte gleichbehandelt werden.<sup>38</sup>

Dem Gesetzgeber steht im Rahmen der Gesetzgebung das Instrument der Typisierung zur Verfügung.<sup>39</sup> Die Typisierung ist bei einem engeren Verständnis als „vereinfachende“, insbesondere an Zielen der Praktikabilität des Gesetzesvollzugs orientierte Normierung, die grundsätzlich zu Konflikten mit anderen abwägungserheblichen Zielen und Wertungen führen kann.<sup>40</sup> Typisierung bedeutet also, dass bestimmte, in wesentlichen Elementen gleich geartete Lebenssachverhalte normativ zusammengefasst werden.<sup>41</sup> Der Typisierung haftet der „Makel“ der Ungleichbehandlung oder Gleichbehandlung quasi *qua natura* an.<sup>42</sup> § 13 Nr. 2 BWahlG bestimmt den Entzug des Wahlrechts für jene Personen, die nicht mehr zur Besorgung ihrer Angelegenheiten in der Lage sind und dieser Betreuungsbedarf nicht anders als durch die Bestellung einer Betreuung in allen Angelegenheiten Rechnung getragen werden kann. Von § 13 Nr. 2 BWahlG sind hingegen solche Fälle nicht umfasst, in denen Personen zwar nicht mehr zur Besorgung ihrer Angelegenheiten in der Lage sind, dieser Betreuungsbedarf jedoch auf andere Weise, wie etwa durch eine Vorsorgevollmacht, Rechnung getragen werden kann. Diese beiden Personengruppen werden somit trotz Vergleichbarkeit rechtlich ungleich behandelt.

§ 13 Nr. 3 BWahlG bestimmt den Entzug des Wahlrechts für Personen, die sich aufgrund einer begangenen Straftat

<sup>30</sup> BVerfGE 36, 139 (141); 58, 202 (205).

<sup>31</sup> Vgl. Heun in: Dreier GG (Fn. 9), Art. 59 Rn. 47.

<sup>32</sup> BVerfG BeckRS 2019, 1818 Rn. 62.

<sup>33</sup> Vgl. IPBPR-Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 25, 12 Juli 1996, UN-Doc CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 7, Rn. 4 und 10.

<sup>34</sup> Vgl. BVerfC BeckRS 2019, 1818 Rn. 82.

<sup>35</sup> Morlok in: Dreier GG (Fn. 9), Art. 38 Rn. 65.

<sup>36</sup> Kalenborn, Die praktische Konkordanz in der Fallbearbeitung, JA 2016, 6 (9).

<sup>37</sup> Hufen, Staatrecht II Grundrechte, 7. Aufl. 2018 § 39 Rn. 5.

<sup>38</sup> Hufen, Staatrecht II (Fn. 37), § 39 Rn. 12.

<sup>39</sup> Kischel in: BeckOK Grundgesetz, Kommentar zum Grundgesetz, 40. Ed. 15.2.2019, Art. 3 Rn. 122.

<sup>40</sup> Nußberger in: Sachs GG (Fn. 26), Art. 3 Rn. 106.

<sup>41</sup> Vgl. BeckOK Grundgesetz/Kischel (Fn. 39), Art. 3 Rn. 122.

<sup>42</sup> Siehe auch die enge Formel der Typisierung von Nußberger in: Sachs GG (Fn. 26), Art. 3 Rn. 110.

gem. §§ 20, 63 StGB im psychiatrischen Maßregelvollzug befinden. Von § 20 StGB umfasst sind Personen, die bei Begehung einer Straftat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung oder wegen Schwachsinn oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig sind, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln. Diese Personen werden unabhängig von ihrem exakten Krankheitsbild somit rechtlich gleichbehandelt.

Zudem müsste die Ungleichbehandlung für die Betroffenen einen Nachteil bewirken.<sup>43</sup> Die Ungleichbehandlung durch § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG haben den Entzug des Wahlrechts zur Folge und sind somit nachteilig.

Es liegt hinsichtlich § 13 Nr. 2 BWahlG eine Ungleichbehandlung von wesensmäßig Gleichen und hinsichtlich § 13 Nr. 3 BWahlG eine Gleichbehandlung von wesensmäßig Ungleichen, mithin eine tatbestandsmäßige Ungleichbehandlung vor.

### **bb) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Die Ungleichbehandlung durch § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG könnte allerdings verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung hinsichtlich der aktiven oder passiven Wahlberechtigung bedürfen zu ihrer Rechtfertigung stets besonderer Gründe, die durch die Verfassung legitimiert und von mindestens gleichem Gewicht wie die Allgemeinheit der Wahl sind, so dass sie als zwingend qualifiziert werden können.<sup>44</sup> Bei der Prüfung, ob eine Beschränkung des Wahlrechts gerechtfertigt ist, ist ein strenger Maßstab anzulegen,<sup>45</sup> anzuwenden ist die sogenannte „Neue Formel“. Nach der Neuen Formel liegt eine Verletzung eines Gleichheitsgrundrechts vor, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.<sup>46</sup> Voraussetzung für eine Rechtfertigung von Einschränkungen der Allgemeinheit der Wahl ist somit, dass differenzierende Regelungen verhältnismäßig sind.<sup>47</sup>

<sup>43</sup> Jarass in: Jarass/Pieroth GG (Fn. 28), Art. 3 Rn. 14.

<sup>44</sup> BVerfG BeckRS 2019, 1818 Rn. 43.

<sup>45</sup> BVerfG BeckRS 2019, 1818 Rn. 46.

<sup>46</sup> BVerfGE 55, 72 (88).

<sup>47</sup> Vgl. BVerfG BeckRS 2019, 1818 Rn. 46.

<sup>48</sup> Nußberger in: Sachs GG (Fn. 26), Art. 3 Rn. 8.

<sup>49</sup> Nußberger in: Sachs GG (Fn. 26), Art. 3 Rn. 9.

<sup>50</sup> Jarass in: Jarass/Pieroth GG (Fn. 28), Art. 3 Rn. 20.

<sup>51</sup> Nußberger in: Sachs GG (Fn. 26), Art. 3 Rn. 33.

<sup>52</sup> Voßkuhle, Grundwissen - Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JuS 2007, 429 (430).

<sup>53</sup> Vgl. Jarass in: Jarass/Pieroth GG (Fn. 28), Art. 3 Rn. 24.

<sup>54</sup> Ebenda.

**Anmerkung:** Anders als bei speziellen Grundrechten richtet sich die verfassungsrechtliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG nach der sogenannten Willkürformel oder der Neuen Formel.

Nach der sogenannten Willkürformel ist eine Ungleichbehandlung erst dann nicht gerechtfertigt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Ungleichbehandlung nicht finden lässt.<sup>48</sup> Für die Annahme einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung ist das Vorliegen einer evidenten Ungerechtigkeit entscheidend.<sup>49</sup>

Die sogenannte Neue Formel lässt eben das Problem der Evidenz hinter sich, indem sie eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung fordert.

Während früher das Verhältnis von Willkürformel und der Neuen Formel streitig war, gilt mittlerweile ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab.<sup>50</sup> Denn auch innerhalb einer Verhältnismäßigkeitsabwägung kann die Kontrolldichte bis zur Evidenzprüfung zurückgeschraubt werden.<sup>51</sup> Bei einer Ungleichbehandlung mit hoher Intensität ist eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen. Liegt ein Eingriff mit geringer Intensität vor, so genügt eine Verhältnismäßigkeitsabwägung anhand der Willkürformel.<sup>52</sup>

Ein Eingriff ist insbesondere dann von geringer Intensität, sofern die Ungleichbehandlung nicht oder nur in geringem Maße an Merkmale anknüpft, die leicht durch eigenes Verhalten des Betroffenen begegnet werden können, also sachbezogen sind.<sup>53</sup> Daraus folgt als *argumentum e contrario*, dass die Intensität des Eingriffes umso höher liegt, je mehr die Ungleichbehandlung an Persönlichkeitsmerkmale anknüpft.<sup>54</sup>

Zu überprüfen ist, ob die Ungleichbehandlung durch § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG verhältnismäßig ist.

### (1) Verhältnismäßigkeit von § 13 Nr. 2 BWahlG

§ 13 Nr. 2 BWahlG könnte verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Dafür müsste die Regelung einen legitimen Zweck verfolgen sowie geeignet, erforderlich und angemessen sein.

#### (a) Legitimer Zweck

§ 13 Nr. 2 BWahlG müsste einen legitimen Zweck verfolgen. Die Allgemeinheit der Wahl kann nur zum Schutz anderer Rechtsgüter mit Verfassungsrang eingeschränkt werden.<sup>55</sup> Legitimer Zweck zur Einschränkung der Allgemeinheit der Wahl ist insbesondere die Sicherung des Charakters der Wahl als Integrationsvorgang bei der politischen Willensbildung des Volkes und der Gewährleistung der Funktionsstüchtigkeit der zu wählenden Volksvertretung. Die Demokratie setzt eine freie und offene Kommunikation zwischen Regierenden und Regierten voraus.<sup>56</sup> Nur durch eine offene Kommunikation kann die Wahl ein Integrationsvorgang bei der politischen Willensbildung des Volkes sein. Zwecksetzung von § 13 Nr. 2 BWahlG ist es, Personen, die nicht über die nötige Einsicht und Urteilsvermögen über die Bedeutung der Wahl verfügen, von der Wahl auszuschließen. Damit soll ebenjene Integrationsfunktion der Wahl sichergestellt werden. § 13 Nr. 2 BWahlG verfolgt somit einen legitimen Zweck von Verfassungsrang.

#### (b) Geeignetheit

§ 13 Nr. 2 BWahlG müsste zur Sicherung des Charakters der Wahl als Integrationsvorgang bei der politischen Willensbildung des Volkes und der Gewährleistung der Funktionsstüchtigkeit der zu wählenden Volksvertretung geeignet sein. Das ist der Fall, soweit sie zumindest förderlich für die Erreichung des Zwecks ist. Nicht notwendig ist der Nachweis, dass der angegebene Zweck durch das eingesetzte Mittel vollständig erreicht wird, denn es genügt, dass das Mittel die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass der angestrebte Erfolg zumindest teilweise eintritt.<sup>57</sup> Die Fähigkeit einer selbstbestimmten Wahlentscheidung zu treffen erfordert das Vorliegen einer Einsichts- und Kommunikationsfähigkeit.

A führt an, dass der für die Wahlentscheidung erforderliche Einsichts- und Kommunikationsfähigkeit bei der

Entscheidung zur Bestellung einer Betreuung in allen Angelegenheiten keine Relevanz zukommt. Vielmehr entscheide der Betreuungsbedarf letztlich, ob bei einer Person eine Betreuung in allen Angelegenheiten bestellt wird. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass im Rahmen der Bestellung einer Betreuung in allen Angelegenheiten neben dem Betreuungsbedarf auch die Betreuungsbedürftigkeit der Person in allen Angelegenheiten intensiv überprüft wird.<sup>58</sup> Es muss feststehen, dass die betroffene Person in ihrer konkreten Lebenssituation ihren Alltag nicht, auch nicht teilweise, zu beherrschen vermag.<sup>59</sup> Gründe für diese Betreuungsbedürftigkeit können gem. § 1896 Abs. 1 S. 1 BGB in einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung liegen. Eine psychische Krankheit oder eine körperliche, geistige oder seelische Behinderung können auch das Fehlen der für eine selbstbestimmte Wahlentscheidung erforderlichen Einsichts- und Kommunikationsfähigkeit begründen. Bei der Bestellung eines Betreuers in allen Angelegenheiten handelt es sich daher typischerweise um Fälle, bei denen den betroffenen Personen die zur Teilnahme am demokratischen Kommunikationsprozess erforderliche Einsichtsfähigkeit fehlt. § 13 Nr. 2 BWahlG scheint somit zumindest förderlich für die Erreichung des Zwecks, mithin geeignet.<sup>60</sup>

#### (c) Erforderlichkeit

§ 13 Nr. 2 BWahlG müsste erforderlich sein. Erforderlich ist eine Maßnahme, sofern es kein milderes, gleich effektives Mittel gibt.<sup>61</sup> Eine treuhänderische Wahrnehmung des Wahlrechts durch einen Betreuer wäre möglicherweise gleich effektiv und in jedem Fall weniger eingriffsintensiv. Eine solche Lösung ist jedoch aufgrund der Eigenschaft des Wahlrechts als höchstpersönliches Recht verfassungsrechtlich unzulässig. Weitere Maßnahmen, die gleich effektiv jedoch milder sind, sind nicht ersichtlich. § 13 Nr. 2 BWahlG ist erforderlich.

#### (d) Angemessenheit

§ 13 Nr. 2 BWahlG müsste angemessen sein. Eine Maßnahme ist angemessen, sofern die dadurch verursachte Einwirkung auf die Betroffenen mit dem Zweck der Maßnahme

<sup>55</sup> Morlok in: Dreier GG (Fn. 9), Art. 38 Rn. 72.

<sup>56</sup> BVerfGE 132, 39 (50).

<sup>57</sup> Grzeszick in: Maunz/Dürig GG (Fn. 4), Art. 20 Rn. 112.

<sup>58</sup> Hinweis: Im Betreuungsrecht wird unterschieden in Betreuungsbedürftigkeit und Betreuungsbedarf; Betreuungsbedürftigkeit liegt vor, wenn eine Person nicht mehr zur Besorgung bestimmter oder aller ihrer Angelegenheiten in der Lage ist; Betreuungsbedarf ist der Handlungsbedarf, welcher durch die Betreuungsbedürftigkeit ausgelöst wird.

<sup>59</sup> BVerfG BeckRS 2019, 1818 Rn. 97.

<sup>60</sup> Das BVerfG lehnt die Geeignetheit nicht ab, äußert jedoch Bedenken daran, vgl. BVerfG BeckRS 2019, 1818 Rn. 95ff.

<sup>61</sup> Grzeszick in: Maunz/Dürig GG (Fn. 4), Art. 20 Rn. 113.

in einem rechten Verhältnis steht. Zur Herstellung eines optimalen Schutzniveaus darf § 13 Nr. 2 BWahlG nach dem sogenannten Übermaßverbot weder zu weit in das vorbehaltlos gewährte Grundrecht aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG eingreifen, noch nach dem sogenannten Untermaßverbot die Sicherung des Charakters der Wahl als Integrationsvorgang bei der politischen Willensbildung des Volkes und der Gewährleistung der Funktionstüchtigkeit der zu wählenden Volksvertretung vernachlässigen.<sup>62</sup>

Fraglich ist, ob § 13 Nr. 2 BWahlG überhaupt den Anforderungen an eine rechtmäßige Typisierung genügt. Die Praktikabilität und Einfachheit des Rechts gehören gerade bei der Ordnung von Massenerscheinungen zu den notwendigen Voraussetzungen eines gleichheitsgerechten Gesetzesvollzugs, denen auch innerhalb gleichheitsrechtlicher Abwägungen erhebliches Gewicht zukommt.<sup>63</sup> Im Rahmen der Typisierung hat der Gesetzgeber sachgerecht und realitätsgerecht zu typisieren, also die Regelung nicht am atypischen, sondern am tatsächlich typischen Fall zu orientieren.<sup>64</sup> Außerdem müssten die Vorteile der Typisierung im rechten Verhältnis zu der ihr verbundenen Ungleichheit stehen. Die Vorteile der Typisierung stehen im rechten Verhältnis, wenn die durch die Typisierung eingetretene Ungleichbehandlung nur unter Schwierigkeiten vermeidbar ist, lediglich eine kleine Zahl von Personen betrifft sowie das Ausmaß der Ungleichbehandlung gering ist.<sup>65</sup>

Es ist fraglich, ob die Typisierung nach § 13 Nr. 2 BWahlG überhaupt sachgerecht ist. § 13 Nr. 2 BWahlG knüpft an ein streng formales Merkmal, nämlich die Bestellung einer Betreuung in allen Angelegenheiten, an. A führt wahrscheinlich gemäß an, dass dem deutschen Betreuungsrecht der Grundsatz der Erforderlichkeit zugrunde liegt. Eine Betreuung wird nur dann angeordnet, wenn der Betreuungsbedürftigkeit des Betroffenen nicht auf andere Weise, insbesondere durch die Erteilung einer Betreuungs- oder Vorsorgevollmacht oder hinreichende Versorgung im Familienkreis, Rechnung getragen werden kann. Zwar wird im Verfahren intensiv die Betreuungsbedürftigkeit geprüft, doch der letztendliche Wahlrechtsentzug ist davon abhängig, ob wegen bestehendem Betreuungsbedarf ein Betreuer angeordnet wird oder eben anderweitig kompensiert werden kann. Viele seiner Freunde behielten daher durch die Erteilung einer Vorsorgevollmacht ihr

<sup>62</sup> Vgl. Kalenborn (Fn. 36), JA 2016, 6 (10).

<sup>63</sup> Nußberger in: Sachs GG (Fn. 26), Art. 3 Rn. 108.

<sup>64</sup> Nußberger in: Sachs GG (Fn. 26), Art. 3 Rn. 108.

<sup>65</sup> BVerfG BeckRS 2019, 1818 Rn. 105.

<sup>66</sup> Vgl. BVerfG BeckRS 2019, 1818 Rn. 106; das BVerfG zweifelt am Vorliegen einer lediglich geringen Anzahl von Personen bei ca. 80.000 Betroffenen, nennt jedoch keine absolute Zahl.

Wahlrecht. Der Wahlrechtsentzug durch § 13 Nr. 2 BWahlG knüpft somit an einen Zustand, welcher in der Regel vom Zufall abhängt. Der Zufall ist jedoch kein legitimes Kriterium für den Entzug des Wahlrechts. § 13 Nr. 2 BWahlG fehlt es bereits an der Sachgerechtigkeit.

Problematisch könnte zudem die Anzahl der von der Typisierung betroffenen Menschen sein. Zum Zeitpunkt der Bundestagswahl am 22. September 2013 sowie der Bundestagswahl am 24. September 2017 wurden jeweils ca. 80.000 Menschen aufgrund § 13 Nr. 2 BWahlG vom Wahlrecht ausgeschlossen. Aufgrund dieser Anzahl lässt sich die Annahme einer lediglich kleinen Zahl von betroffenen Personen nur noch sehr schwer vertreten.<sup>66</sup>

Zudem könnte das Ausmaß der Ungleichbehandlung problematisch sein. Entzogen durch § 13 Nr. 2 BWahlG wird das Wahlrecht. Das Wahlrecht stellt als Voraussetzung für die Verwirklichung des Grundsatzes der Volkssouveränität das vornehmste Recht des Bürgers in einem demokratischen Staat dar. Ist ein solch elementares Recht betroffen, so lässt sich keinesfalls mehr von einer Ungleichbehandlung mit geringem Ausmaß sprechen. Das Ausmaß der Ungleichbehandlung im Verhältnis zu Menschen mit Betreuungsbedürftigkeit aber ohne Betreuungsbedarf ist nicht nur geringfügig.

§ 13 Nr. 2 BWahlG ist weder sachgerecht, noch ist lediglich eine kleine Zahl von Personen betroffen oder das Ausmaß der Ungleichbehandlung geringfügig. Die Typisierung im Rahmen des § 13 Nr. 2 BWahlG steht daher in keinem rechten Verhältnis zu der mit ihr verbundenen Ungleichbehandlung und ist somit nicht angemessen.

### (e) Zwischenergebnis

§ 13 Nr. 2 BWahlG ist nicht verhältnismäßig.

## (2) Verhältnismäßigkeit von § 13 Nr. 3 BWahlG

§ 13 Nr. 3 BWahlG könnte verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Dafür müsste die Regelung einen legitimen Zweck verfolgen sowie geeignet, erforderlich und angemessen sein.

### (a) Legitimer Zweck

§ 13 Nr. 3 BWahlG müsste einen legitimen Zweck verfolgen. Hierfür kommt wieder die Sicherung des Charakters der Wahl als Integrationsvorgang bei der politischen

Willensbildung des Volkes, also der Schutz der Wahl vor Personengruppen, denen es an der für die politische Willensbildung erforderlichen Einsichtsfähigkeit fehlt, in Betracht. Ein legitimer Zweck von Verfassungsrang liegt vor.

### (b) Geeignetheit

§ 13 Nr. 3 BWahlG müsste zudem geeignet, mithin förderlich für die Erreichung des Zwecks der Sicherung des Charakters der Wahl als Integrationsvorgang bei der politischen Willensbildung des Volkes sein. Die Wahl als Integration bei der politischen Willensbildung des Volkes müsste vor Personengruppen geschützt werden, denen es an der für die politische Willensbildung erforderlichen Einsichtsfähigkeit fehlt. Um förderlich für die Erreichung des Zwecks zu sein, müsste § 13 Nr. 3 BWahlG daher zunächst eine Personengruppe von der Wahl ausschließen, bei vom Fehlen der erforderlichen Einsichtsfähigkeit auszugehen ist.

§ 13 Nr. 3 BWahlG bestimmt einen generellen Wahlauschluss für Personen, die sich nach §§ 20, 63 StGB im psychiatrischen Maßregelvollzug befinden. Der Tatbestand von § 20 StGB umfasst eine Bandbreite von Krankheitsbildern. Demnach ist schuldunfähig, wer bei Begehung einer Straftat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung oder wegen Schwachsinn oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.

C befindet sich aufgrund einer im Zustand der Schuldunfähigkeit begangenen Straftat nach §§ 20, 63 StGB im psychiatrischen Maßregelvollzug. Ausgelöst wurde dieser Zustand durch eine akute Alkoholintoxikation. Das Krankheitsbild einer akuten Alkoholintoxikation ist die Störungen von Bewusstseinslage, kognitiven Fähigkeiten, Wahrnehmung, Affekt und Verhalten. Die Störungen nehmen bis zur vollständigen Wiederherstellung mit der Zeit ab.

Von § 20 StGB sind jedoch auch eine Vielzahl anderer Krankheitsbilder umfasst, so etwa auch Fälle von Psychopathie. Eine Psychopathie stellt einen schweren Fall einer dissozialen Persönlichkeitsstörung dar, welche durch eine Missachtung sozialer Verpflichtungen und herzloses Unbeteiligtsein an Gefühlen für andere gekennzeichnet ist. Zwischen dem Verhalten und den herrschenden sozialen Normen besteht eine erhebliche Diskrepanz.

Insbesondere erscheint das Verhalten durch nachteilige Erlebnisse, einschließlich Bestrafung, nicht änderungsfähig. Ein pauschaler Rückschluss anhand des Vorliegens einer Schuldunfähigkeit i.S.d. § 20 StGB auf das Fehlen der für die Ausübung des Wahlrechts erforderlichen Einsichtsfähigkeit scheint aufgrund dieser stark voneinander abweichenden Krankheitsbilder bereits zweifelhaft.

Insbesondere könnte jedoch der zeitliche Aspekt problematisch sein. Die Schuldunfähigkeit i.S.d. § 20 StGB beschreibt keinen dauerhaften und deliktsunabhängigen Zustand, sondern lediglich die geistige Verfassung einer Person bei Tatbegehung.<sup>67</sup> Eine akute Alkoholintoxikation ist in der Regel ein vorübergehendes Phänomen. Dieser Zustand hat durch eine Behandlung keine Auswirkung mehr auf die wahlrechtliche Entscheidungsfähigkeit einer Person am Wahltag. Die Feststellung der Schuldunfähigkeit im Zeitpunkt der Tat erlaubt daher nicht die automatische Annahme der Einsichtsunfähigkeit in das Wesen und die Bedeutung von Wahlen.<sup>68</sup>

Es kann nicht typischerweise vom Fehlen der für die Ausübung des Wahlrechts erforderlichen Einsichtsfähigkeit aufgrund einer Unterbringung im psychiatrischen Maßregelvollzug ausgegangen werden. § 13 Nr. 3 BWahlG knüpft schon nicht an eine Personengruppe an, bei der typischerweise vom Fehlen der für die Wahlfähigkeit erforderliche Einsichtsfähigkeit auszugehen ist. § 13 Nr. 3 BWahlG ist somit nicht förderlich für die Erreichung des Zwecks, mithin nicht geeignet.

**Anmerkung:** Das Bundesverfassungsgericht sieht durch § 13 Nr. 3 BWahlG den Kreis der Regelungsbetroffenen in willkürlicher, die Fähigkeit zur Teilnahme am demokratischen Kommunikationsprozess unzureichend berücksichtigter Weise bestimmt.<sup>69</sup> Es verneint somit bereits einen vernünftigen, sich aus der Natur der Sache ergebenden oder sonst wie sachlich einleuchtenden Grund für die gesetzlich Ungleichbehandlung. Auch bei einer hypothetischen Prüfung ohne strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung, bspw. im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG, wäre somit das Vorliegen einer evidenten Ungerechtigkeit festzustellen.

### (c) Zwischenergebnis

§ 13 Nr. 3 BWahlG ist nicht verhältnismäßig.

<sup>67</sup> Vgl. Fischer, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 66. Aufl. 2019, § 20 Rn. 48.

<sup>68</sup> BVerfG BeckRS 2019, 1818 Rn. 124.

<sup>69</sup> BVerfG BeckRS 2019, 1818 Rn. 130.

### (3) Zwischenergebnis

Die Ungleichbehandlung durch § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt.

#### cc) Zwischenergebnis

Es liegt ein Verstoß gegen den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl i.S.d. Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG vor.

#### b) Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot i.S.d.

##### Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG

Es könnte ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot i.S.d. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG vorliegen. Eine Benachteiligung liegt bei jeder nachteiligen Ungleichbehandlung im Vergleich zu Nichtbehinderten vor.<sup>70</sup> Eine Behinderung ist jede nicht nur vorübergehende Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht.<sup>71</sup> § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG bestimmt einen Wahlrechtsausschluss für Menschen mit Betreuungsbedürftigkeit und Betreuungsbedarf in allen Angelegenheiten sowie Menschen, die sich nach §§ 20, 63 StGB im Maßregelvollzug befinden. Sowohl die Betreuungsbedürftigkeit, als auch die Voraussetzungen eines Maßregelvollzuges liegen nur bei einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung vor. Es sind mithin Menschen mit Behinderung betroffen.

Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ist wie Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG eine spezialgesetzliche Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes. Fraglich ist daher, ob § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG neben Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG auch an Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zu messen ist. Besondere Gleichheitssätze stehen grundsätzlich im Verhältnis der Idealkonkurrenz zueinander.<sup>72</sup> Daraus ergibt sich, dass eine Behandlung, die den Anwendungsbereich unterschiedlicher Gleichheitssätze berührt, sich an jedem dieser berührten Gebote zu messen hat.<sup>73</sup> Etwas anderes kann sich aus einem eigenständigen Spezialitätsverhältnis zwischen diesen beiden Normen ergeben. Zwar überschneiden sich die Anwendungsbereiche des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG im Falle, dass eine Behinderung Ursache für die Beschränkung des Zugangs zur Wahl ist, jedoch betrifft diese Überschneidung lediglich einen Teilbereich des Regelungsumfangs der beiden Normen. Insbesondere ist auf den unterschiedlichen

Schutzzweck der Norm hinzuweisen. Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG sichert die Egalität der Staatsbürger, Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG sichert die Nichtdiskriminierung von Menschen mit Behinderung. § 13 Nr. 2 und Nr. 3 BWahlG hat sich auch an Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zu messen.

Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ist im Lichte des Völkerrechts auszulegen.<sup>74</sup> Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ist zudem an Art. 29 lit. a iVm. Art. 12 Abs. 2 BRK (UN-Behindertenrechtskonvention) zu messen. Auch dieser Vorschrift kann weder ein allgemeines Verbot von Wahlrechtsausschlüssen noch ein Verbot behindertenspezifischer Wahlrechtsausschlüsse entnommen werden. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG entspricht geltendem Völkerrecht.

Eine rechtliche Schlechterstellung Behindeter ist grundsätzlich zulässig, wenn zwingende Gründe eine solche rechtfertigen.<sup>75</sup> Eine Schlechterstellung unterliegt jedoch einem strengen Maßstab. Ein zwingender Grund liegt vor, wenn einer Person gerade aufgrund ihrer Behinderung bestimmte geistige oder körperliche Fähigkeiten fehlen, die unerlässliche Voraussetzung für die Wahrnehmung des Wahlrechts sind.<sup>76</sup>

Auch die Schlechterstellung von Menschen mit Behinderung ist durch die unzureichende Rechtfertigung der Typisierung nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt.<sup>77</sup>

#### dd) Zwischenergebnis

Es liegt ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot i.S.d. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG vor.

## 2. Mandatsrelevanz

Problematisch erscheint hier, ob der dargestane Verstoß gegen den Allgemeinheitsgrundsatz und das Benachteiligungsverbot überhaupt mandatsrelevant ist. Mandatsrelevant ist ein Fehler, wenn dieser Einfluss auf die Mandatsverteilung hat oder haben kann.<sup>78</sup> Doch stellt sich die Frage, ob eine solche Mandatsrelevanz im vorliegenden Fall überhaupt erforderlich ist. Bei der Beurteilung des Erfordernisses einer Mandatsrelevanz bei Wahlprüfungsbeschwerden ist zu berücksichtigen, dass Verfassungsbeschwerden, die Maßnahmen in Bezug auf eine konkrete Bundestagswahl zum Gegenstand haben, aufgrund der Exklusivität der Wahlprüfungsbeschwerde i.S.d. § 49 BWahlG

<sup>70</sup> Kischel in: BeckOK Grundgesetz (Fn. 39), Art. 3 Rn. 234.

<sup>71</sup> Kischel in: BeckOK Grundgesetz (Fn. 39), Art. 3 Rn. 233.

<sup>72</sup> BVerfG BeckRS 2019, 1818 Rn. 51.

<sup>73</sup> Ebenda.

<sup>74</sup> Zu Art. 25 IPBPR und Art. 3 EMRKZusProt wird auf Art. 38 Abs. 1 Satz 1 verwiesen.

<sup>75</sup> Baer/Markard in: Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 3 Rn. 544.

<sup>76</sup> BVerfGE 99, 341 (357).

<sup>77</sup> Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung wird auf die Ausführungen zu Art. 38 Abs. 1 Satz 1 verwiesen.

<sup>78</sup> Lackner, Grundlagen des Wahlprüfungsrechts nach Art. 41 GG, JuS 2010, 307 (310).

unzulässig sind.<sup>79</sup> Nicht jeder Wahlfehler, der subjektive Rechte verletzt, hat aber zugleich Auswirkungen auf die Mandatsverteilung einer Wahl. Daraus ergibt sich eine erhebliche Rechtsschutzlücke für solche Fälle, die keine Mandatsrelevanz aufweisen aber Maßnahmen in Bezug auf eine konkrete Bundestagswahl sind.<sup>80</sup> So liegt der vorliegende Fall. Hinweise für eine Mandatsrelevanz sind nicht ersichtlich und Gegenstand der Beschwerde ist der Wahlrechtsausschluss von der Bundestagswahl am 22. September 2013. Es entspricht dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes auf das Erfordernis der Mandatsrelevanz in solchen Fällen zu verzichten.<sup>81</sup> Die Mandatsrelevanz ist vorliegend nicht erforderlich.

### 3. Zwischenergebnis

Es liegt ein materieller Wahlfehler vor. Grundsätzlich stellt das Bundesverfassungsgericht die Nichtigkeit von verfassungswidrigen Normen fest.<sup>82</sup> Fraglich ist, welche Auswirkung dieser materielle Wahlfehler aber auf die Bundestagswahl am 22. September 2013 oder die Bundestagswahl am 24. September 2017 hat. Zu berücksichtigen ist neben dem Interesse der richtigen Abbildung des Wählerinteresses auf der einen Seite auch der Grundsatz des größtmöglichen Bestandsschutzes des Parlaments auf der anderen Seite.<sup>83</sup> Ein Wahlfehler führt daher weder automatisch zur Ungültigkeit der Bundestagswahl, noch zur unmittelbaren Auflösung des Parlaments oder zur Wiederinsetzung des alten Bundestages.<sup>84</sup> Eine Wahl ist auch nur dann ungültig, wenn ein erheblicher Wahlfehler vorliegt. Erheblich ist ein Wahlfehler, wenn er von solchem Gewicht ist, dass ein Fortbestand der in dieser Weise gewählten Volksvertretung unerträglich erscheint.<sup>85</sup> Dies setzt wiederum grundsätzlich die Mandatsrelevanz des Wahlfehlers voraus. Doch auch im Falle eines Einflusses des Wahlrechtsausschlusses durch § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG auf die Sitzverteilung im Bundestag ist die Ungültigkeit der Bundestagswahl fraglich. Dabei ist einerseits zu berücksichtigen, dass sich der Wahlfehler nicht auf bestimmte Mandate oder einzelne Landeslisten beschränken lässt; betroffen ist die Wahl insgesamt.<sup>86</sup> Eine Auflösung des Deutschen Bundestages, ohne dass zuvor dem Parlament Gelegenheit

gegeben wird, das Bundeswahlgesetz anzupassen, würde andererseits dazu führen, dass auch der dann zu wählende Bundestag auf einer verfassungswidrigen Rechtsgrundlage gewählt werden müsste.<sup>87</sup> Das Interesse am Bestandschutz der im Vertrauen auf die Verfassungsmäßigkeit des Bundeswahlgesetzes zusammengesetzten Volksvertretung überwiegt hier dem festgestellten Wahlfehler. Der Wahlfehler hat keine Auswirkung auf die Gültigkeit der Bundestagswahlen aus 2013 oder 2017.

### C. Ergebnis

Die Wahlprüfungsbeschwerde von A und C ist zulässig und begründet und hat somit Aussicht auf Erfolg.

### Fazit

In seinem Beschluss vom 29.01.2019 hat das Bundesverfassungsgericht eine bis dato in den gängigen Kommentaren zum Bundeswahlgesetz gebetsmühlenartig als verfassungsgemäß titulierte Wahlrechtsnorm als verfassungswidrig und in Teilen für nichtig erklärt.

Zwar stellt eine Wahlprüfungsbeschwerde nicht gängiges Verfassungsprozessrecht dar, dennoch lohnt sich nun aufgrund dieses gesellschaftspolitisch viel diskutierten Urteils ein Blick auf diese Verfahrensart vor dem Bundesverfassungsgericht. Auch prozessual hat der Fall einiges zu bieten, vor allem im Rahmen der klassisch juristischen Regel-Ausnahme-Systematik.

Zu beachten ist, dass viele Landeswahlvorschriften an die bundesrechtlichen Vorschriften angelehnt sind. So entsprach der Ausschluss von Menschen mit einer angeordneten Betreuung in allen Angelegenheiten sowie Personen, die sich nach §§ 20, 63 StGB im Maßregelvollzug befinden auch in Niedersachsen gängiger Wahlrechtspraxis. Der Niedersächsische Landtag hat bereits reagiert und Ende März 2019 eine Gesetzesänderung in kürzester Zeit durch den Landtag gebracht. Die Motivation leuchtet ein. Bereits Mitte Mai 2019 stehen in Niedersachsen zahlreiche Kommunalwahlen an.

<sup>79</sup> BVerfGE 11, 329 (329); 14, 154 (155); 16, 128 (130).

<sup>80</sup> BVerfG BeckRS 2019, 1818 Rn. 31.

<sup>81</sup> Ebenda.

<sup>82</sup> Nicht, wenn durch Nichtigerklärung einer Norm ein Zustand entstünde, der von der verfassungsmäßigen Ordnung noch weiter entfernt wäre als die bisherige Lage, vgl. BVerfG BeckRS 2019, 1818 Rn. 138.

<sup>83</sup> Brocker in: BeckOK Grundgesetz (Fn. 39), Art. 41 Rn. 4.

<sup>84</sup> Brocker in: BeckOK Grundgesetz (Fn. 39), Art. 41 Rn. 4ff.

<sup>85</sup> Vgl. BVerfG, Effekt des negativen Stimmgewichts bei der Bundestagswahl, NWZ 2008, 991 (997).

<sup>86</sup> Ebenda.

<sup>87</sup> Ebenda.

Auch der Bund hat bereits eine Gesetzesänderung hinsichtlich des § 13 Nr. 2 BWahlG sowie des § 6a EuWG beschlossen, diese trat am 01. Juli 2019 in Kraft. Fraglich war somit, inwiefern die beschlossenen Gesetzesänderung Auswirkung auf die Europawahl am 26. Mai 2019 hat. Auf Eilantrag einiger Oppositionsfraktionen hat das Bundesverfassungsgericht mit Urteil vom 15.04.2019 (2 BvQ 22/19) entschieden, dass die entsprechenden Regelungen des Europawahlgesetzes (§ 6a Nr. 2, 3 EuWG) schon für die anstehende Wahl des EU-Parlaments nicht anzuwenden sind.

## Altlastenverdacht

stud. iur. Jonas Vonjahr

BGH V ZR 250/15

§§ 437 Nr. 3, 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 444; 280, 281 BGB

**Sachverhalt (gekürzt und verändert):** K erwarb am 30.09.2003 mehrere mit einem Gewerbepark bebaute Grundstücke von dem B. K und B schlossen einen wirksamen notariellen Kaufvertrag ab, in welchem die Haftung des B für Sachmängel, mit Ausnahme der Haftung für Vorsatz und Arglist, ausgeschlossen wurde. In § 5 des Vertrages einigten sich Kläger und Beklagte darauf, dass sie beide unternehmerisch handelten.

B hatte die entsprechenden Grundstücke im Jahr 1989 von einem Hoch- und Tiefbauunternehmen erworben. Ihm war bekannt, dass auf den Grundstücken in den 1960er bis 80er Jahren eine Asphaltmischanlage für den regionalen Straßenbau sowie ein Klärschlammrückhaltebecken betrieben worden waren. V, die damalige Verkäuferin des Grundstücks, hatte vertraglich versichert, dass ihr Bodenverunreinigungen nicht bekannt seien. Ohnehin würden bei einer Demontage vergleichbarer Anlagen üblicherweise auch die Fundamente herausgerissen und eventuelle Verunreinigungen ausgebaggert. Ob B ausgehend von diesem Vertrag davon überzeugt war, dass der Verdacht von Bodenverunreinigungen endgültig ausgeräumt war, lässt sich nicht klären.

Am 06.07.2005 wird dem K die ehemalige Nutzung des Grundstücks bekannt. Da er den Verdacht hat, dass Bodenverunreinigungen durch die ehemalige Nutzung zurückgeblieben seien und er daher Angst hat, sein Grundstück könnte an Wert verloren haben, fordert der K Schadensersatz in Höhe der Wertminderung des Grundstücks. Ob tatsächlich eine Bodenverunreinigung besteht, ist ungewiss.

**Hat K Anspruch auf Schadensersatz gegen B?**

### EINORDNUNG

Im Examen werden innerhalb des Kaufrechts gerne Fälle mit Immobilien abgefragt. Dies gilt nicht zuletzt aufgrund der vielfältigen unüblichen Konstellationen, die in diesen Fällen möglich sind. Besonders entscheidend könnte in dem Bereich diese Entscheidung sein, in welcher der BGH den Sachmängelbegriff in Bezug auf Altlastenverdacht bei Grundstücken präzisiert bzw. erweitert. Ein Altlastenverdacht wird dabei neuerdings auch unabhängig vom Altlastenkataster geprüft.

Bezogen auf den subjektiven Tatbestand der Arglist hält der Verkäufer einen Sachmangel mindestens für möglich, wenn er die frühere Nutzung des Grundstücks kannte und es zumindest für möglich hielt, dass diese einen Altlastenverdacht begründet. Auch insoweit müssen keine konkreten Tatsachen hinzutreten, die den Altlastenverdacht erhärten.

Macht der Verkäufer, der aus der ihm bekannten früheren gefahrenträchtigen Nutzung des Grundstücks den Schluss auf einen möglichen Altlastenverdacht gezogen hat, geltend, er habe bei Vertragsschluss angenommen, der Altlastenverdacht sei ausgeräumt gewesen, muss er dies anhand objektiver Umstände plausibel machen. Für entsprechende Umstände trifft ihn eine sekundäre Darlegungslast.

### ORIENTIERUNGSSÄTZE

Begründet die frühere Nutzung eines Grundstücks einen Altlastenverdacht, weist dieses einen Sachmangel im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB auf, ohne dass weitere Umstände hinzutreten müssen. Insbesondere bedarf es für die Annahme eines Sachmangels keiner zusätzlichen Tatsachen, die auf das Vorhandensein von Altlasten hindeuten.

Verschweigt der Verkäufer eine ihm bekannte frühere Nutzung des Grundstücks, die einen Altlastenverdacht begründet, so handelt er arglistig im Sinne von § 444 BGB.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Anspruch aus Schadensersatz statt der Leistung  
gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 u. 3, 281 Abs. 1 S.1 BGB

I. Kaufvertrag

II. Sachmangel bei Gefahrübergang

### 1. Sachmangel

- a) Mangel gem. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB
- b) Mangel gem. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB
- c) Mangel gem. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB

2. Zum Zeitpunkt des Gefahrenübergangs

3. Keine Nacherfüllung, § 437 Nr. 1, 439 BGB

4. Zwischenergebnis

III. Angemessene Fristsetzung zur

Nach erfüllung bzw. Entbehrlichkeit

IV. Vertretenenmüssen des Verkäufers

V. Keine Verjährung, § 438 BGB

1. Fristbestimmung

2. Wahrung der Frist

VI. Kein Ausschluss der Mängelhaftung

1. Gesetzlicher Haftungsausschluss

2. Vertraglicher Haftungsausschluss

3. Arglistiges Verschweigen gem. § 444 BGB

4. Zwischenergebnis

VII. Umfang des Schadensersatzes statt der Leistung

B. Ergebnis

### A. Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 u. 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB

K könnte gem. §§ 437 Nr. 3, 434, 280 Abs. 1 u. 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB einen Anspruch auf Ersatz in Höhe der Wertminderung des von ihm gekauften Grundstücks gegen B haben.

#### I. Kaufvertrag

Voraussetzung dafür ist zunächst das Vorliegen eines Kaufvertrags i.S.d. § 433 BGB. Dieser setzt eine Einigung der Vertragsparteien voraus. B und K haben sich am 30.09.2003 auf einen Kaufvertrag über drei Grundstücke geeinigt. Somit liegt ein Kaufvertrag gem. § 433 BGB vor. Da der Kaufvertrag notariell beglaubigt wurde, haben K und B auch das Formerefordernis der §§ 311b, 128 BGB für Immobilienkaufverträge erfüllt.

## II. Sachmangel bei Gefahrübergang

Weiterhin müsste auch ein Sachmangel bei Gefahrübergang vorliegen. Dafür müsste das Grundstück gem. §§ 433, 434, 446 S. 1 BGB bei Gefahrenübergang einen kaufrechtlich relevanten Mangel aufgewiesen haben.

### 1. Sachmangel

Ein Sachmangel liegt vor, wenn die Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit in einem negativen Sinne abweicht.<sup>1</sup> Die Beschaffenheit umfasst dabei alle Umstände, die mit dem physischen Zustand der Kaufsache zum Zeitpunkt des Gefahrenübergangs zusammenhängen.<sup>2</sup>

#### a) Mangel i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB

Ein Sachmangel i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB läge vor, wenn die Kaufsache zum Zeitpunkt des Gefahrenübergangs nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufgewiesen hat. Eine erforderliche vertragliche Vereinbarung im Rahmen des Vertragsabschlusses oder eine nachträgliche Vereinbarung über die Beschaffenheit des Grundstücks liegt nicht vor. Es besteht somit kein Sachmangel i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB.

#### b) Mangel i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB

Ein Sachmangel i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB läge vor, wenn die Sache sich nicht zur Verwendung nach vertraglich vorausgesetzter Art und Weise eignen würde. Die daraus folgende Eignung zu einem bestimmten Verwendungszweck kann auch konkludent bestehen.<sup>3</sup> Gesonderte Zusagen über einen Verwendungszweck sind hier allerdings auch unter dieser Maßgabe nicht ersichtlich. Es liegt mithin kein Sachmangel i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB vor.

#### c) Mangel i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB

Der Sachmangel des Grundstücks könnte sich allerdings aus § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB ergeben. Demnach wäre die Mangelfreiheit der Sache über die Vorschriften des § 434 Abs. 1 S. 1 u. 2 Nr. 1 BGB hinaus nur dann gegeben, wenn sich die Sache bei Gefahrenübergang zur gewöhnlichen Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, welche der Schuldner sowohl nach Art der Sache erwarten kann, als auch bei Sachen gleicher Art üblich ist. Zur gewöhnlichen Verwendung eignet sich eine Sache, wenn sie sich zu einer Verwendung eignet, die dem Erwartungshorizont, welcher durch den Vergleich mit Sachen der gleichen Gattung

<sup>1</sup> Saenger in: Hk-BGB, 10. Aufl. 2019, § 434 BGB Rn. 8; Weidenkaff in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), 78. Aufl. 2019, § 434 BGB Rn. 7.

<sup>2</sup> Faust in: Beck-Online Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Stand: 01.11.2018, § 434 BGB Rn. 27.

<sup>3</sup> vgl. Saenger in: Hk-BGB (Fn. 1), § 434 BGB Rn. 11.

naheliegend ist, entspricht.<sup>4</sup> Bei der üblichen Beschaffenheit einer Sache ist auf die objektive Käufererwartung abzustellen.<sup>5</sup> Vorliegend besteht der Verdacht eines mit Altlasten belasteten Grundstücks. Dies ist insofern problematisch, als dass ein Grundstück, das einem Altlastenverdacht unterliegt, bereits nicht uneingeschränkt zur gewöhnlichen Verwendung nutzbar ist. Schon der Verdacht einer Belastung des Grundstücks kann sowohl einer Vermietung oder Verpachtung als auch einem Weiterverkauf im Wege stehen. Ein Altlastenverdacht könnte potenzielle Mieter, Pächter und Käufer abschrecken. Auch ist ausgehend von der objektiven Käufererwartung ein Grundstück ohne Altlastenverdacht anzunehmen. Ein Grundstück mit anhaftendem Altlastenverdacht mindert den Weiterverkaufswert des Grundstücks nicht unerheblich. Auch besteht eine deutlich erhöhte Gefahr einer öffentlich-rechtlichen Inanspruchnahme.<sup>6</sup> Nicht zuletzt kann ein Altlastenverdacht die Bebauung eines Grundstücks nicht unwesentlich erschweren. Zumindest ein hinreichend konkreter Altlastenverdacht stellt also bereits eine Abweichung von der objektiv zu erwartenden Beschaffenheit dar. Demnach ist davon auszugehen, dass ein Altlastenverdacht allgemeinhin einen Mangel i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB darstellt.

Fraglich ist, ob der Altlastenverdacht im vorliegenden Fall hinreichend konkret ist. Das Grundstück taucht nicht im regionalen Altlastenkataster auf. Auch ist laut Sachverhalt eine Dekontamination des entsprechenden Grundstücks bei einem Rückbau der ehemaligen Anlagen zumindest üblich.

Die ursprüngliche Benutzung des Grundstücks lag hier unter anderem in der Nutzung als Klärschlammrückhaltebecken. Es ist davon auszugehen, dass bei einer solchen Verwendung eine nicht unerhebliche Belastung chemischer und biologischer Natur entsteht. Dies allein begründet schon einen konkreten Verdacht und macht eine Eintragung ins Altlastenkataster unerheblich.<sup>7</sup> Ein Nachweis, dass der Altlastenverdacht unerheblich ist, ist für K nur unter unzumutbaren Umständen zu erbringen. Folglich ist von einem ausreichend konkreten Altlastenverdacht auszugehen. Mithin liegt ein Sachmangel i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB vor.

## 2. Bei Gefahrenübergang, §§ 434 Abs. 1 S. 1, 446 S. 1 BGB

Der genannte Sachmangel müsste gem. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB bereits zum Zeitpunkt des Gefahrenübergangs vorgelegen haben. Der Zeitpunkt des Gefahrenübergangs ist gem. § 446 BGB der Zeitpunkt der Übergabe der Sache an den Käufer. Bei Grundstückskäufen ist es üblich, vertragliche Regelungen bezüglich des Gefahrenübergangs zu treffen, wobei auch eine Vorverlegung des Gefahrenübergangs auf den Abschluss des Vertrages denkbar wäre.<sup>8</sup>

Der genaue Zeitpunkt des Gefahrenübergangs ist im vorliegenden Fall nicht eindeutig feststellbar. Allerdings ist der konkrete Zeitpunkt nicht von Belang. Da es sich bei dem in Frage stehenden Sachmangel um einen Altlastenverdacht handelt, der auf der Nutzung des Grundstücks bis zum Jahr 1989 fußt, hat der Mangel unstreitig auch 2003 und somit im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs bestanden.

## 3. Zwischenergebnis

Es liegt ein Sachmangel i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB bei Gefahrenübergang vor. Dementsprechend besteht eine Pflichtverletzung des B in Form einer Schlechtleistung.

## III. Angemessene Fristsetzung zur Nacherfüllung

Der K müsste der B außerdem gem. § 281 Abs. 1 S. 1 BGB eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben. Dies hat er nicht getan.

Die Setzung einer Frist zur Nacherfüllung könnte allerdings entbehrlich sein. Dies wäre der Fall, wenn der Schuldner die Leistung endgültig verweigert (§ 281 Abs. 2 Alt. 1 BGB) oder wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung beiderseitiger Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen (§ 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB). Der Mangel besteht in einem bloßen Verdacht. Zur Beseitigung dieses Mangels müsste der B also den Nachweis erbringen, dass das Grundstück nicht durch Altlasten belastet ist. Da dieser Nachweis impraktikabel für alle Vertragsparteien wäre, ist die Nachfristsetzung gem. § 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB entbehrlich.

Darüber hinaus könnte B sich arglistig verhalten haben. Arglistiges Verhalten des Schuldners, insbesondere hinsichtlich des Vorliegens von Sachmängeln beim Kauf- und Werkvertrag, führt im Regelfall dazu, dass besondere Umstände i.S.d.

<sup>4</sup> Faust in: BeckOK (Fn. 2), § 434 Rn. 58.

<sup>5</sup> BGH NJW 2007, 1351; Weidenkaff in: Palandt (Fn. 1), § 434 Rn. 30.

<sup>6</sup> Vgl. BGH NJW 2018, 389.

<sup>7</sup> Vgl. BGH NJW 2018, 389; OLG Saarbrücken, BeckRS 2015, 122983.

<sup>8</sup> Westermann in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band IV, 8. Aufl. 2019, § 446 Rn. 14.

Absatzes 2 anzunehmen sind.<sup>9</sup> Für diese Annahme spricht schon, dass in den Fällen von Arglist der Schuldner, der durch die Setzung einer angemessenen Frist geschützt wird, schon nicht mehr schützenswert ist, da er die Situation gerade durch die Verletzung seiner Pflichten herbeigeführt hat. Vorliegend könnte der B den Mangel arglistig verschwiegen haben. Dies könnte darin zu sehen sein, dass B die K nicht über die ehemalige Nutzung des Grundstücks und eine darauf basierende Exposition des Grundstücks bezüglich Altlasten aufklärte. Problematisch ist, dass arglistiges Verschweigen nur bei Fällen des Vorsatzes, nicht bei Fällen irgendwie gearteter Fahrlässigkeit Anwendung findet.<sup>10</sup> B müsste also vorsätzlich einen Altlastenverdacht verschwiegen haben. Fraglich ist nicht nur, ob der B den Altlastenverdacht erkennen konnte, sondern auch, ob er von selbst ausging und deswegen keine Angaben zur Vornutzung des Grundstücks machte. Laut Sachverhalt kann keine von beiden Seiten nachweisen, dass B vorsätzlich handelte bzw. dass er davon ausging, dass alle Altlasten beseitigt wurden und dementsprechend gar kein Altlastenverdacht besteht. Für die Lösung des Falles kommt es daher auf die Frage der Darlegungspflicht an. Grundsätzlich trifft K die Darlegungspflicht sowohl bezüglich des Sachmangels als auch bezüglich der Arglist des B. Hier ist allerdings von einer sekundären Darlegungspflicht des K auszugehen. Daraus folgt, dass von einem arglistigen Verschweigen ausgegangen werden muss, solange der B nicht schlüssig darlegen kann, warum er fest davon ausging, dass keine Altlasten am Grundstück bestehen. Mithin handelte er arglistig. Die Setzung einer angemessenen Frist i.S.d. § 281 Abs. 1 S. 1 BGB ist folglich gem. § 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB entbehrlich.

#### IV. Vertretenmüssen

B müsste die Pflichtverletzung, die hier in der Verschaffung der mangelbehafteten Sache liegt, auch zu vertreten haben. Maßgeblich bezüglich des Vertretenmüssens der Schlechtleistung ist der Zeitpunkt der Leistung. Das Vertretenmüssen wird gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB darüber hinaus grundsätzlich vermutet. Folglich hat der B die Pflichtverletzung in Form einer Schlechtleistung zu vertreten, wenn er sich nicht wirksam exkulpieren kann. Eine entsprechende Exkulpation gelingt B nicht. Er hat die Pflichtverletzung in Form der Verschaffung einer mangelfreien

Sache zu vertreten.

#### V. Keine Verjährung, § 438 BGB

Fraglich ist allerdings, ob der Anspruch der K gegen den B verjährt ist. Die Verjährung des Anspruchs auf Mängelanprüche ergibt sich aus § 438 BGB.<sup>11</sup>

##### 1. Fristbestimmung

Es liegt ein Kaufvertrag über ein Grundstück vor. Der Mangel ist ein Altlastenverdacht. Dies ist kein Sachmangel i.S.d. § 438 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Auch bestimmt sich die Frist nicht nach § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB, da sowohl Nr. 1 lit. a als auch Nr. 2 lit. b lediglich in den Fällen einschlägig sein können, in denen ein Mangel an einem Bauwerk auftritt. Das Grundstück, welches der K kaufte, ist allerdings unbebaut. Die Frist bemisst sich dementsprechend nach dem Auffangtatbestand der Nr. 3. Sie beträgt folglich zwei Jahre.

##### 2. Wahrung der Frist

Diese Zweijahresfrist müsste gewahrt sein. Gem. § 187 Abs. 1 BGB beginnt die Frist am 01.10.2003. Das Ende der Frist ist gem. § 188 Abs. 2 der 30.09.2005. K leitet ab dem 06.07.2005 schnellstmöglich die entsprechenden Schritte ein, wodurch die Frist nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB unproblematisch gewahrt wird.

#### VI. Kein Ausschluss der Mängelhaftung

Die Pflicht der Haftung für Mängel dürfte für den B nicht ausgeschlossen sein.

##### 1. Gesetzlicher Haftungsausschluss

Gründe für einen gesetzlichen Ausschluss der Mängelhaftung des B sind nicht ersichtlich. Ein solcher Ausschluss besteht demzufolge nicht.

##### 2. Vertraglicher Ausschluss

Die Mängelhaftung ist aber im Rahmen des Grundsatzes der Vertragsautonomie grundsätzlich dispositives Recht, was sich aus dem Umkehrschluss zu Begrenzungen der Möglichkeiten zum Haftungsausschluss (u.a. §§ 275, 444 BGB) ergibt, und könnte dementsprechend vertraglich in Form einer wirksamen Freizeichnung ausgeschlossen worden sein.<sup>12</sup> Eine wirksame Absprache über den Ausschluss der Mängelgewährleistung seitens B könnte sich

<sup>9</sup> BGH NJW 2008, 1371; 2007, 1534; 2007, 835; LG Bonn NJW 2004, 74 (75); Busche in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band V/1, 7. Aufl. 2018, § 636 BGB Rn. 16; Gutzeit, Der arglistig täuschende Verkäufer, NJW 2008, 1359 (1360).

<sup>10</sup> Vgl. BGH, NJW 2018, 389.

<sup>11</sup> Westermann in: MüKoBGB (Fn. 8), § 438 BGB Rn. 1.

<sup>12</sup> vgl. Weidenkaff in: Palandt (Fn. 1), § 435 BGB Rn. 3; Westermann in: MüKoBGB (Fn. 8), § 444 BGB Rn. 1f.

aus dem vertraglichen Haftungsausschluss ergeben, der ausgenommen für Vorsatz und Arglist gilt.

Unabhängig vom Wortlaut des Haftungsausschlusses greift selbiger gem. § 444 Alt. 1 BGB nicht in Fällen des arglistigen Verschweigens. Wie dargelegt ist ein solches seitens des B gegeben. Der vertraglich vereinbarte Haftungsausschluss greift folglich gem. § 444 BGB nicht.

### 3. Zwischenergebnis

Der B hat die Haftung für den vorliegenden Fall nicht wirksam ausgeschlossen.

## VII. Umfang des Schadensersatzes

Der Schadensersatz besteht in der Höhe der Wertminderung des Grundstücks, der sich aus dem bloßen Altlastenverdacht ergibt.

### B. Ergebnis

K hat gegen B Anspruch auf Ersatz der durch den Altlastenverdacht entstandenen Wertminderung gem. §§ 437 Nr. 3, 434, 280 Abs. 1 u. 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB.

## FAZIT

Der BGH hat mit diesem Urteil entschieden, dass schon ein bloßer Altlastenverdacht aufgrund einer früheren Nutzung eines Grundstücks einen Sachmangel darstellen kann. Weitere Umstände, insbesondere das tatsächliche Vorhandensein von Altlasten, müssen nicht hinzutreten.

Ein Verkäufer handelt bereits dann arglistig und kann sich nicht auf einen Haftungsausschluss berufen, wenn er eine ihm bekannte, frühere altlastenverächtige Nutzung des Grundstücks gegenüber dem Käufer verschweigt. Der BGH hat mit der vorliegenden Entscheidung die Schwelle für die Annahme eines arglistigen Verhaltens auf Verkäuferseite bedeutend abgesenkt. Das Gericht bejaht ein arglistiges Handeln des Verkäufers nämlich schon, wenn dieser eine ihm bekannte frühere Nutzung des Grundstücks, die einen Altlastenverdacht begründet, gegenüber dem Käufer verschweigt, das käuferfreundliche Urteil wird vom allem Dokumentationspflichten auf Verkäuferseite auslösen.

**RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT, ZIVILRECHT****BGH VIII ZR 213/18**

Mit der „nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung“ zielt das Gesetz nicht auf konkrete Eigenschaften der Kaufsache ab, die sich der Käufer vorstellt, sondern darauf, ob die Sache für die Nutzungsart (Einsatzzweck) geeignet ist, den die Parteien dem Vertrag zugrunde gelegt haben.

**BGH IX ZR 221/18**

Die Kündigung des Dienstverhältnisses ist nur dann durch ein vertragswidriges Verhalten veranlasst, wenn zwischen dem vertragswidrigen Verhalten und der Kündigung ein unmittelbarer Zusammenhang besteht. Dies ist dann der Fall, wenn die Vertragsverletzung Motiv für die außerordentliche Kündigung war und sie diese adäquat kausal verursacht hat.

**BGH VII ZR 63/18**

Mit dem Schadensersatzanspruch neben der Leistung gem. §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB kann Ersatz für Schäden verlangt werden, die aufgrund eines Werkmangels entstanden sind und durch eine Nacherfüllung der geschuldeten Werkleistung nicht beseitigt werden können. Der Schadensersatzanspruch statt der Leistung gem. §§ 634 Nr. 4, 280, 281 BGB tritt an die Stelle der geschuldeten Werkleistung. Sein Anwendungsbereich bestimmt sich nach der Reichweite der Nacherfüllung. Da die Nacherfüllung gem. §§ 634 Nr. 1, 635 BGB auf Herstellung des geschuldeten Werks gerichtet ist, bestimmt dieses die Reichweite der Nacherfüllung.

**BGH IX ZR 5/18**

Der Abwickler kann das Eigentum an den Handakten des früheren Rechtsanwalts auf dessen Mandanten übertragen.

**BGH VIII ZR 225/17**

Ein Fahrzeug ist nicht frei von Sachmängeln, wenn bei Übergabe an den Käufer eine - den Stickoxidausstoß auf dem Prüfstand gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduzierende - Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 O715/2007/EG installiert ist, die gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO715/2007/EG unzulässig ist.

**BGH XII ZR 5/18**

Der Unterlassungsanspruch aus § 541 BGB verjährt nicht, solange die zweckwidrige Nutzung andauert.

**BGH VI ZR 13/18**

Das menschliche Leben ist ein höchststrangiges Rechtsgut und absolut erhaltungswürdig. Das Urteil über seinen Wert steht keinem Dritten zu. Deshalb verbietet es sich, das Leben - auch ein leidensbehaftetes Weiterleben - als Schaden anzusehen. Aus dem durch lebenserhaltende Maßnahmen ermöglichten Weiterleben eines Patienten lässt sich daher ein Anspruch auf Zahlung von Schmerzensgeld nicht herleiten.

Schutzzweck etwaiger Aufklärungs- und Behandlungspflichten im Zusammenhang mit lebenserhaltenden Maßnahmen ist es nicht, wirtschaftliche Belastungen, die mit dem Weiterleben und den dem Leben anhaftenden krankheitsbedingten Leiden verbunden sind, zu verhindern.

---

**BGH III ZR 35/18**

Bei pflichtwidrig unterlassenen Erste-Hilfe-Maßnahmen von Sportlehrern bei einem Unglücksfall während des Sportunterrichts beschränkt sich die Haftung (§ 839 BGB, Art. 34 Satz 1 GG) nicht auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, da das Haftungsprivileg für Nothelfer (§ 680 BGB) nicht eingreift.

---

**BGH I ZR 98/17**

Die Vernichtung eines urheberrechtlich geschützten Werks stellt eine „andere Beeinträchtigung“ im Sinne des § 14 UrhG dar. Bei der Prüfung, ob die Vernichtung geeignet ist, die berechtigten persönlichen und geistigen Interessen des Urhebers am Werk zu gefährden, ist eine umfassende Abwägung der Interessen des Urhebers und des Eigentümers des Werks vorzunehmen.

---

**BGH XII ZB 107/18**

Urkunden über formbedürftige Willenserklärungen sind nach allgemeinen Grundsätzen auszulegen. Außerhalb der Urkunde liegende Umstände dürfen dabei aber nur berücksichtigt werden, wenn der einschlägige rechtsgeschäftliche Wille des Erklärenden in der formgerechten Urkunde einen, wenn auch nur unvollkommenen oder andeutungsweisen Ausdruck gefunden hat.

---

**BGH VIII ZR 88/18**

Weiterveräußerung einer unter verlängertem Eigentumsvorbehalt verkauften Photovoltaikanlage durch den Eigentumsvorbehaltskäufer bei Abtretung der Kaufpreisforderung an seine kreditgebende Bank und Kaufpreiszahlung des Zweitverwerbers auf ein bankeigenes Konto.

**RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT, STRAFRECHT****BGH 3 StR 195/18**

Prüfung des Handelns mit Tötungsvorsatz im Rahmen des Würgen eines Geschädigten; Revisionsrechtliche Überprüfung bei Verurteilung wegen gemeinschaftlich begangener Geiselnahme in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung; Beteiligung an einer begangenen Geiselnahme.

**OLG Hamm 4 RVs 9/19**

Ein tödlicher Angriff ist eine mit feindseligem Willen unmittelbar auf den Körper des Beamten oder Soldaten ziellende Einwirkung. Eine körperliche Berührung oder auch nur ein darauf zielender Vorsatz des Täters ist nicht erforderlich. Jedenfalls eine objektiv gefährliche, verletzungsgeeignete Handlung kann auch dann, wenn der Täter keinen Verletzungsvorsatz hat, ein tödlicher Angriff sein.

**BGH 2 StR 564/18**

Das zur Erfüllung des Tatbestands der Hehlerei erforderliche einvernehmliche Handeln zwischen Vortäter und Hehler liegt auch in Fällen vor, in denen das Einverständnis des Vortäters auf einer Täuschung beruht.

**BGH 3 StR 635/17**

Die Prüfung der Sachkunde im Umgang mit Waffen und Munition nebst Erteilung eines als Sachkundenachweis im Sinne des § 7 Abs. 1 WaffG dienenden Zeugnisses ist eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c) StGB und deswegen grds. im Rahmen des § 332 StGB zu berücksichtigender Akt.

**BGH 4 StR 456/18**

Eine Absichtsprovokation begeht, wer zielstrebig einen Angriff herausfordert, um den Gegner unter dem Deckmantel einer äußerlich gegebenen Notwehrlage an seinen Rechtsgütern zu verletzen. In einem solchen Fall ist dem Täter Notwehr versagt, weil er rechtsmissbräuchlich handelt, indem er einen Verteidigungswillen vortäuscht, in Wirklichkeit aber angreifen will. Auch wenn der Täter den Angriff auf sich lediglich leichtfertig provoziert hat, darf er von seinem grundsätzlich gegebenen Notwehrrecht nicht bedenkenlos Gebrauch machen und sofort ein lebensgefährliches Mittel einsetzen.

**BGH 1 StR 196/18**

Dass der Täter bei einer Tötung auch eigene Interessen verfolgt, rechtfertigt nicht schon ohne weiteres die Annahme eines Mordes aus niedrigen Beweggründen, es müssen vielmehr Gründe vorliegen, die über ein bestimmtes Maß an Eigeninteresse hinausgehen und sittlich besonders verwerflich sind.

**BGH 1 StR 422/18**

Entbehrt hingegen das Tötungsmotiv ungeachtet der Verwerflichkeit, die jeder vorsätzlichen und rechtswidrigen Tötung innewohnt, nicht jeglichen nachvollziehbaren Grundes, so ist es nicht sogleich als „niedrig“ zu qualifizieren. Auch die Tötung des Intimpartners, der sich vom Täter abwenden will oder abgewendet hat, muss nicht zwangsläufig als durch niedrige Beweggründe motiviert bewertet werden.

**BGH 1 StR 277/17**

Muss sich ein Tatverdächtiger zur ärztlichen Behandlung zwingend selbst belasten und hört dies ein anwesender Polizeibeamter mit, so dürfen die Angaben gegenüber dem Arzt nicht verwertet werden. Es liegt ein Beweisverwertungsverbot vor.

**BGH 1 StR 356/18**

Verurteilung des Angeklagten wegen des Verkaufs der Schusswaffe, die später vom Käufer für den Amoklauf im Münchener Olympia-Einkaufszentrum verwendet wurde, wegen fahrlässiger Tötung in 9 Fällen und fahrlässiger Körperverletzung in 5 Fällen rechtmäßig.

**Oberlandesgericht Sachsen-Anhalt 2 Rv 157/17**

Dringen Tierschützer in einen Schweinezuchtbetrieb ein, um Verstöße gegen den Tierschutz zu dokumentieren, ist der damit verbundene Hausfriedensbruch gemäß § 34 StGB gerechtfertigt. Dies gilt aber nur, wenn die Gesetzesverstöße bekannt sind und die Behörden trotz dessen nichts unternehmen.



## RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT, ÖFFENTLICHES RECHT

### BVerwG 6 C 3.18

Sanktionsnormen im Rahmen berufsbezogener Prüfungen unterliegen nach dem Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG strengen Anforderungen in Bezug auf ihre Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit.

### BVerwG 2 B 32.18

Ein außerdienstliches Dienstvergehen, das keinen Straftatbestand erfüllt, kann zwar nicht im Regelfall, wohl aber im Ausnahmefall die disziplinare Höchstmaßnahme rechtfertigen. Bei einem Lehrer, der im Internet mit ihm unbekannten Chatpersonen Gewaltphantasien über Folter und Misshandlungen von minderjährigen Mädchen und Fotos von (zum Teil von ihm selbst unterrichteten) Schülerinnen austauscht, kann ein derartiger Ansehens- und Vertrauensverlust eintreten, dass die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis die gebotene und angemessene Disziplinarmaßnahme ist.

### BVerwG 10 C 5.17

Ist die Jahresfrist für die Rücknahme oder den Widerruf eines Subventionsbescheides verstrichen, so steht dies einer erst danach verfügten Aufhebung des Verwaltungsakts entgegen. Daran ändert es nichts, wenn die Behörde nach Fristablauf - etwa auf den Widerspruch des Betroffenen hin - erneut Ermittlungen aufnimmt oder ihr Ermessen erneut ausübt. Auf den Ablauf der Jahresfrist bleibt auch ohne Einfluss, wenn die erst nach Fristablauf verfügte Aufhebung des Verwaltungsakts noch zusätzlich aus anderen Gründen rechtswidrig war.

### LVerfG Sachsen-Anhalt LVG 4/18

Die Gesetzgebungskompetenz des Landes umfasst die Regelung einer Kennzeichnungspflicht für Polizeibeamte zu Zwecken der Strafverfolgungsvorsorge. Die Verpflichtung von Polizeibeamten zum Tragen eines Namensschildes gemäß § 12 Abs. 2 S. 1 SOG LSA greift in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 6 Abs. 1 LVerf ein, ist jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Das Interesse an der Aufklärung möglicher Pflichtverletzungen begründet ein hinreichend gewichtiges Allgemeinwohlinteresse an der Kennzeichnung von Polizeibeamten. Es kann dahinstehen, ob die Pflicht zur pseudonymen Kennzeichnung mit einem Dienstnummernschild und einer taktischen Kennzeichnung in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 6 Abs. 1 LVerf eingreift. Ein Eingriff wäre jedenfalls aus den gleichen Gründen verfassungsrechtlich gerechtfertigt wie die Pflicht zur namentlichen Kennzeichnung.

### OVG Lüneburg 2 ME 395/19

Inklusiv an Regelschulen beschulte Schülerinnen und Schüler haben einen Anspruch auf adäquate Schulung, der nicht durch eine unverhältnismäßige Ordnungsmaßnahme konterkariert werden darf. Insbesondere darf eine Ordnungsmaßnahme nicht den Charakter eines dauerhaften Schulausschlusses annehmen.

### BVerwG 4 C 5.18

Einer Schank- und Speisewirtschaft, die im Sinne von § 4 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO der Versorgung eines allgemeinen Wohngebiets dient, kann nicht entgegengehalten werden, sie sei wegen der von ihrem Betrieb ausgehenden Störungen gebietsunverträglich.

**OVG Lüneburg 11 ME 135/19**

Der Besitz eines Butterflymessers ist nach den Vorschriften des Waffengesetzes verboten und stellt einen gräßlichen, den Widerruf von Waffenbesitzkarten rechtfertigenden Verstoß gegen das Waffengesetz dar. Die Einstellung eines Strafverfahrens nach § 153 a StPO steht der Annahme eines gräßlichen Verstößes i.S.d. § 5 Abs. 2 Nr. 5 WaffG nicht entgegen, weil die Waffenbehörde und die Verwaltungsgerichte die waffenrechtliche Unzuverlässigkeit eigenständig und ohne Bindungswirkung an strafgerichtliche Entscheidungen prüfen. Der Besitz eines ursprünglich mehrschüssigen Perkussionsrevolvers, mit dem aufgrund von nachträglich vorgenommenen Veränderungen nur noch Einzelschüsse abgegeben werden können, bedarf einer waffenrechtlichen Erlaubnis. Ein Abweichen von der gesetzlichen Regelvermutung des § 5 Abs. 2 WaffG kann nicht mit einer straffreien Lebensführung und einem (bisher) verantwortungsbewussten Umgang mit Waffen und Munition begründet werden, da die gesetzliche Regelung derartiges Verhalten als Normalfall voraussetzt.

**VG Hannover 7 A 849/19**

Die Durchführung einer abschnittsbezogenen Geschwindigkeitskontrolle (Section Control) greift in das Grundrecht der betroffenen Kraftfahrzeugführer auf informationelle Selbstbestimmung als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ein. Dies gilt auch für die (Nichttreffer-)Fälle, in denen ein Geschwindigkeitsverstoß durch die Anlage nicht festgestellt wird. Die abschnittsbezogene Geschwindigkeitskontrolle bedarf daher einer bereichsspezifischen, präzisen und normenklaren Rechtsgrundlage. Eine solche Rechtsgrundlage lässt sich zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung weder im Bundes- noch im niedersächsischen Landesrecht finden. Das Fehlen einer (hinreichend bestimmten) Rechtsgrundlage für die abschnittsbezogene Geschwindigkeitskontrolle ist auch nicht während eines sog. Pilotbetriebes der Anlage im überwiegenden öffentlichen Interesse hinzunehmen.

**BVerwG 4 B 39.18**

Der Errichtung einer Windenergieanlage im Außenbereich kann der öffentliche Belang des Rücksichtnahmegebots aus § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB entgegenstehen, weil die Anlage die Windausbeute einer benachbarten, bereits bestehenden Windenergieanlage vermindert. Das Gebot der Rücksichtnahme ist aber jedenfalls dann nicht verletzt, wenn die Minderung gemessen am Gesamtertrag der Bestandsanlage relativ geringfügig ist.

**VG Hannover 6 B 5193/18**

Auch die Veröffentlichung von Informationen, welche Amtsträger unter Verstoß gegen dienstliche Geheimhaltungsvorschriften Dritten offenbart haben, fällt in den sachlichen Schutzbereich der Pressefreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG. Zur kommunalen Äußerungsbefugnis nach § 85 Abs. 5 S. 1 NKomVG gehört das Recht des in demokratischer Wahl legitimierten Bürgermeisters, in kommunalen Pressemitteilungen gegen die eigene Politik erhobene Vorwürfe aufzugreifen, nach eigener Einschätzung fehlerhafte Tatsachenbehauptungen richtigzustellen und als unsachlich empfundene Angriffe zurückzuweisen, notfalls auch mit deutlichen Worten. Gehen hiermit faktische Grundrechtseingriffe einher, so muss der Bürgermeister die allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen an grundrechtsbeeinträchtigende hoheitliche Äußerungen beachten, d.h. das Sachlichkeitsgebot und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Der flankierende, institutionelle Grundsatz der Staatsferne der Presse verpflichtet Gemeinden dazu, bei der Herausgabe kommunaler Publikationen in konfliktträchtigen Materien eine besondere Neutralität der Berichterstattung zu wahren, ferner, eine besondere Zurückhaltung bei der Kommentierung von Presseberichten zu üben. Nach Maßgabe des Sachlichkeitsgebots müssen Werturteile auf einer zutreffenden oder zumindest sachgerecht und vertretbar gewürdigten Tatsachengrundlage beruhen. Rechtsauffassungen müssen sich im Rahmen des rechtlich Vertretbaren bewegen. Der isolierte Umstand, dass eine Zeitung Erkenntnisse von Strafermittlungsbehörden veröffentlicht, welche unter Verstoß gegen Geheimhaltungsvorschriften nach außen gelangt sind, berechtigt eine Gemeinde nicht zu der öffentlichen Äußerung des Verdachts, der verantwortliche Journalist habe an dem vorherigen (Straf-)Rechtsverstoß des betreffenden Amtsträgers als Mittäter oder Teilnehmer mitgewirkt.

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 13, 14, 15 oder 16 Punkte erreicht hat, heißt das nicht, dass dieses beim nächsten Mal wieder der Fall sein muss.

Rechtsprechungslinien können sich ändern, Literatumeinungen 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 gut oder besser) Studienleistungen hast, die Du gern veröffentlichen möchtest, sprich uns bitte unter

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

an.

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

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

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

## Studienklausur im Strafrecht

stud. iur. Robin Dudda & stud. iur. Finja Maasjost

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

Rechtstudent Roland (R) möchte sich während des Jurastudiums etwas dazuverdienen. Da R aufgrund seines intensiven Studiums der Ansicht ist, keine Zeit für einen Nebenjob zu haben, richtet er die Webseite [www.hausarbeitsliteratur.de](http://www.hausarbeitsliteratur.de) ein, auf welcher er eine kostenpflichtige Suchmaschine für Hausarbeitsliteratur anbietet. Dabei ist die Seite derart gestaltet, dass sie bei erster Betrachtung den Anschein einer entgeltfreien Nutzung erweckt. Bei Besuch der Webseite erscheint jedem Nutzer zunächst eine Anmeldemaske. Diese verlangt die Eingabe persönlicher Daten zur Registrierung und Erstellung eines Nutzerkontos. Bei der Anmeldung ist eine Verlinkung zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) enthalten und jeder Nutzer muss zur Vervollständigung der Anmeldung das Feld „Die AGB wurden zur Kenntnis genommen und akzeptiert“ abhaken. Erst dann ist die Nutzung der Suchmaschine möglich. Die AGB sind durch die Verlinkung vollständig einsehbar. Sie umfassen bei einer Schriftgröße von 10 pt. Times New Roman 36 Seiten. Hinweise auf ein Widerrufsrecht sind weder in den AGB, noch auf der Webseite enthalten. Auf Seite 34 der AGB heißt es: „Für die Nutzung der auf [www.hausarbeitsliteratur.de](http://www.hausarbeitsliteratur.de) angebotenen Leistungen für die Dauer von einem Jahr hat der Nutzer ein einmaliges Entgelt von EUR 89,95 zu entrichten.“ Nach Registrierung wird dem Nutzer automatisch eine Rechnung zugestellt.

R hat sich bei der Erstellung der Webseite bewusst für diese Gestaltung entschieden, damit potentielle Nutzer nicht durch die Kostenpflicht abgeschreckt werden und die Angebote einer kostenfreien Suchmaschine wahrnehmen. Dabei ist er sich bewusst, dass die Angabe des Entgeltes in den AGB gegen die Preisangabeverordnung (PAngV) verstößt. Aufgrund der selbst erfahrenen Frustration bei der Recherche für Hausarbeiten geht er davon aus, dass viele seiner Kommilitonen auf die Suchmaschine zurückgreifen werden.

Rechtstudentin Franziska (F) sitzt derweil verzweifelt über ihrer Strafrechtshausarbeit. Durch Zufall wird sie auf die Seite des R aufmerksam. Da die Literatursuche bisher recht aussichtslos verlief, gibt sie auf der Seite des R ihre persönlichen Daten an und hakt das AGB-Kästchen ab, ohne diese zuvor gelesen zu haben. Anschließend gibt sie das Thema ihrer Hausarbeit ein und klickt auf den Button „Suche starten“. Dabei geht sie anhand der Gestaltung der Webseite von einer entgeltfreien Nutzung aus.

Nachdem R mittlerweile sein restliches Geld für Kaltgetränke ausgegeben hat und er immer noch keine Zahlung von F erhalten hat, reicht es ihm. Bei der nächsten Vorlesung greift R in die Jacke der F, welche diese in der 15-Minuten-Pause achtlos auf ihrem Stuhl zurückgelassen hat, entnimmt ihrem Portemonnaie EUR 90,00 und legt ihr dafür fünf Cent zurück. Zwar ist sich R bewusst, dass er keinen Anspruch auf ebendiese entnommenen Scheine hat, jedoch geht R aufgrund der ausstehenden Entgeltzahlung davon aus, dass ihm die EUR 89,95 zustehen. Das Geld verwahrt R in seiner Hosentasche und investiert es noch am gleichen Abend in weitere Kaltgetränke.

R hat nun endgültig genug von seinen Webseiten und zahlungsunwilligen Kommilitonen und beschließt daher mit seiner Mutter Mathilde (M) und seinem Vater Viktor (V) gemeinsam einen Familienurlaub am Strand zu verbringen. R hat bis zu seinem 23. Lebensjahr im Haus seiner Eltern gelebt und nach wie vor einen guten Kontakt zu beiden Elternteilen. Er besucht sie mehrmals in der Woche für mehrere Stunden. M leidet seit einiger Zeit an erheblichen Rückenbeschwerden. Selbst eine stationäre Krankenhausbehandlung vor circa einem halben Jahr konnte ihren Zustand nicht merklich verbessern. M wiegt aufgrund ihrer Beschwerden nur noch 41 kg und befindet sich in einem schlechten gesundheitlichen Allgemeinzustand. Der an Epilepsie erkrankte R sollte nicht weiter belastet werden,

deshalb einigten sich M und V, dass der V allein die Pflege der M übernehmen solle.

Um ihr Leben im Urlaub endlich mal wieder etwas zu genießen, geht M bei leichtem Wellengang ins Wasser. Bereits nach wenigen Minuten kann sich M nicht mehr über Wasser halten und droht kraftlos zu ertrinken. R, der seine professionelle Schwimmkarriere wegen seiner Epilepsieerkrankung, die ihn im Wasser bereits einige Male in Lebensgefahr gebracht hat, beenden musste, wurde auf das Geschehen vom Strand aus aufmerksam. Er erkennt, dass M ohne seine Hilfe ertrinken wird. Er unternimmt jedoch nichts; er ist der Ansicht, dass M für ihre Situation allein verantwortlich sei.

Der an Demenz erkrankte V war am Strand eingeschlafen und konnte wegen seiner Krankheit den Gesundheitszustand seiner Frau auch nicht mehr einschätzen. Bei einer sofortigen Rettungsaktion durch R wäre M gerettet worden.

**Wie hat sich R nach dem StGB strafbar gemacht? Ggf. erforderliche Strafanträge sind gestellt. § 291 StGB ist nicht zu prüfen.**

## EINORDNUNG

Die Problematik der Kosten- bzw. Abofallen im Internet bietet eine Vielzahl an möglichen Klausurkonstellationen, welche vom Bearbeiter eine genaue Einzelfallbetrachtung und saubere Subsumtionen erfordert. Insbesondere der Einfluss des Europarechts auf die Auslegung des deutschen Strafrechts kann dabei zu erheblichen Schwierigkeiten führen. Ebenso klausur- und examensrelevant ist die Problematik der Rechtswidrigkeit der Bereicherung bei einem vermeintlich bestehenden fälligen und einredefreien Anspruch. Probleme bereiten dabei häufig die so genannten Geldschulden, welche häufig zur voreiligen Ablehnung der Rechtswidrigkeit führen. Aber auch die Einordnung und Auswirkung eines Irrtums über die Rechtswidrigkeit der Bereicherung bereitet vielen Bearbeitern Schwierigkeiten. Die Problematiken werden in der nachfolgenden Bearbeitung in einer möglichen Konstellation dargestellt.

Weiterhin wird sich mit der Garantenpflicht der Kinder gegenüber ihren Eltern auseinandersetzt. Diese spielt insbesondere bei den unechten Unterlassungsdelikten eine erhebliche Rolle. Dabei ergibt sich eine derartige Garantenpflicht aus dem Wertungsmaßstab des § 1618a BGB, wobei der Gehalt der geschuldeten familiären Solidarität von den Umständen des Einzelfalls abhängig ist.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

### 1. Tatkomplex: Kostenfalle

#### A. Strafbarkeit des R gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1, Nr. 2 Alt. 2 StGB

R könnte sich gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1, Nr. 2 Alt. 2 StGB durch das Betreiben der Internetseite wegen Be truges gegenüber und zu Lasten von F in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht haben.

#### Betrug, § 263 StGB

##### I. Tatbestand

###### 1. Objektiver Tatbestand

- a. Täuschung
- b. Dadurch: Irrtum
- c. Dadurch: Vermögensverfügung
- d. Dadurch: Vermögensschaden**

###### 2. Subjektiver Tatbestand

- a. Vorsatz
- b. Bereicherungsabsicht
  - aa. Bereicherung
  - bb. Stoffgleichheit der Bereicherung

###### 3. Rechtswidrigkeit der Bereicherung

##### II. Rechtswidrigkeit

##### III. Schuld

##### IV. Strafzumessung: Besonders schwerer Fall

### I. Tatbestand

Hierzu müsste R den Tatbestand des §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1, Nr. 2 Alt. 2 StGB erfüllt haben.

## 1. Objektiver Tatbestand

Dafür müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein.

### a) Täuschung

Zuerst müsste R über Tatsachen getäuscht haben. Tatsachen sind alle konkreten Geschehnisse und Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart, die dem Beweis zugänglich sind.<sup>1</sup> Eine Täuschung ist jede Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen Menschen mit dem Ziel der Irreführung durch kommunikative Einwirkung.<sup>2</sup> Diese kann durch aktives Tun, Unterlassen oder konkudent erfolgen. Eine Täuschung durch aktives Tun ist die Vorspiegelung falscher oder die Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen.<sup>3</sup> R hat nicht ausdrücklich angegeben, dass die Nutzung der Internetseite kostenfrei sei. Zwar ist die Entgeltlichkeit ein konkreter Zustand der Gegenwart und damit eine Tatsache, jedoch hat R die Kostenfreiheit nicht vorgespielt. Eine aktive Täuschung scheidet damit aus. Es könnte sich vorliegend jedoch um eine konkudente Täuschung handeln. Eine solche liegt vor, wenn der Täter die Unwahrheit durch sein Verhalten schlüssig miterklärt.<sup>4</sup> Für die Bestimmung ist das Gesamtverhalten des Täters unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung heranzuziehen.<sup>5</sup> R gestaltete die Internetseite so, dass für Nutzer nicht ohne Weiteres erkennbar war, ob diese kostenpflichtig ist. Vielmehr hat er die Entgeltlichkeit nur im Rahmen der umfangreichen AGB vermerkt. Diese waren nur durch Aufrufen eines weiteren Links sichtbar. Eine derartige Gestaltung könnte gegen die Preisangabenverordnung (PAngV) verstossen. Diese erfordert gem. § 1 Abs. 6 PAngV, dass die Angaben bezüglich der Entgeltlichkeit leicht erkennbar sowie deutlich lesbar oder sonst gut wahrnehmbar sein müssen. Die Entgeltlichkeit ist hier jedoch nur auf Seite 34 der separat verlinkten AGB einsehbar. Soweit dem Nutzer die Entgeltlichkeit nicht zu Beginn der Nutzung mitgeteilt wird, muss er

nicht damit rechnen, dass sich ein solcher Hinweis nur in den AGB befindet.<sup>6</sup> Die bloße Angabe der Entgeltlichkeit im Rahmen der AGB genügt den Anforderungen an Preisklärheit und Preiswahrheit somit nicht.<sup>7</sup> Zudem wurde der Hinweis auf die Entgeltlichkeit in den AGB nicht zu Beginn in Form eines Blickfangs vermerkt, sondern erst auf Seite 34. Damit konnte der Hinweis nur von einem Nutzer wahrgenommen werden, der die AGB einer eingehenden Prüfung unterzogen hat. Eine solche ausführliche Kenntnisnahme ist jedoch von den wenigsten Nutzern zu erwarten.<sup>8</sup> Damit liegt ein Verstoß gegen die PAngV vor. Dieser spricht erheblich für die Annahme einer Täuschung.<sup>9</sup> Eine derartige Gestaltung führt zu einer Verschleierung der Kostenpflichtigkeit der angebotenen Leistung und spricht für eine bezweckte Verhinderung der Kenntnisnahme durch die Nutzer.<sup>10</sup> Dies gilt unabhängig davon, ob der Irrtum für die Nutzer vermeidbar oder erkennbar war.<sup>11</sup> Folglich ist durch die Gestaltung der Internetseite grundsätzlich eine konkudente Täuschung durch R gegenüber der Nutzer anzunehmen.

Fraglich erscheint, ob eine derart weite Auslegung des Täuschungsbegriffs mit dem europäischen Verbraucherleitbild der Richtlinie 2005/29/EG vereinbar ist. Diese geht bei der Beurteilung von unlauteren Geschäftspraktiken von einem durchschnittlich informierten und verständigen Internetnutzer aus. Dahingegen schützt der deutsche Täuschungsbegriff auch den „exquisit Dummen“, welcher Täuschungen verkennt, die anderen evident sind.<sup>12</sup> Vorliegend hätte F die Entgeltlichkeit bei genauem Lesen der AGB erkennen können. Demnach ist strittig, ob der Täuschungsbegriff europarechtskonform auszulegen ist.

### aa. Eine Ansicht

Nach einer Ansicht sei § 263 StGB europarechtskonform auszulegen, sodass eine Täuschung nur dann vorliege, wenn eine im Geschäftsverkehr getätigte Aussage geeignet ist, eine informierte, aufmerksame und verständige Person

<sup>1</sup> Rengier, Strafrecht – Besonderer Teil I, 20. Aufl. 2018, § 13 Rn. 4.

<sup>2</sup> Perron in: Schönke/Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 11; Rengier, BT I (Fn. 1), § 13 Rn. 9; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Strafrecht Besonderer Teil II, 41. Aufl. 2018, Rn. 490.

<sup>3</sup> Eisele, Strafrecht – Besonderer Teil II, 4. Aufl. 2017, Rn. 521.

<sup>4</sup> BGH NJW 2007, 782 (784); Perron in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 263 Rn. 14f.

<sup>5</sup> BGH NJW 2007, 782 (784); Fischer, Kommentar zum StGB, 66. Aufl. 2019, § 263 Rn. 21; Perron in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 263 Rn. 14f.; Saliger in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch Kommentar, 2013, § 263 Rn. 32.

<sup>6</sup> OLG Frankfurt a. M. NJW 2011, 398 (402).

<sup>7</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2596); OLG Frankfurt a. M. GRUR-RR 2009, 265 (266).

<sup>8</sup> OLG Frankfurt a. M. NJW 2011, 398 (402).

<sup>9</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2596); Krack, Betrug durch Betreiben von Abfallen – Zur Entscheidung BGH, Urt. v. 5.3.2014 – 2 StR 616/12, ZIS 2014, 536 (539).

<sup>10</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2596).

<sup>11</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2598); Fischer (Fn. 5), § 263 Rn. 28b.

<sup>12</sup> Samson, Grundprobleme des Betrugstatbestandes (1. Teil), JA 1978, 469 (471); Soyka, Einschränkungen des Betrugstatbestands durch sekundäres Gemeinschaftsrecht am Beispiel der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, wistra 2007, 127 (127).

zu täuschen.<sup>13</sup> Die Entgeltlichkeit der Nutzung der Internetseite konnte den AGB bei aufmerksamen Lesen durch F entnommen werden. Mithin wäre eine durchschnittlich aufmerksame Person nicht getäuscht worden. Folgte man dieser Ansicht, läge keine konkludente Täuschung der Nutzer vor.

### **bb. Andere Ansicht**

Nach einer anderen Ansicht sei die richtlinienkonforme Auslegung im Strafrecht zwar generell anerkannt, jedoch erfolge keine Übertragung des Leitbilds auf den Betrugstatbestand.<sup>14</sup> Folgte man dieser Ansicht, läge trotz Erkennbarkeit der Entgeltlichkeit eine konkludente Täuschung vor.

### **cc. Stellungnahme**

Die Ansichten kommen zu verschiedenen Ergebnissen, sodass eine Stellungnahme erforderlich ist. Für die erstgenannte Ansicht spricht, dass die Richtlinie grundsätzlich eine Vollharmonisierung gebietet, sodass der von der Richtlinie gesetzte Schutzstandard weder unter- noch überschritten werden darf.<sup>15</sup> Demnach können Geschäftspraktiken, die unterhalb dieses Standards fallen, nicht abweichend durch nationales Recht sanktioniert werden.<sup>16</sup> Andernfalls erfolgt ein Verstoß gegen die Einheit der Rechtsordnung sowie gegen den ultima-ratio-Grundsatz des Strafrechts.<sup>17</sup> Die Strafbarkeit gewisser Geschäftspraktiken könnte sich für den Binnenmarkt als Maßnahme gleicher Wirkung i.S.d. Art. 34 AEUV darstellen, sodass ohne eine richtlinienkonforme Auslegung des Betrugstatbestandes eine Kollision mit der Warenverkehrsfreiheit droht.<sup>18</sup> Die Konsequenz einer divergierenden Auslegung des Täuschungsbegriffes ist eine Zersplitterung

des Betrugstatbestandes und eine drohende Verletzung des Bestimmtheitsgebotes.<sup>19</sup>

Für die zweitgenannte Auffassung spricht, dass ein absoluter Vorrang der richtlinienkonformen Auslegung im Konflikt mit der eingeschränkten Gesetzgebungs-Kompetenz der Union im Strafrecht sowie mit dem Grundsatz zur weitgehenden Erhaltung nationaler Vorschriften steht.<sup>20</sup> Daher besteht die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung nicht grenzenlos.<sup>21</sup> Der normative Gehalt der nationalen Vorschrift darf gerade nicht durch eine richtlinienkonforme Auslegung grundlegend neu bestimmt werden.<sup>22</sup> Zudem würde es bei einem Ausschluss der Leichtgläubigkeit zu einer problematischen Grenzziehung zwischen relevanter und irrelevanter Täuschung kommen.<sup>23</sup>

Ferner kann nur dort eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung bestehen, wo die Richtlinie sachlich und persönlich anwendbar ist.<sup>24</sup> Die Richtlinie schließt durch ihren Verbraucherbegriff grundsätzlich juristische Personen vom persönlichen Anwendungsbereich aus, sodass eine Privilegierung von leichtgläubigen Unternehmern gegenüber leichtgläubigen Verbrauchern erfolgt.<sup>25</sup> Durch eine solche Differenzierung kommt es erst Recht zu einer Zersplitterung des Betrugstatbestandes und massiven Strafbarkeitslücken.<sup>26</sup> Hiergegen wird eingewendet, dass weder der Wortlaut des § 263 StGB einer richtlinienkonformen Auslegung entgegensteht noch der Sinn des Tatbestandes ins Gegenteil verkehrt wird.<sup>27</sup> Ferner wird die Nichtbeachtung des Europarechts weder dem Loyalitätsgebot aus Art. 4 Abs. 3 Abs. 2, Abs. 3 EUV noch der Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung nach Art. 288 Abs. 3 AEUV gerecht.<sup>28</sup> Überdies sieht die Richtlinie selbst Ausnahmen für besonders schutzwürdige Personen

<sup>13</sup> Hecker, Strafrecht BT: Betrug durch irreführende Gestaltung einer Internetseite, JuS 2014, 1043 (1045); Saliger in: Matt/Renzikowski (Fn. 5), § 263 Rn. 109; Satzger in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch Kommentar, 4. Auflage 2019, § 263 Rn. 118; Soyka (Fn. 12), wistra 2007, 127 (129); Gaede in: AnwaltkommentarStGB, 2. Auflage 2014, § 263 Rn. 23.

<sup>14</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2597f.); Fischer (Fn. 5), § 263 Rn. 28b; Erb, Gängige Formen suggestiver Irrtumserregung als betrugrelevante Täuschungen, ZIS 2011, 368 (375f.); Krack (Fn. 9), ZIS 2014, 536 (540); Tiedemann in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch Bd. 9, 12. Auflage 2012, vor § 263 Rn. 40.

<sup>15</sup> Erb (Fn. 14), ZIS 2011, 368 (375); Heger, Unionskonforme Auslegung des Betrugstatbestandes?, HRRS 2014, 467 (468); Satzger in: SSW (Fn. 13), § 263 Rn. 121; Soyka (Fn. 12), wistra 2007, 127 (129).

<sup>16</sup> Hecker (Fn. 13), Jus 2014, 1043 (1045); Saliger in: Matt/Renzikowski (Fn. 5), § 263 Rn. 61, 109; Satzger in: SSW (Fn. 13), § 263 Rn. 121; Soyka (Fn. 12), wistra 2007, 127 (129).

<sup>17</sup> Satzger in: SSW (Fn. 13), § 263 Rn. 122.

<sup>18</sup> Saliger in: Matt/Renzikowski (Fn. 5), § 263 Rn. 109; Satzger in: SSW (Fn. 13), § 263 Rn. 118.

<sup>19</sup> Saliger in: Matt/Renzikowski (Fn. 5), § 263 Rn. 61; Soyka (Fn. 12), wistra 2007, 127 (130f.).

<sup>20</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2597).

<sup>21</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2597f.).

<sup>22</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2597); Heger (Fn. 15), HRRS 2014, 467 (470).

<sup>23</sup> Soyka (Fn. 12), wistra 2007, 127 (131).

<sup>24</sup> Heger (Fn. 15), HRRS 2014, 467 (468).

<sup>25</sup> Heger (Fn. 15), HRRS 2014, 467 (468f.).

<sup>26</sup> Heger (Fn. 15), HRRS 2014, 467 (469).

<sup>27</sup> Satzger in: SSW (Fn. 13), § 263 Rn. 121.

<sup>28</sup> Krack (Fn. 9), ZIS 2014, 536 (541).

vor.<sup>29</sup> Allerdings kommt es bei einem Ausschluss zu einer unbilligen Victimdogmatik, welche sich dezidierend auf den angestrebten Verbraucherschutz auswirkt und im Betrugstatbestand grundsätzlich abgelehnt wird.<sup>30</sup> So steht die richtlinienkonforme Auslegung durch die ausschließliche Sanktionierung von Täuschungen gegenüber Durchschnittsverbrauchern im Widerspruch zum intendierten Rechtsgüterschutz des § 263 StGB, welcher Schutz unabhängig von einer Opfermitverantwortung gewährleisten soll.<sup>31</sup>

Alles in allem vermögen die Argumente der erstgenannten Ansicht nicht zu überzeugen. Es kann gerade nicht im Sinne des Europarechts und damit Zweck der Richtlinie sein, die bewusste Ausnutzung von Leichtgläubigkeit straffrei zu stellen.<sup>32</sup> Irreführende und auf Täuschung abzielende Praktiken sind gerade nicht vom Zweck der Richtlinie erfasst.<sup>33</sup> Art. 5 Abs. 5 i.V.m. Nr. 7, 21, 31 der Richtlinie legt den Schluss nahe, dass es bei der Richtlinie ausschließlich um wirtschaftlich werthaltige Produkte geht und nicht um solche, für die ein verständiger Nutzer aufgrund der oberflächlichen Verschleierung der Bereicherung kein Geld ausgeben würde.<sup>34</sup> Sonst würden betrugsähnliche Vorgehensweisen, die sich nicht als reguläre Marketingstrategien eignen durch das Unionsrecht geschürt.<sup>35</sup> Mithin wird der zweitgenannten Ansicht gefolgt, sodass eine konkludente Täuschung trotz Erkennbarkeit der Entgeltlichkeit mithilfe der AGB vorliegt.

**Anmerkung:** Alternativ könnte bei guter Argumentation auch darauf abgestellt werden, dass ein nach dem Verbraucherleitbild durchschnittlich verständiger Mensch vorliegend durch die Seiten- und AGB-Gestaltung gleichwohl getäuscht worden wäre (vgl. OLG Frankfurt a.M. NJW 2011, 398 (400ff.) und BGH NJW 2014, 2595 (2598)). Wird eine konkludente Täuschung abgelehnt, so müsste anschließend eine Täuschung durch Unterlassen geprüft werden. Eine solche liegt vor, wenn jemand entgegen der tatsächlichen

Möglichkeit und einer rechtlichen Aufklärungspflicht die Entstehung oder Aufrechterhaltung eines Irrtums nicht verhindert. Die gesetzliche Pflicht, ausdrücklich auf die Entgeltlichkeit hinzuweisen, ergibt sich aus § 312j III BGB. Demnach muss ein Verbraucher deutlich auf eine entstehende Zahlungspflicht hingewiesen werden. Mithin läge eine Täuschung durch Unterlassen gegenüber F vor.

### b) Dadurch: Irrtum

Weiterhin müsste sich F aufgrund der Täuschung geirrt haben. Ein Irrtum ist jede Fehlvorstellung über die Tat-sache, die Gegenstand der Täuschung war.<sup>36</sup> F glaubte aufgrund der Gestaltung der Webseite, dass die Nutzung kostenfrei sei, obwohl diese in Wahrheit EUR 89,95 kostete. Damit unterlag sie hinsichtlich der Entgeltlichkeit der Webseite einer Fehlvorstellung und mithin einem Irrtum.

### c) Dadurch: Vermögensverfügung

Ferner müsste F auch über Vermögen verfügt haben. Dies meint jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt, freiwillig und mit Verfügungsbewusstsein erfolgt.<sup>37</sup> Bisher hat F das Entgelt nicht entrichtet. Jedoch kommt auch eine Vermögensverfügung durch das Anklicken des „Suche starten“-Buttons in Betracht. Mit Anklicken des Buttons geben die Nutzer eine auf Abschluss eines verpflichtenden Vertrages gerichtete Willenserklärung zur Inanspruchnahme der angebotenen Leistung der Webseite ab.<sup>38</sup> Das täuschungsbedingte Fehlen des Verfügungsbewusstseins ist dabei für die Annahme einer Vermögensverfügung bei einem Forderungsbetrug unbeachtlich.<sup>39</sup> Fraglich erscheint, wie sich eine eventuelle zivilrechtliche Unwirksamkeit auf die Annahme der Vermögensverfügung auswirkt. Vorliegend könnte es bereits an dem für eine wirksame Willenserklärung notwendigen Erklärungsbewusstsein fehlen. Dies ist jedoch nicht der Fall, soweit zumindest eine Zurechenbarkeit des äußeren Tatbestandes gegeben ist.<sup>40</sup> Durch Anklicken des Buttons

<sup>29</sup> Satzger in: SSW (Fn. 13) § 263 Rn. 122.

<sup>30</sup> Soyka (Fn. 12), wistra 2007, 127 (131);

<sup>31</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2597)

<sup>32</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2597); Heger (Fn. 15), HRRS 2014, 467 (473).

<sup>33</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2597); Erb (Fn. 14), ZIS 2011, 368 (376).

<sup>34</sup> Erb (Fn. 14), ZIS 2011, 368 (376).

<sup>35</sup> Ebd.

<sup>36</sup> Eisele, BT II (Fn. 3), Rn. 541; Tiedemann in: LK-StGB Bd. 9 (Fn. 14), § 263 Rn. 77.

<sup>37</sup> Eisele, BT II (Fn. 3), Rn. 554; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 515.

<sup>38</sup> OLG Frankfurt a.M., NJW 2011, 398 (403).

<sup>39</sup> OLG Frankfurt a.M., NJW 2011, 398 (403); Fischer (Fn. 5), § 263 Rn. 74; Perron in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 263 Rn. 60; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 263 Rn. 24; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 518.

<sup>40</sup> BGH NJW 1984, 2279 (2280); OLG Frankfurt a.M. NJW 2011, 398 (403); Ellenberger in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), 78. Aufl. 2019, Vor § 116 Rn. 17.

erklärte F aus Sicht eines objektiven Betrachters ihr Einverständnis mit den genannten Konditionen. Somit ist der äußere Tatbestand bei Abofallen gegeben.<sup>41</sup> Auch eine mögliche zivilrechtliche Unwirksamkeit nach dem AGB-Recht und § 312j Abs. 4 BGB bleiben unberücksichtigt. Für die Annahme einer Vermögensverfügung ist lediglich das tatsächliche Einwirken des Getäuschten auf sein Vermögen maßgeblich, sodass eine mögliche zivilrechtliche Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit unbeachtlich bleibt.<sup>42</sup> Der Schein einer vertraglichen Bindung ist dabei für die Annahme einer Vermögensverfügung ausreichend.<sup>43</sup> F nahm durch das Anklicken des Buttons die Nutzungsmöglichkeiten der Webseite in Anspruch und begründete damit augenscheinlich eine vertragliche Beziehung mit T. Zudem werden durch das Anklicken des Buttons für den Nutzer ein Prozessrisiko sowie die Gefahr der Einwirkung auf sein Vermögen geschaffen, sodass von einer tatsächlichen Einwirkung auf sein Vermögen auszugehen ist.<sup>44</sup> Schließlich müsste auch das Unmittelbarkeitserfordernis erfüllt sein. Demnach darf grundsätzlich zwischen der Handlung des Tatopfers und dem Eintritt der Verfügungserfolges keine Zwischenhandlung eines Dritten liegen.<sup>45</sup> Vorliegend erfolgt die Annahmeerklärung durch eine automatisierte Zustellung der Rechnung und somit gerade nicht durch eine Handlung des T. Mithin ist dem Unmittelbarkeitserfordernis genüge getan, sodass eine Vermögensverfügung seitens der F vorliegt.

**Anmerkung:** Soweit eine Vermögensverfügung mangels wirksamen Vertragsabschlusses abgelehnt wird, ist die Prüfung zu beenden und im Anschluss ein versuchter Betrug im besonders schweren Fall zu prüfen.

#### d) Dadurch: Vermögensschaden

Letztlich müsste F auch ein Vermögensschaden entstanden sein. Ein solcher liegt vor, wenn ein Vergleich der Vermögenslage vor und nach der Vermögensverfügung

ein nichtkompensierte Minus ergibt.<sup>46</sup> Dabei ist zwischen Erfüllungs- und Eingehungsbetrug zu unterscheiden. Ein Erfüllungsbetrug liegt vor, wenn es nach Vertragsschluss auch zum Austausch von Leistungen gekommen ist.<sup>47</sup> Ein Erfüllungsbetrug scheidet mangels Zahlung des Entgeltes durch F aus. Um einen Eingehungsbetrug handelt es sich, soweit eine Täuschung bei Vertragsschluss vorliegt und der Getäuschte noch keine Leistung erbracht hat.<sup>48</sup> Ein Eingehungsbetrug scheidet jedoch aus, soweit der Vertrag nichtig ist.<sup>49</sup> Unabhängig vom Fehlen eines Rechtsbindungswillen, eines möglichen Anfechtungs- oder Widerrufsrechtes ist der Vertrag durch Verstoß gegen § 312j Abs. 3 BGB mangels ausdrücklichem Hinweis auf die Entgeltlichkeit gem. § 312j Abs. 4 BGB nichtig.

Weiterhin kommt ein Gefährdungsschaden in Betracht. Ein Gefährdungsschaden liegt vor, wenn die Wahrscheinlichkeit eines endgültigen Verlustes so groß ist, dass dies bereits jetzt eine objektive Minderung des Gesamtvermögenswertes zur Folge hat.<sup>50</sup> Dabei ist ein Gefährdungsschaden nur restriktiv anzunehmen.<sup>51</sup> F hat ihre persönlichen Daten auf der Webseite eingegeben, die Suchfunktion gestartet und ist dadurch eine vermeintliche vertragliche Beziehung mit R eingegangen. Damit bestand grundsätzlich die Möglichkeit, dass F die Zahlung in Unkenntnis der Nichtigkeit des Vertrages tätigt. Allerdings ist dies für die Annahme eines Gefährdungsschadens unzureichend.<sup>52</sup> Die Gefahr der Leistung stellt lediglich die Gefahr einer Vermögensverfügung dar, welche zudem nicht auf der Täuschung durch die Gestaltung der Webseite, sondern auf der mit der Rechnungsversendung einhergehenden Vorspiegelung einer nicht existierenden Forderung beruht.<sup>53</sup> Mithin handelt es sich bei der vermeintlichen Verpflichtung lediglich um eine Vorbereitungshandlung.<sup>54</sup> Schließlich könnte ein Gefährdungsschaden nur noch in der Beweislast der Nichtigkeit und dem damit einhergehenden Prozessrisiko gesehen werden. Bei einem offenkundigen Verstoß gegen gesetzliche Normen ist dieses jedoch zu gering, um vorliegend bereits einen Schaden zu

<sup>41</sup> OLG Frankfurt a.M. NJW 2011, 398 (403).

<sup>42</sup> OLG Frankfurt a.M. NJW 2011, 398 (403); Lackner/Kühl (Fn. 39), § 263 Rn. 23; Perron in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 263 Rn. 55; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 515.

<sup>43</sup> Perron in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 263 Rn. 56.

<sup>44</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2597).

<sup>45</sup> Fischer (Fn. 5), § 263 Rn. 76; Lackner/Kühl (Fn. 39), § 263 Rn. 22.

<sup>46</sup> BGH NStZ 2016, 674 (675); Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 538.

<sup>47</sup> BVerfG NJW 2012, 907 (916); Eisele, BT II (Fn. 3), Rn. 588.

<sup>48</sup> BGH NStZ 2016, 674 (675); Beukelmann in: Heintschel-Heinegg, 3. Aufl. 2018, § 263 Rn. 65.2.

<sup>49</sup> Fischer (Fn. 5), § 263 Rn. 176a; Hefendehl in: Münchener Kommentar zum StGB Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 813;

Rengier, BT I (Fn. 1), § 13 Rn. 14a; Krell, Betrugsschaden und Versuchsbeginn bei Abo-Fallen im Internet, ZIS 2019, 62 (63).

<sup>50</sup> Beukelmann in: Heintschel-Heinegg (Fn. 48), § 263 Rn. 65.2; Eisele, BT II, Rn. 583; Fischer (Fn. 5), § 263 Rn. 159.

<sup>51</sup> BVerfG NJW 2012, 907 (916); BVerfG NJW 2010, 3209 (3216).

<sup>52</sup> Hefendehl in: MüKoStGB (Fn. 49), § 263 Rn. 813.

<sup>53</sup> Krell (Fn. 49), ZIS 2019, 62 (63f); Hefendehl in: MüKoStGB (Fn. 49), § 263 Rn. 813; Krack (Fn. 9), ZIS 2014, 536 (543).

<sup>54</sup> Eisele, Zur Strafbarkeit von sog. „Kostenfallen“ im Internet, NStZ 2010, 193 (197).

begründen. Folglich kommen mangels wirksamen Vertragsschlusses weder ein Eingehungsbetrug noch ein Ge-

**Anmerkung:** Sollte der Ansicht des BGH hinsichtlich des Vorliegens eines Gefährdungsschadens mit persönlichem Schadenseinschlag gefolgt werden, liegt ein vollendetes Betrug zu Lasten der F vor. Zu beachten ist insbesondere, dass aufgrund der Beweislast eine mögliche Anfechtung nach § 123 BGB die Annahme einer Vermögensgefährdung nicht ausschließt. Zudem besteht das Anfechtungsrecht nur aufgrund der Täuschung, sodass es keine hinreichende Schadenskompensation darstellt (vgl. Eisele, NStZ 2010, 193 (197)). Im Anschluss wäre § 246 Abs. 1 StGB zu prüfen, welcher im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter § 263 StGB zurücktritt.

fährdungsschaden in Betracht.

## 2. Zwischenergebnis

Mangels Vermögensschadens ist der objektive Tatbestand nicht erfüllt.

## II. Ergebnis

R hat sich nicht gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1, Nr. 2 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

### B. Strafbarkeit des R gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 S. 2

#### Nr. 1, Nr. 2 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB

R könnte sich gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 S. 2 Nr. 1, Nr. 2 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB durch das Betreiben der Internetseite wegen versuchten Betruges gegenüber und zu Lasten der F in einem besonders schweren Fall strafbar

#### Versuch, §§ 22, 23 StGB

##### I. Vorprüfung

###### 1. Nichtvollendung

###### 2. Strafbarkeit des Versuchs

##### II. Tatentschluss

##### III. Unmittelbares Ansetzen

##### IV. Rechtswidrigkeit

##### V. Schuld

##### VI. Rücktritt nach § 24 StGB

##### VII. Strafzumessung: Besonders schwerer Fall § 263 Abs. 3 StGB

gemacht haben.

## I. Vorprüfung

Die Tat dürfte nicht beendet und der Versuch müsste strafbar sein.

### 1. Nichtvollendung

Bei F ist bisher kein Vermögensschaden eingetreten, sodass der Betrug nach § 263 StGB nicht vollendet ist.

### 2. Strafbarkeit des Versuchs

Der versuchte Betrug ist gem. §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 2, 263 Abs. 2 StGB strafbar.

## II. Tatentschluss

Weiterhin müsste R auch mit Tatentschluss gehandelt haben. Tatentschluss ist der Vorsatz hinsichtlich aller objektiven sowie die Verwirklichung der subjektiven Tatbestandsmerkmale. Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung eines Tatbestandes in Kenntnis aller objektiven Tatumsände.

### 1. Täuschung

R müsste Tatentschluss hinsichtlich einer Täuschung gehabt haben. Nach der Vorstellung des R sollten die Nutzer durch die Gestaltung der Webseite nicht durch die Entgeltlichkeit abgeschreckt werden und das Angebot einer kostenlosen Suchmaschine wahrnehmen. Damit wollte R durch die Gestaltung der Webseite bei potentiellen Nutzern den Eindruck der Unentgeltlichkeit der Nutzung und im Anschluss das Bestehen der Geldforderung erzeugen. Mithin wollte R auf das Vorstellungsbild eines anderen Menschen einwirken und hatte folglich Tatentschluss hinsichtlich der Täuschung.

### 2. Dadurch: Irrtum

Zudem müsste R Vorsatz hinsichtlich eines Irrtums gehabt haben. R wollte bei potentiellen Nutzern eine Fehlvorstellung über die Entgeltlichkeit der Nutzung sowie im Anschluss über das Bestehen der nichtexistierenden Forderung hervorrufen. Diese sollte auch auf der Gestaltung der Webseite sowie der Rechnungsversendung beruhen. Folglich hatte R Vorsatz hinsichtlich des Irrtums potentieller Nutzer.

### 3. Dadurch: Vermögensverfügung

Weiterhin müsste R auch vorsätzlich hinsichtlich der Vermögensverfügung gehandelt haben. Nach der Vorstellung des R sollten potentielle Nutzer durch die Annahme der Unentgeltlichkeit ihre persönlichen Daten eingeben, die

Suchmaschine in Anspruch nehmen und dadurch eine vertragliche Beziehung begründen. Damit sollten die Nutzer unmittelbar über ihr Vermögen verfügen. Mithin handelte R hinsichtlich der Vermögensverfügung mit Tatentschluss.

#### **4. Dadurch: Vermögensschaden**

R müsste ferner Tatentschluss hinsichtlich des Vermögensschadens gehabt haben. R wollte, dass die Nutzer durch Einigung der vermeintlichen Verpflichtung die anschließend geforderte Summe i.H.v. EUR 89,95 bezahlen. Dabei war ihm bewusst, dass im Internet vergleichbare Suchmaschinen kostenlos nutzbar sind. Bei Erhalt einer Gegenleistung liegt ein Vermögensschaden vor, wenn die Leistung nicht objektiv gleichwertig und damit wirtschaftlich wertlos ist.

Zwar konnten die Nutzer auf die Suchmaschine der Webseite zugreifen, jedoch gibt es zahlreiche leicht zugängige unentgeltliche Suchmaschinen im Internet. Zudem besteht für eine derart spezielle Suchmaschine nur geringfügiger Bedarf, sodass sich ein Ein-Jahres-Abo für den Nutzer nicht rentiert. Dadurch liegt der Marktpreis bei einem kommerziellen Angebot bei Null, sodass die Nutzungsmöglichkeit für den Nutzer praktisch wertlos ist.

Damit entspricht der Verkehrswert der Suchmaschine bereits nicht der Leistung der Nutzer. Mithin stellt die Nutzungsmöglichkeit der Suchmaschine keinen äquivalenten Ausgleich dar. Folglich sollte den Nutzern nach der Vorstellung des R ein nichtkompensierte Minus und mithin ein Schaden entstehen.

#### **6. Bereicherungsabsicht**

Schließlich müsste R auch mit der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung gehandelt haben. Bereicherungsabsicht ist das Streben nach der Mehrung fremden oder tätereigenen Vermögens unmittelbar aus dem Vermögen des Geschädigten.<sup>55</sup> R wollte sich während des Studiums durch das Betreiben der Webseite etwas dazu verdienen. Somit wollte er sein eigenes Vermögen durch das Betreiben der Webseite mehren. Dabei sollte seine Bereicherung unmittelbar dem Vermögen der F entstammen, sodass R auch Vorsatz hinsichtlich der Stoffgleichheit hatte. Mithin handelte er mit Eigenbereicherungsabsicht.

#### **7. Rechtswidrigkeit der Bereicherung**

Letztlich müsste R auch Vorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Bereicherung gehabt haben. Diese liegt nicht vor, wenn der Täter einen fälligen und einredefreien Anspruch auf den Bereicherungsgegenstand hat.<sup>56</sup> R war sich bewusst, dass die Gestaltung der Webseite gegen die PAngV und § 312j Abs. 3 BGB verstößt. Damit waren die Nutzer nicht zur Leistung des Entgeltes verpflichtet. Somit war sich R der Rechtswidrigkeit der Bereicherung hinsichtlich des Nutzungsentgeltes bewusst. Folglich handelte R mit Tatentschluss hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Bereicherung.

#### **III. Unmittelbares Ansetzen**

R müsste unmittelbar zur Tat angesetzt haben. Dies ist nach der gemischt subjektiv-objektiven Theorie der Fall, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum „Jetzt geht's los“ überschritten hat und objektiv eine tatbestandsmäßige Handlung vornimmt, welche ohne wesentliche Zwischenakte unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung führen soll.<sup>57</sup> Bei einem Betrug ist dies in der Regel der Fall, wenn der Täter zu einer auf Täuschung gerichteten Handlung ansetzt, sofern er mit der Täuschung denjenigen Irrtum hervorrufen will, der die schädigende Vermögensverfügung auslösen soll.<sup>58</sup> Fraglich erscheint, wann ein unmittelbares Ansetzen des R angenommen werden kann. Durch die Zeitspanne zwischen Erstellen der Webseite und Aufrufen dieser durch F könnte es sich vorliegend um einen sog. Distanzfall handeln. Ein solcher liegt vor, wenn aus Sicht des Täters keine weiteren Handlungen mehr erforderlich sind, die Gefährdung aber nicht unmittelbar, sondern erst nach einer gewissen Zeitspanne eintritt.<sup>59</sup> Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn mit der Registrierung der Nutzer bereits ein Schaden eintritt.<sup>60</sup> Wie dargelegt, tritt mit der Registrierung der F auf der Seite mangels wirksamen Vertragsschlusses noch kein Vermögensschaden und somit keine Rechtsgutgefährdung ein. Vielmehr bedarf es noch einer weiteren Täuschung über die Existenz der nichtbestehenden Forderung und damit weiterer Zwischenschritte für eine Rechtsgutgefährdung. Somit hat R durch die Inbetriebnahme der Webseite grundsätzlich aus seiner Sicht noch nicht alles Erforderliche für die Tatbestandsverwirklichung getan. Eine unmittelbare

<sup>55</sup> Fischer (Fn. 5), § 263 Rn. 190; Lackner/Kühl (Fn. 39), § 263 Rn. 58.

<sup>56</sup> Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 585f.

<sup>57</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 48. Aufl. 2018, Rn. 946; Fischer (Fn. 5), § 22 Rn. 10.

<sup>58</sup> Rengier, BT I (Fn. 1), § 13 Rn. 263.

<sup>59</sup> Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2016, Rn. 188; Krell (Fn. 55), ZIS 2019, 62 (67); Kudlich/Schuhr in: SSW (Fn. 13), § 22 Rn. 61; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2018, § 34 Rn. 45; Wessels/Beulke/Satzger, AT (Fn. 57), Rn. 954.

<sup>60</sup> Krell (Fn. 49), ZIS 2019, 62 (67).

Rechtsgutgefährdung ergibt sich erst mit Versendung der Rechnung durch den Täter.<sup>61</sup> Ob dies als wesentlicher Zwischenschritt zu bewerten ist, hängt maßgeblich von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab. Ist die Webseite derart programmiert, dass der Rechnungsversand automatisiert mit Registrierung des Nutzers erfolgt, hat der Täter aus seiner Sicht alles Erforderliche getan, so dass ein Distanzfall angenommen werden kann.<sup>62</sup> Muss der Täter hingegen die Rechnung nach der Registrierung noch eigenhändig verschicken, erfolgt eine zeitliche Zäsur, sodass sich die Inbetriebnahme der Webseite als bloße Vorbereitungshandlung darstellt.<sup>63</sup> Vorliegend erfolgt die Rechnungsversendung automatisch mit Registrierung des jeweiligen Nutzers. Damit hat R durch die Inbetriebnahme der Webseite alles aus seiner Sicht Erforderliche bewirkt, obwohl die Gefährdung erst mit Entrichtung des Entgeltes durch die Nutzer eintritt. Mithin handelt es sich vorliegend um einen Distanzfall. Wann bei einer solchen, der mittelbaren Täterschaft ähnlichen Konstellation der Versuch beginnt, ist umstritten.

### 1. Eine Ansicht

Nach einer Ansicht liegt das unmittelbare Ansetzen in Distanzfällen vor, wenn der Täter die Tathandlung vollständig vornimmt.<sup>64</sup> Folgt man dieser Ansicht, hätte R durch Inbetriebnahme der Webseite unmittelbar zur Tat angesetzt.

### 2. Andere Ansicht

Nach einer anderen Ansicht liegt das unmittelbare Ansetzen vor, wenn sich das Opfer in den Wirkungsbereich des Tatmittels begibt und nach der Tätervorstellung konkret gefährdet ist.<sup>65</sup> Folgte man dieser Ansicht, läge ein unmittelbares Ansetzen des R erst mit Aufrufen der Seite durch die Nutzer und Erhalt der Rechnung vor.

### 3. Weitere Ansicht

Nach einer weiteren Ansicht liegt das unmittelbare Ansetzen vor, wenn der Täter alles aus seiner Sicht

Erforderliche getan hat und den Geschehensablauf aus den Händen gibt, sodass aus seiner Sicht das Rechtsgut unmittelbar gefährdet ist.<sup>66</sup> Mit der Veröffentlichung der Webseite im Internet ist für R nicht mehr kontrollierbar, ob und wann die Webseite von potentiellen Nutzern besucht wird. Somit hat R den Geschehensablauf derart aus der Hand gegeben, dass nach seiner Vorstellung die Nutzer seiner Webseite bereits unmittelbar gefährdet sind. Folgte man dieser Ansicht, hätte R bereits durch die Inbetriebnahme der Webseite unmittelbar zum Versuch angesetzt.

### 4. Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung ist bei der Beurteilung des Versuchsbeginns eine Differenzierung nach Vorsatzform vorzunehmen.<sup>67</sup> Steht für den Täter fest, dass das Opfer sein eingeplantes Verhalten bewirkt, so liegt ein unmittelbares Ansetzen bereits mit Abschluss der Täterhandlung vor.<sup>68</sup> Ist hingegen ungewiss, ob das Opfer in den Wirkungskreis des Tatmittels gelangt, so ist ein unmittelbares Ansetzen erst mit Eintreten des Opfers in den Wirkungskreis des Tatmittels gegeben.<sup>69</sup> R konnte vorliegend nicht sicher wissen, ob die Nutzer sich registrieren würden und anschließend die anfallende Rechnung begleichen würden. Folgte man dieser Ansicht, läge eine unmittelbare Gefährdung erst mit Aufrufen der Webseite durch die Nutzer und Erhalt der Rechnung vor.

### 5. Stellungnahme

Die Ansichten kommen zu verschiedenen Ergebnissen, sodass eine Stellungnahme erforderlich ist. Für die erstgenannte Ansicht spricht, dass durch die Vornahme der Täterhandlung eine ausreichende Bestätigung des den Rechtsfrieden gefährdenden Tatentschlusses erfolgt.<sup>70</sup> Hiergegen wird angeführt, dass durch die ausschließliche Anknüpfung an das Täterverhalten eine unbillige Vorverlagerung der Versuchsstrafbarkeit in Zeitpunkte, in denen der Täter noch die Herrschaft über das Geschehen hat, erfolgt.<sup>71</sup> Damit kommt es zu einer Überdehnung der Versuchsstrafbarkeit sowie zu Wertungswidersprüchen durch

<sup>61</sup> Ebd., ZIS 2019, 62 (63).

<sup>62</sup> Ebd., ZIS 2019, 62 (69).

<sup>63</sup> Ebd., ZIS 2019, 62 (69f.).

<sup>64</sup> Meyer, Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit, ZStW 87 (1975), 598 (609); Vehling, Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, 1991, S. 169.

<sup>65</sup> Gössel, JR 1976, 249 (250f.), Anm. zu BGH 1 StR 264/75; Otto, Versuch und Rücktritt bei mehreren Beteiligten (1. Teil), JA 1980, 641 (646).

<sup>66</sup> Hoffmann-Holland in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 22 Rn. 137; Rengier, AT (Fn. 59), § 34 Rn. 51; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 195f.; Wessels/Beulke/Satzger, AT (Fn. 57), Rn. 956.

<sup>67</sup> BGH NStZ 2001, 475 (476); NStZ 1998, 241 (242); NStZ 1998, 294 (295).

<sup>68</sup> BGH NStZ 1998, 241 (242).

<sup>69</sup> Ebd.

<sup>70</sup> Meyer (Fn. 64), ZStW 87 (1975), 598 (609); Vehling, Abgrenzung Vorbereitung und Versuch (Fn. 64), S. 169.

<sup>71</sup> Krell (Fn. 49), ZIS 2019, 62 (67); Rengier, AT (Fn. 59), § 34 Rn. 48; Wessels/Beulke/Satzger, AT (Fn. 61), Rn. 956.

eine zufallsabhängige Strafbarkeit.<sup>72</sup> Bis zu dem Zeitpunkt, in dem das Opfer sich in den Wirkungskreis des Tatmittels begibt, kann der Täter seine Handlung noch umkehren, sodass es sich um eine bloße Vorbereitungshandlung handelt.<sup>73</sup> Ferner widerspricht die Ablösung von der Täterhandlung zur Bestimmung des Versuchsbeginns dem Wortlaut des § 22 StGB.<sup>74</sup> Hiergegen wird angeführt, dass das Opferverhalten dem Täter als Werkzeug zugerechnet wird, sodass keine Loslösung von der Täterhandlung erfolgt. Der Täter setzt durch den Tatmittel zur Tat an.<sup>75</sup> Dagegen spricht, dass das Strafrecht keine Teilerfüllung des Versuches mit anschließender Verwirklichung durch das Opfer kennt.<sup>76</sup> Vielmehr stellt nach § 22 StGB die tatbeständliche Handlung bereits die vollständige Verwirklichung des Versuchs dar.<sup>77</sup> Zudem kann es für die Strafbarkeit keinen Unterschied machen, ob das Tatmittel das Opfer erreicht und nicht wahrgenommen wird oder es das Opfer nicht erreicht.<sup>78</sup> Die Konsequenz dieser Ansicht wäre mithin eine unbewusste Überschreitung der Versuchsschwelle, welche gesetzlich nicht vorgesehen ist.<sup>79</sup> Gegen die dritte Ansicht spricht, dass der Rückgriff auf das Entlassen aus dem Herrschaftsbereich zu unbilligen Abgrenzungsproblemen führt.<sup>80</sup> Hiergegen wird eingewendet, dass die vorgeworfenen Abgrenzungsprobleme im Gesetz gerade keinen Ausnahmefall darstellen und hier leichter zu lösen sind als in anderen Fällen.<sup>81</sup> Gegen diese Ansicht spricht ferner, dass eine weite Vorverlagerung in die Vorbereitung erfolgt, welche durch eine andernfalls drohende Sanktionslosigkeit nicht gerechtfertigt werden kann.<sup>82</sup> Allerdings kommt es ohne das Abstellen auf eine unmittelbare Gefährdung des Opfers bei Distanzdelikten zu einer Aushöhlung des Unmittelbarkeitserfordernisses, sodass eine solche vorliegend geboten ist.<sup>83</sup> Gegen die Ansicht der Rechtsprechung spricht, dass das Gesetz keine Vorsatzdifferenzierung zur Bestimmung des Versuchsbeginns vorsieht.<sup>84</sup> Zudem widerspricht es dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Vorsatzarten.<sup>85</sup> Letztlich erfolgt

auch nach dieser Ansicht eine unbillige Privilegierung eines „unsicherer“ Täters.<sup>86</sup>

Alles in allem vermögen nur die Argumente der dritten Ansicht zu überzeugen. Durch das Abstellen auf die Tätervorstellung wird eine mit § 22 StGB vereinbare Lösung geschaffen, welche zudem im Einklang zu dem vergleichbaren Fall der mittelbaren Täterschaft steht.<sup>87</sup> Mithin ist der dritten Ansicht zu folgen, sodass R bereits mit Inbetriebnahme der Webseite zum Versuch unmittelbar angesetzt hat.

#### **IV. Rechtswidrigkeit**

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Folglich handelte R rechtswidrig.

#### **V. Schuld**

Entschuldigungs- oder Schuldausschlussgründe sind nicht ersichtlich. Mithin handelte R schuldhaft.

#### **VI. Rücktritt nach § 24 StGB**

Ein Rücktritt des R nach § 24 StGB ist nicht ersichtlich.

#### **VII. Strafzumessung: Besonders schwerer Fall**

Schließlich könnte R einen versuchten Betrug in einem besonders schweren Fall nach § 263 Abs. 3 StGB verwirklicht haben.

##### **a) § 263 Abs. 3 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB**

R könnte gewerbsmäßig i.S.d. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB gehandelt haben. Gewerbsmäßig handelt, wer sich durch wiederholte Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang verschaffen will.<sup>88</sup> R betrieb die Webseite über einen längeren Zeitraum mit dem Ziel, eine Vielzahl von Nutzern zum Abschluss des entgeltlichen Nutzungsvertrages zu bewegen, um sich so etwas dazuzuverdienen. Damit beschränkte sich seine Handlung auf die einmalige

<sup>72</sup> Gössel (Fn. 65), JR 1976, 249 (250); Roxin, AT II (Fn. 66), § 29 Rn. 207.

<sup>73</sup> Roxin, AT II (Fn. 66), § 29 Rn. 206.

<sup>74</sup> Hoffmann-Holland in: MüKoStGB (Fn. 66), § 22 Rn. 136; Roxin, AT II (Fn. 66), § 29 Rn. 197.

<sup>75</sup> Gössel (Fn. 65), JR 1976, 249 (250); Otto (Fn. 65), JA 1980, 641 (646).

<sup>76</sup> Hoffmann-Holland in: MüKo Bd. 1 (Fn. 66), § 22 Rn. 133.

<sup>77</sup> Ebd.

<sup>78</sup> Krell (Fn. 69), ZIS 2019, 62 (68); Roxin, AT II (Fn. 66), § 29 Rn. 201.

<sup>79</sup> Roxin, AT II (Fn. 66), § 29 Rn. 200.

<sup>80</sup> Otto (Fn. 65), JA 1980, 641 (645).

<sup>81</sup> Roxin, AT II (Fn. 66), § 29 Rn. 209.

<sup>82</sup> Hillenkamp in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 22 Rn. 133f.; Otto (Fn. 65), JA 1980, 641 (645).

<sup>83</sup> Hoffmann-Holland in: MüKoStGB (Fn. 66), § 22 Rn. 137.

<sup>84</sup> Roxin, AT II (Fn. 66), § 29 Rn. 219; Wessels/Beulke/Satzger, AT (Fn. 57), Rn. 956.

<sup>85</sup> Roxin, AT II (Fn. 66), § 29 Rn. 219.

<sup>86</sup> Ebd., § 29 Rn. 222.

<sup>87</sup> Ebd., § 29 Rn. 196; Wessels/Beulke/Satzger, AT (Fn. 57), Rn. 956.

<sup>88</sup> BGH NJW 2004, 2840 (2841); Rengier, BT I (Fn. 1), § 3 Rn. 34; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 593.

Einrichtung der Webseite. Eine gewerbsmäßige Begehung kann jedoch auch angenommen werden, soweit der Täter mehrere Opfer schädigen wollte, sodass mehrere Einzelzetteln des Täters nicht erforderlich sind.<sup>89</sup> Damit kann auch eine tateinheitliche Betrugsserie ein gewerbsmäßiges Handeln begründen.<sup>90</sup> Nach der Vorstellung des R sollte seine Webseite von einer Vielzahl von Personen genutzt werden. Folglich handelte er bereits bei Inbetriebnahme der Webseite in der Absicht, mehrere Personen zu schädigen. Mithin handelte R gewerbsmäßig.

#### b. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 2 StGB

R könnte zudem gem. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 2 StGB die Absicht gehabt haben, durch eine fortgesetzte Begehung eine große Zahl von Personen in die Gefahr eines Vermögensverlustes zu bringen. Dabei erfasst § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 2 StGB auch Fälle des Massenbetruges gegenüber einer unübersehbaren Vielzahl von Personen mit jeweils geringen Schadenssummen.<sup>91</sup> Die genaue Anzahl an erforderlichen Personen ist umstritten. Allerdings wollte R die Webseite über einen längeren Zeitraum betreiben und damit eine nicht eingrenzbare Anzahl an Personen zu dem vermeintlichen Vertragsschluss bewegen. Bei Begehung des Betruges über das Internet kann von einer hinreichenden Breitenwirkung ausgegangen werden.<sup>92</sup> Somit kann davon ausgegangen werden, dass R die Schädigung einer Vielzahl von Personen bezweckte. Mithin ist das Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 2 StGB erfüllt.

### VII. Ergebnis

R hat sich gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Alt. 1, Nr. 2 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB durch das Betreiben der Internetseite wegen versuchten Betruges in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht.

#### C. Strafbarkeit gem. §§ 246 Abs. 1, Abs. 3, 22, 23 Abs. 1 StGB

Die mitverwirklichte versuchte Unterschlagung gem. §§ 246 Abs. 1, Abs. 3, 22, 23 Abs. 1 StGB tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz nach § 246 Abs. 1 Hs. 2 StGB formell subsidiär hinter dem versuchten Betrug zurück.

<sup>89</sup> BGH NJW 2004, 2840 (2841); Rengier, BT I (Fn. 1), § 3 Rn. 34.

<sup>90</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2599); BGH NJW 2004, 2840 (2842); BGH NJW 2011, 1825 (1827); Saliger in: Matt/Renzikowski (Fn. 5), § 263 Rn. 316; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 593.

<sup>91</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2599); Eisele, BT II (Fn. 3), Rn. 653; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 594.

<sup>92</sup> Eisele, BT II (Fn. 3), Rn. 653; Saliger in: Matt/Renzikowski (Fn. 5), § 263 Rn. 323; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 594.

<sup>93</sup> Vgl. Fischer (Fn. 5), § 242 Rn. 3; Kudlich in: SSW (Fn. 13), § 242 Rn. 5; Rengier, BT I (Fn. 1), § 2 Rn. 6.

<sup>94</sup> Vgl. Eisele, AT (Fn. 59), Rn. 21; Kudlich in: SSW (Fn. 13), § 242 Rn. 10; Rengier, BT I (Fn. 1), § 2 Rn. 8.

<sup>95</sup> Vgl. Eisele, AT (Fn. 59), Rn. 22; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 79.

#### 2. Tatkomplex: Einsticken des Geldes

##### A. Strafbarkeit des R gem. § 242 Abs. 1 StGB

R könnte sich gem. § 242 Abs. 1 StGB durch das Entnehmen der EUR 89,95 aus dem Portemonnaie der F wegen Diebstahls strafbar gemacht haben.

#### Diebstahl, § 242 StGB

##### I. Tatbestand

###### 1. Objektiver Tatbestand

- a) Fremde, bewegliche Sache
- b) Wegnahme
- aa) Bruch fremden Gewahrsams
- bb) Begründung neuen Gewahrsams

###### 2. Subjektiver Tatbestand

- a) Vorsatz
- b) Zueignungsabsicht
  - aa) Aneignungsabsicht
  - bb) Enteignungsvorsatz

###### 3. Rechtswidrigkeit der Zueignung

- a) Rechtswidrigkeit
- b) Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der Zueignung

##### II. Rechtswidrigkeit

##### III. Schuld

##### I. Tatbestand

Zunächst müsste R tatbestandlich gehandelt haben.

##### 1. Objektiver Tatbestand

Dafür müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein.

##### a) Fremde bewegliche Sache

Zuerst müsste das Geld eine für R fremde, bewegliche Sache darstellen. Die Geldscheine sind körperliche Gegenstände i.S.d. § 90 BGB<sup>93</sup>, die fortgeschafft werden können<sup>94</sup> und im Alleineigentum<sup>95</sup> der F standen. Mithin liegt eine fremde bewegliche Sache vor.

##### b) Wegnahme

Weiterhin müsste R die Geldscheine auch weggenommen

haben. Eine Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams.<sup>96</sup>

#### **aa) Bruch fremden Gewahrsams**

R müsste fremden Gewahrsam gebrochen haben. Gewahrsam ist die tatsächliche Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache, die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragen und deren Reichweite von der Verkehrsanschauung bestimmt wird.<sup>97</sup> F ließ ihre Jacke mit dem Portemonnaie, in dem sich die Geldscheine befanden, achtlos auf ihrem Platz zurück. Somit befanden sich die Scheine nach den Anschauungen des täglichen Lebens in ihrer Gewahrsamssphäre, sodass sie die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene Sachherrschaft über die Geldscheine und damit Gewahrsam an diesen hatte. Fraglich erscheint, ob sie auch nach Verlassen ihres Platzes noch Gewahrsam über die Geldscheine hatte. Es könnte sich hier um eine unschädliche Gewahrsamslockerung handeln. Eine solche liegt vor, wenn eine Lockerung der Herrschaftsbeziehung und damit eine vorübergehende Verhinderung der Ausübung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache erfolgt.<sup>98</sup> F verließ zwar ihren Platz ohne ihre Jacke, jedoch wollte sie nicht den Gewahrsam an den darin befindlichen Geldscheinen aufgeben. Vielmehr wollte sie nach Ende der 15-Minuten-Pause zu ihrem Platz zurückkehren. Somit hat sie ihren Gewahrsam an den Geldscheinen nicht aufgegeben, sodass eine unschädliche Gewahrsamslockerung vorliegt.

Der Gewahrsam der F müsste auch gebrochen worden sein. Ein Bruch fremden Gewahrsams liegt vor, wenn die Sachherrschaft des bisherigen Gewahrsamsinhabers gegen oder ohne dessen Willen aufgehoben wird.<sup>99</sup> R entnahm die Geldscheine in der Abwesenheit der F aus ihrem Portemonnaie. Damit hob er ohne Einverständnis und mithin gegen den Willen der F ihren Gewahrsam an den Geldscheinen auf. Folglich hat R fremden Gewahrsam gebrochen.

#### **bb) Begründung neuen Gewahrsams**

R müsste auch neuen Gewahrsam begründet haben. Neuer Gewahrsam wird begründet, wenn die tatsächliche Herrschaft über die Sache derart erlangt wird, dass

ihrer Ausübung keine wesentlichen Hindernisse entgegenstehen.<sup>100</sup> Bei leicht fortzuschaffenden Gegenständen sind die Ergreifung und das Einsticken des Gegenstandes für die Begründung einer derartigen Sachherrschaft ausreichend.<sup>101</sup> R entnahm dem Portemonnaie die Geldscheine und steckte sie in seine Hosentasche. Damit stehen seiner Herrschaft über die Geldscheine keine wesentlichen Hindernisse entgegen. Folglich hat R neuen Gewahrsam an den Geldscheinen begründet.

### **2. Subjektiver Tatbestand**

Zudem müsste der subjektive Tatbestand erfüllt sein.

#### **a) Vorsatz**

R müsste zunächst vorsätzlich gehandelt haben. R war sich bei der Entnahme des Geldes bewusst, dass dieses der F gehörte. Trotz dessen wollte er das „ihm zustehende“ Geld an sich bringen. Mithin handelte er in Kenntnis aller objektiven Tatumstände und damit vorsätzlich.

#### **b) Zueignungsabsicht**

Ferner müsste R auch mit Zueignungsabsicht gehandelt haben. Eine solche liegt vor, wenn der Täter die Sache wegnimmt, um sie unter Anmaßung einer eignerwerähnlichen Stellung zumindest vorübergehend der eigenen Vermögenssphäre einzuverleiben (Aneignungskomponente) und um sie der Verfügungsgewalt des Berechtigten dauerhaft zu entziehen (Enteignungskomponente).<sup>102</sup> Somit müsste der Täter mit Aneignungsabsicht und Enteignungsvorsatz gehandelt haben.

#### **aa) Aneignungsabsicht**

Hinsichtlich der Aneignungskomponente müsste R mit *dolus directus* 1. Grades, also mit Absicht gehandelt haben. Ein Täter handelt mit Absicht, wenn es ihm im Sinne zielgerichteten Wollens darauf ankommt, den Tatbestand zu verwirklichen.<sup>103</sup> R wollte über das Geld selbst verfügen können und es für Kaltgetränke investieren. Damit wollte er die Geldscheine seinem Vermögen zumindest vorübergehend einverleiben. Mithin handelte er zielgerichtet und damit mit Absicht hinsichtlich der Aneignungskomponente.

<sup>96</sup> Lackner/Kühl (Fn. 39), § 242 Rn. 8; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 82.

<sup>97</sup> Fischer (Fn. 5), § 242 Rn. 11; Kudlich in: SSW (Fn. 13), § 242 Rn. 19; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 82.

<sup>98</sup> Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 92; Wittig in: Heintschel-Heinegg (Fn. 48), § 242 Rn. 15.

<sup>99</sup> Kudlich in: SSW (Fn. 13), § 242 Rn. 25; Rengier, BT I (Fn. 1), § 2 Rn. 64; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 115.

<sup>100</sup> BGH NStZ 2015, 276 (276); BGH NStZ 1988, 270 (271); Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 121.

<sup>101</sup> BGH NStZ 2015, 276 (276); Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 125.

<sup>102</sup> Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 150.

<sup>103</sup> Rengier, AT (Fn. 59), § 14 Rn. 7.

### **bb) Enteignungsvorsatz**

Weiterhin müsste R auch vorsätzlich hinsichtlich der Enteignungskomponente gehandelt haben. Dafür ist dolus eventualis ausreichend.<sup>104</sup> R entnahm das Geld und investierte es in Kaltgetränke. Damit wollte R die „ihm gehörenden“ Geldscheine dem Eigentum der F dauerhaft entziehen. Folglich handelte er auch hinsichtlich der Enteignungskomponente mit Absicht und damit vorsätzlich.

### **3. Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung**

Schließlich müsste die erstrebte Zueignung rechtswidrig gewesen sein und R müsste diesbezüglich vorsätzlich gehandelt haben.

#### **a) Rechtswidrigkeit**

Die Zueignung ist rechtswidrig, wenn der Täter keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf Übereignung des Zueignungsgegenstandes hat.<sup>105</sup> Wie dargelegt ist der Vertrag durch Verstoß gegen § 312j III BGB mangels ausdrücklichem Hinweis auf die Entgeltlichkeit gem. § 312j IV BGB nichtig, sodass kein Anspruch auf des Entgelt besteht. Zudem ist die AGB-Klausel bereits gem. § 305c I BGB als überraschende Klausel nichtig, sodass sie nicht Bestandteil des Vertrages geworden ist. Somit hat R keinen fälligen und einredefreien Anspruch an den Geldscheinen. Folglich ist die Zueignung rechtswidrig.

#### **b) Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der Zueignung**

Letztlich müsste R auch Vorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Zueignung gehabt haben. Fraglich ist, wie sich der Umstand auswirkt, dass R davon ausging, dass ihm die Geldsumme zusteht. R könnte mithin einem Irrtum erlegen sein. Die Rechtswidrigkeit der Zueignung stellt ein normatives Tatbestandsmerkmal dar.<sup>106</sup> Bei dem Irrtum über ein normatives Tatbestandsmerkmal kann es sich sowohl um einen Verbots- als auch um einen Tatbestandsirrtum handeln.<sup>107</sup> Für eine genaue Bestimmung ist danach zu differenzieren, ob sich der Irrtum innerhalb oder außerhalb der Parallelwertung in der Laiensphäre

<sup>104</sup> Eisele, BT II (Fn. 3), Rn. 65; Fischer (Fn. 5), § 242 Rn. 41; Kudlich in: SSW (Fn. 13), § 242 Rn. 44; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 164.

<sup>105</sup> Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 242 Rn. 59; Lackner/Kühl (Fn. 39), § 242 Rn. 27; Rengier, BT I (Fn. 1), § 2 Rn. 187; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 200.

<sup>106</sup> Fischer (Fn. 5), § 242 Rn. 49; Lackner/Kühl (Fn. 45), § 242 Rn. 28; Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 242 Rn. 65; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 201.

<sup>107</sup> Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 201, 203.

<sup>108</sup> Lackner/Kühl (Fn. 39), § 242 Rn. 28; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 201, 203.

<sup>109</sup> Fischer (Fn. 5), § 242 Rn. 50; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 201, 203.

<sup>110</sup> Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 242 Rn. 65; Fischer (Fn. 5), § 242 Rn. 50;

Lackner/Kühl (Fn. 39), § 242 Rn. 28; Rengier, BT I (Fn. 1), § 2 Rn. 194.

<sup>111</sup> Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 242 Rn. 65; Fischer (Fn. 5), § 242 Rn. 50; Lackner/Kühl (Fn. 45), § 242 Rn. 28; Rengier, BT I (Fn. 1), § 2 Rn. 194; Schmitz in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 242 Rn. 182.

<sup>112</sup> Wessels/Beulke/Satzger, AT (Fn. 57), Rn. 733.

<sup>113</sup> Rogall in: Systematischer Kommentar zum StGB Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 17 Rn. 57.

befindet. Soweit sich der Irrtum innerhalb der Parallelwertung der Laiensphäre befindet, handelt es sich um einen Tatbestandsirrtum i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB.<sup>108</sup> Dies ist der Fall, wenn der Täter glaubt, einen Anspruch auf den bestimmten Gegenstand zu haben.<sup>109</sup> Verkennt der Täter durch eine Fehlinterpretation eines Tatbestandsmerkmals, dass sein Handeln rechtlich verboten ist, liegt der Irrtum außerhalb der Parallelwertung der Laiensphäre, so dass ein Subsumtionsirrtum nach § 17 StGB angenommen wird.<sup>110</sup> Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Täter glaubt, sich einen Gegenstand aus einer Gattungs- bzw. Geldschuld nehmen zu können.<sup>111</sup> Vorliegend geht R davon aus, einen Anspruch auf die Geldsumme i.H.v. EUR 89,95 zu haben, wobei er sich bewusst ist, dass er keinen Anspruch auf die konkret entnommen Scheine hat. Somit verkennt R, dass ihm kein wirksamer Rechtsanspruch auf die Geldsumme und damit auf die Scheine zusteht und damit die Strafbarkeit seines Verhaltens. Folglich hat R das Unrecht seines Handelns laienmäßig erkannt, geht jedoch davon aus, rechtmäßig zu handeln. Mithin liegt sein Irrtum außerhalb der Parallelwertung in der Laiensphäre, sodass ein Subsumtionsirrtum nach § 17 StGB vorliegt. Ein solcher wirkt sich jedoch erst auf Schuldebene aus, sodass er für den Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit der Zueignung unbeachtlich ist.<sup>112</sup> Folglich handelte R vorsätzlich hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Zueignung.

### **II. Rechtswidrigkeit**

Mangels ersichtlicher Rechtfertigungsgründe handelte R rechtswidrig.

### **III. Schuld**

Wie dargelegt unterlag R einem Subsumtionsirrtum nach § 17 StGB, welcher bei fehlender Vermeidbarkeit die Schuld entfallen lässt. Für die Annahme der Unvermeidbarkeit des Irrtums muss der Täter die ihm zur Verfügung stehenden Erkenntniskräfte und etwaige Zweifel ggf. durch Einholung verlässlichen und sachkundigen Rechtsrates beseitigt haben.<sup>113</sup> Bei der Beurteilung der Vermeidbarkeit sind die

Verhältnisse sowie individuellen intellektuellen Fähigkeiten des Täters zu berücksichtigen.<sup>114</sup> Bei einem Rechtskundigen kann angenommen werden, dass er die Tragweite der gesetzlichen Vorschriften zu erkennen vermag, sodass besonders strenge Anforderungen an die Unvermeidbarkeit zu stellen sind.<sup>115</sup> R ist als Rechtsstudent in der Lage, über die Rechtswidrigkeit seines Handelns korrekt zu urteilen. Zumindest hätte er die Auskunft eines fachkundigen Dritten einholen können. Mithin war der Irrtum für R vermeidbar. Folglich handelte R schuldhaft.

#### **IV. Strafantrag**

Nach § 248a StGB bedarf es bei einem Diebstahl geringwertiger Sachen eines Strafantrags. Das entwendete Geld überschreitet die Schwelle von EUR 50,00 jedoch, sodass es sich um keine geringwertige Sache handelt und mithin ein Strafantrag entbehrlich ist.

#### **IV. Ergebnis**

R hat sich durch die Entnahme der Geldscheine gem. § 242 Abs. 1 StGB wegen Diebstahls strafbar gemacht. Jedoch kann seine Strafe gem. § 17 S. 2 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB gemindert werden.

#### **B. Strafbarkeit des R gem. § 246 Abs. 1 StGB durch Entnehmen des Geldes**

Die durch das Entnehmen des Geldes mitverwirklichte Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz nach § 264 I Hs. 2 StGB formell subsidiär hinter dem vollendeten Diebstahl zurück.

#### **Unterschlagung, § 246 StGB**

##### I. Tatbestand

###### 1. Objektiver Tatbestand

a) Fremde bewegliche Sache

###### b) Manifestation des Zueignungswillens

###### 2. Subjektiver Tatbestand

###### 3. Rechtswidrigkeit der Zueignung

a) Rechtswidrigkeit

b) Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der Zueignung

##### II. Rechtswidrigkeit

##### III. Schuld

#### **C. Strafbarkeit des R gem. § 246 Abs. 1 StGB durch Ausgeben des Geldes**

R könnte sich durch das Ausgeben des Geldes wegen Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

##### **I. Tatbestand**

Dazu müsste R tatbestandlich gehandelt haben.

##### **1. Objektiver Tatbestand**

Weiterhin müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein. Dafür müsste sich der Zueignungswille des R hinsichtlich einer fremden beweglichen Sache manifestiert haben. Wie dargelegt handelt es sich bei den Geldscheinen um eine fremde bewegliche Sache. Eine Manifestation des Zueignungswillens ist nach vorherrschender Ansicht gegeben, wenn ein nach außen erkennbares Verhalten des Täters verlässlich zum Ausdruck bringt, dass der Täter die Sache behalten will.<sup>116</sup> R gab das Geld für weitere Kaltgetränke aus. Darin liegt aus objektiver Sicht eine Verwertung und damit ein erkennbares Verhalten, das darauf schließen lässt, dass R das Geld behalten will. Fraglich erscheint, ob eine erneute Zueignung an einem durch ein mit Zueignungsabsicht begangenem Eigentumsdelikt erhaltenen Gegenstand möglich ist.

##### **a) Tatbestandslösung**

Nach der sog. Tatbestandslösung kann sich ein Täter eine bereits durch strafbare Handlung zugeeignete Sache später tatbestandlich nicht erneut zueignen, soweit er seine Scheineigentümerposition zuvor nicht aufgegeben hat.<sup>117</sup> R erlangte das Geld durch Diebstahl und gab es anschließend aus. Folgte man dieser Ansicht, würde die Verwertung der Geldscheine keine erneute Zueignung und damit keine tatbestandliche Unterschlagung darstellen.

##### **b) Konkurrenzlösung**

Nach der sog. Konkurrenzlösung ist eine mehrfache Manifestation des Zueignungswillens tatbestandlich möglich, jedoch handelt es sich lediglich um mitbestrafte

<sup>114</sup> BGH NStZ 2017, 284 (288); Fischer (Fn. 5), § 17 Rn. 8; Joecks in: MüKo Bd. 1 (Fn. 70), § 17 Rn. 53f.; Rogall in: SK-StGB Bd. 1 (Fn. 113), § 17 Rn. 57.

<sup>115</sup> OLG Köln NJW 1996, 472 (473); Joecks in: MüKoStGB (Fn. 66), § 17 Rn. 54.

<sup>116</sup> Rengier, BT I (Fn. 1), § 5 Rn. 24.

<sup>117</sup> BGH NStZ-RR 2017, 211 (212); Lackner/Kühl (Fn. 39), § 246 Rn. 7; Kudlich in: SSW (Fn. 13), § 246 Rn. 20; Rengier, BT I (Fn. 1), § 5 Rn. 51.

Nachtaten.<sup>118</sup> R erlangte das Geld durch Diebstahl und gab es anschließend aus. Folgte man dieser Ansicht, läge eine tatbestandliche Unterschlagung vor, welche jedoch als mitbestrafte Nachtat hinter dem vollendeten Diebstahl zurücktrate.

### c) Stellungnahme

Die Ansichten kommen zu verschiedenen Ergebnissen, sodass eine Stellungnahme erforderlich ist. Für die erste Ansicht spricht, dass eine Zueignung dem Wortsinn nach die erstmalige Herstellung der eigentümerähnlichen Herrschaft über eine Sache ist und demnach nicht beliebig oft wiederholt werden kann.<sup>119</sup> Vielmehr handelt es sich bei einer nachträglichen Manifestation um das bloße Ausnutzen der bereits geschaffenen Herrschaftsmacht.<sup>120</sup> Hiergegen wird eingewandt, dass An- und Enteignung sehr wohl wiederholt werden könnten, wie auch die erste Ansicht bei einer nicht strafbaren Erstzueignung inkonsequenterweise annehme.<sup>121</sup> Zudem seien auch deliktisch entzogene Sachen gegenüber weiterer Eigentumsverletzungen zu schützen.<sup>122</sup> Ferner könne die Strafbarkeit der Erstzueignung kein Bestandteil des Zueignungsbegriffs sein.<sup>123</sup> Allerdings führt die zweite Ansicht zu einer faktischen Aufhebung der Verjährungsregeln der Vortaten und damit zu einer unbilligen Umwandlung des Diebstahls in ein Dauerdelikt.<sup>124</sup> Für die zweite Ansicht spricht, dass ohne die Strafbarkeit nach § 246 Abs. 1 StGB ein nur an der Verwertungstat beteiligter Teilnehmer straffrei gestellt werden würde und es somit zu Strafbarkeitslücken käme.<sup>125</sup> Die Unterschlagung fungiere insoweit als weiter Auffangtatbestand für nachträgliche Manifestationen, sodass diese tatbestandlich auch erfasst sein müssten.<sup>126</sup> Hiergegen wird eingewandt, dass die Konstruktion des § 246 StGB als Auffangtatbestand einem Ausschluss auf Tatbestandsebene nicht entgegensteht.<sup>127</sup> Zudem sind die Strafbarkeitslücken auf Fälle beschränkt, die nicht unter §§ 257, 259 StGB fallen, welche insoweit eine abschließende Regelung für Verwertungshandlungen bilden.<sup>128</sup> Mithin vermögen die Argumente der zweiten Ansicht nicht zu überzeugen. Die

<sup>118</sup> Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 246 Rn. 19; Eisele, BT II (Fn. 3), Rn. 264; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 328.

<sup>119</sup> BGH NStZ-RR 2017, 211 (212); Kudlich in: SSW (Fn. 13), § 246 Rn. 20; Rengier, BT I (Fn. 1), § 5 Rn. 54.

<sup>120</sup> BGH NStZ-RR 2017, 211 (212); Kudlich in: SSW (Fn. 13), § 246 Rn. 20; Rengier, BT I (Fn. 1), § 5 Rn. 54.

<sup>121</sup> Rengier, BT I (Fn. 1), § 5 Rn. 53; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 330.

<sup>122</sup> Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 246 Rn. 19; Eisele, BT II (Fn. 3), Rn. 264; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 330.

<sup>123</sup> Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 246 Rn. 19.

<sup>124</sup> BGH NJW 1960, 684 (686); Kudlich in: SSW (Fn. 13), § 246 Rn. 20; Rengier, BT I (Fn. 1), § 5 Rn. 54.

<sup>125</sup> Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 246 Rn. 19; Eisele, BT II (Fn. 3), Rn. 265; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 330.

<sup>126</sup> Eisele, BT II (Fn. 3), Rn. 264.

<sup>127</sup> Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 246 Rn. 19.

<sup>128</sup> Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 246 Rn. 19; Rengier, BT I (Fn. 1), § 5 Rn. 54.

<sup>129</sup> Rengier, BT I (Fn. 1), § 5 Rn. 54.

<sup>130</sup> BGH NJW 2017, 2052 (2055); Satzger in: SSW (Fn. 13), § 263 Rn. 103, 105.

Unterschlagung kann gerade nicht die Funktion haben, spätere Manifestationen subsidiär zu erfassen.<sup>129</sup> Somit wird der erstgenannten Ansicht gefolgt, sodass die Verwertung des Geldes keine erneute Zueignung darstellt.

### 2. Zwischenergebnis

Mangels objektiver Manifestation des Zueignungswillens des R ist der objektive Tatbestand nicht erfüllt.

### II. Ergebnis

R hat sich nicht gem. § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

### D. Strafbarkeit des R gem. §§ 263 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB

Letztlich könnte sich R gem. §§ 263 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB wegen Betrug durch Unterlassen strafbar gemacht haben, indem er F nicht über ihre Rückforderungsmöglichkeit nach § 859 Abs. 2 BGB aufklärte. Dafür bedarf es insbesondere des Vorliegens einer Aufklärungspflicht bzw. Garantenstellung des R. Eine gesetzliche Garantenstellung ist vorliegend nicht ersichtlich. Jedoch könnte eine solche aus Ingerenz vorliegen. Dies ist der Fall, wenn der Täter für die Entstehung eines Irrtums infolge pflichtwidrigen Vorverhaltens verantwortlich ist, wobei das Vorverhalten den Charakter einer objektiven Täuschung aufweisen muss.<sup>130</sup> Vorliegend entnahm R das Geld aus dem Portemonnaie der F und gab es anschließend aus. Damit hat er nicht auf das Vorstellungsbild der F eingewirkt, sodass keine objektive Täuschungshandlung vorliegt. Mithin scheidet eine Strafbarkeit wegen Betrug durch Unterlassen aus.

### 3. Tatkomplex: Badeurlaub

#### A. Strafbarkeit des S gem. §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB

R könnte sich wegen vollendeten Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er seine ertrinkende Mutter nicht rettete.

**Totschlag d. Unterlassen, §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB**

## I. Tatbestandsmäßigkeit

**1. Objektiver Tatbestand**

- a) Eintritt des tatbeständlichen Erfolges
  - b) Unterlassung einer geeigneten und erforderlichen Verhinderungshandlung trotz physisch-real er individueller Handlungsmöglichkeit
  - c) (Quasi-)Kausalität des Unterlassens
  - d) Garantenstellung i.S.d. § 13 StGB**
  - e) Entsprechungsklausel
- i.S.d. § 13 Abs. 1 Hs. 2 StGB

## 2. Subjektiver Tatbestand

## II. Rechtswidrigkeit

## III. Schuld

- 1. Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens
- 2. Gebotsirrtum

**I. Tatbestandsmäßigkeit**

Hierzu müsste R den Tatbestand der §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB erfüllt haben.

**1. Objektiver Tatbestand**

Dafür müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein.

**a) Eintritt des tatbeständlichen Erfolges**

Der tatbeständliche Erfolg ist mit dem Tod der M eingetreten.

**b) Unterlassung einer geeigneten und erforderlichen Verhinderungshandlung trotz physisch-real er individueller Handlungsmöglichkeit**

R müsste die Vornahme einer geeigneten und erforderlichen Verhinderungshandlung trotz physisch-real er individueller Handlungsmöglichkeit unterlassen haben. Objektiv geboten und erforderlich war die von S nicht vorgenommene Rettung seiner ertrinkenden Mutter. Weiterhin müsste R eine physisch-reale individuelle Handlungsmöglichkeit gehabt haben. Möglich ist dem Täter nur eine Rettungshandlung, zu deren Vornahme er individuell fähig

ist.<sup>131</sup> Dies kann ausgeschlossen sein, wenn der Täter die gebotene Rettungshandlung wegen räumlicher Entfernung oder mangels persönlicher Fähigkeiten nicht vornehmen kann.<sup>132</sup> R war als erfahrener Schwimmer grundsätzlich in der Lage, zu seiner Mutter ins Wasser zu eilen und diese zu retten. Auch bestand kein räumliches Hindernis gegen eine derartige Rettungsaktion. R hat somit die Rettungsaktion trotz einer physisch-real en individuellen Handlungsmöglichkeit unterlassen.

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass R im Falle eines Rettungsversuchs mit einem epileptischen Anfall rechnen musste. Die Vornahme der Handlung muss dem Unterlassenden auch zumutbar sein.<sup>133</sup> Streitig ist indes, ob bei Unzumutbarkeit des normgemäßen Verhaltens bereits die Tatbestandsmäßigkeit entfällt, oder ob es sich um einen übergesetzlichen Entschuldigungsgrund handelt. Die Tatbestandslösung<sup>134</sup> führt an, dass Gründe für eine Differenzierung zum echten Unterlassungsdelikt des § 323c StGB, bei welchem die Unzumutbarkeit den Tatbestand ausschließt, nicht ersichtlich seien. Außerdem vermeide die Tatbestandslösung kriminalpolitisch befremdliche Ergebnisse, so könne nach der Schuldlösung jemand, der eine unzumutbare Handlung unterlässt, einen tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Totschlag begehen. Das Gesetz stellt allerdings einen Garanten i.S.d. § 13 StGB unter den dortigen Voraussetzungen dem Begehungstäter gerade gleich,<sup>135</sup> zumal die Unzumutbarkeit in deutlicher Nähe zu den gesetzlich geregelten und sonst anerkannten Entschuldigungsgründen steht.<sup>136</sup> Die Handlungspflicht des Unterlassenden bleibt prinzipiell bestehen, nur eine Bestrafung ist unter präventiven Gesichtspunkten nicht erforderlich, da die Unterlassung nicht in einem kriminellen Antrieb, sondern in der persönlichen Unzumutbarkeit besteht.<sup>137</sup> Es handelt sich somit um einen typischen Entschuldigungsgrund.<sup>138</sup>

**c) (Hypothetische) Kausalität des Unterlassens für den konkreten Erfolg**

Die unterlassene Rettungsaktion des R müsste auch (quasi-)kausal für den Tod der M gewesen sein. Für die Kausalität des Unterlassens ist grundsätzlich ausschlaggebend, ob das Handeln des Täters hinzugedacht werden kann, ohne

<sup>131</sup> Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage 2017, § 18 Rn. 30.

<sup>132</sup> Rengier, AT (Fn. 59), § 49 Rn. 9

<sup>133</sup> BGH NJW 2010, 2672 (2676).

<sup>134</sup> Krey/Esser, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage 2016, Rn. 1173.

<sup>135</sup> Wessels/Beulke/Satzger, AT (Rn. 57), Rn. 1216.

<sup>136</sup> Kühl, AT (Fn. 131), § 18 Rn. 33.

<sup>137</sup> Roxin, AT II (Rn. 66), § 31 Rn. 233f.

<sup>138</sup> BGHSt 6, 46 (57); Kühl (Fn. 131), § 18 Rn. 33; Rengier, AT (Fn. 59), § 49 Rn. 47.

dass der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfiele.<sup>139</sup> Wäre R ins Wasser gesprungen und hätte seiner Mutter geholfen, wäre diese gerettet worden. Der unterlassene Rettungsversuch des S war demnach für den Tod der M (quasi-)kausal.

#### **d) Garantenstellung des Unterlassenden gem. § 13 Abs. 1 StGB**

Fraglich ist, ob R Garant für die Abwendung des Todes seiner Mutter gewesen ist. Er müsste aufgrund einer besonderen Pflichtenstellung rechtlich dafür einzustehen haben, dass der tatbestandliche Erfolg nicht eintritt.

Teilweise wird vertreten, dass die Sorge für die Eltern nicht in den besonderen Pflichtenkreis der Kinder falle.<sup>140</sup> Gem. § 1618a BGB sind Eltern und Kinder einander allerdings gerade Beistand und Rücksicht schuldig. Diese Vorschrift konkretisiert als Wertungsmaßstab über das bürgerliche Recht hinaus die strafrechtlichen Einstands- und Garantenpflichten.<sup>141</sup> Wie weit eine derartige Einstandspflicht reicht, ist allerdings nach den Umständen des Einzelfalls zu bestimmen.<sup>142</sup> Dabei sind vor allem das Alter, der Gesundheitszustand, das Zusammenleben und die sonstigen Verhältnisse der Betroffenen entscheidend.<sup>143</sup> Die strafrechtlichen Einstandspflichten sind somit auch von der tatsächlichen Ausgestaltung des Eltern-Kind-Verhältnisses abhängig. Nicht außer Acht gelassen werden dürfen dabei ebenfalls solche Regelungen, die die Betroffenen in autonomer Selbstbestimmung getroffen haben.<sup>144</sup> Über das formale familiäre Verhältnis hinaus besuchte R seine Mutter mehrmals in der Woche für mehrere Stunden, auch sonst hatte er eine gute Beziehung zu beiden Elternteilen. Das Eltern-Kind-Verhältnis war somit von besonderer räumlicher sowie persönlicher Nähe geprägt. Allerdings wurde R bewusst von den gesundheitlichen Problemen seiner Mutter ferngehalten, die primäre Einstandspflicht traf nach der internen Familienvereinbarung vielmehr den Vater. Gleichwohl ist gerade bei einer Lebensgefahr als denkbar schwerster Rechtsgutgefährdung eine Einstandspflicht des R anzunehmen. Aufgrund des guten Verhältnisses zu seiner Mutter trat er, als sein Vater aufgrund der Demenz die Lage nicht mehr einschätzen konnte, in der konkreten Situation als vorrangiger Garant ein.

<sup>139</sup> Jäger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage 2017, Rn. 336b.

<sup>140</sup> Freund in: MüKoStGB (Fn. 66), § 13 Rn. 177.

<sup>141</sup> BGH NJW 3609.

<sup>142</sup> Kienemund in: BeckOGK, 01.02.2019, BGB § 1618a Rn. 9.

<sup>143</sup> Gessaphe in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band X, 7. Auflage 2017, § 1618a Rn. 8; Hoffmann-Holland in: MüKoStGB (Fn. 66), § 22 Rn. 137;

<sup>144</sup> BGH NJW 3609 (3610).

<sup>145</sup> Wessels/Beulke/Satzger, AT (Fn. 57), Rn. 1205.

<sup>146</sup> Rengier, AT (Fn. 59), § 49. Rn. 47.

Mithin hatte R gegenüber M eine Garantenstellung gem. § 13 Abs. 1 StGB inne.

#### **e) Entsprechungsklausel, § 13 Abs. 1 Hs. 2 StGB**

Gem. der „Entsprechungsklausel“ des § 13 Abs. 1 Hs. 2 StGB müsste das Unterlassen des R hinsichtlich der Erfolgsabwendung der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein aktives Tun entsprechen. § 212 Abs. 1 StGB setzt als reines Erfolgsdelikt keine besondere Begehungsweise und keinen speziellen Verhaltensunwert voraus, sodass es keiner Gleichwertigkeitsprüfung i.S.d. „Entsprechungsklausel“ bedarf.<sup>145</sup>

#### **2. Subjektiver Tatbestand**

Weiterhin müsste R den subjektiven Tatbestand erfüllt haben, dazu müsste er vorsätzlich gehandelt haben. R erkannte die Notsituation seiner Mutter und war sich der die Garantenstellung begründenden Umstände auch bewusst. Eine Kenntnis der Garantenpflicht als solcher ist nicht erforderlich. R handelte somit vorsätzlich. Der subjektive Tatbestand ist somit erfüllt.

#### **II. Rechtswidrigkeit**

R handelte rechtswidrig.

#### **III. Schuld**

Wie bereits festgestellt, stellt die Unzumutbarkeit des normgemäßen Verhaltens bei den unechten Unterlassungsdelikten einen besonderen Entschuldigungsgrund dar. R würde demnach nicht schuldhaft handeln, wenn die Rettung seiner Mutter für ihn aufgrund seiner Epilepsieerkrankung unzumutbar gewesen wäre. Die Pflichterfüllung ist unzumutbar, wenn der Garant durch sie eigene billigenswerte Interessen in erheblichem Umfang gefährden würde und das Gewicht der Interessen, die der Täter preisgeben soll, dem Gewicht des drohenden Erfolges entspricht.<sup>146</sup>

Die Erfolgsabwendungs pflicht des R gegenüber seiner Mutter ist demnach durch die Zumutbarkeit der entsprechenden Handlung begrenzt. Grundsätzlich können auch gefährliche Handlungen zumutbar sein. Es muss allerdings keine konkrete Lebensgefahr auf sich genommen

werden.<sup>147</sup> Im Falle eines Rettungsversuchs durch R hätte dieser sein eigenes Leben riskiert. Dies war ihm nicht zumutbar. Er ist somit entschuldigt.

#### **IV. Ergebnis**

R hat sich folglich nicht wegen vollendeten Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

#### **B. Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung gem.**

##### **§ 323c Abs. 1 StGB**

Eine Strafbarkeit des R gem. § 323c Abs. 1 StGB kommt wegen der Unzumutbarkeit ebenfalls nicht in Betracht.

#### **C. Gesamtergebnis**

R hat sich weder wegen vollendeten Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB noch wegen unterlassener Hilfeleistung gem. § 323c Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

---

<sup>147</sup> Krey/Esser, AT (Fn. 134), Rn. 1171.

## Klausur im BGB II

stud. iur. Moritz Stamme, 13 Punkte.

Die Klausur ist in der Veranstaltung BGB II im Wintersemester 2015/2016 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt Prof. Dr. Peter Salje, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

**Sachverhalt:** Frau A hat den Malermeister M beauftragt, ihre Wohnung neu zu streichen. In einer Arbeitspause bietet sie ihm eine Flasche Bier an, verwechselt jedoch die im kühlen Vorratsraum stehende Bierflasche mit dem Ätznatron, das sie in einer sehr ähnlich aussehenden Flasche mit gleichem Etikett und ohne Kennzeichnung des besonderen Inhalts aufbewahrt.

Schon der erste Schluck hat schwer wiegende gesundheitliche Folgen für M; er kann jedoch unter Einsatz aufwendiger Heilungsmaßnahmen gerettet werden. Als M wieder genesen ist, verlangt er EUR 10.000,00 Schadensersatz von Frau A (Heilungskosten und Verdienstausfall). Frau A wendet ein, auf Grund ihrer Kurzsichtigkeit habe sie auch bei Anwendung höchstmöglicher Sorgfalt den gefährlichen Flascheninhalt nicht erkennen können. Steht M gegen **Frau A ein Anspruch auf Schadensersatz zu?**

**Ändert sich die Rechtslage, wenn dem M die Flasche durch A bereits vor Auftragserteilung gereicht wird, als M die Wohnung besichtigte, um eine Kostenvoranschlag zu erstellen?**

Ansprüche und andere Normen im Zusammenhang mit dem Recht der unerlaubten Handlung (§§ 823ff. BGB) sind nicht zu prüfen.

### GUTACHTERLICHE LÖSUNG

#### A. Schadensersatzanspruch gemäß § 280 Abs. 1 BGB<sup>1</sup>

M könnte gemäß § 280 Abs. 1 BGB von A einen Schadensersatz in Höhe von EUR 10.000,00 verlangen.

#### I. Schuldverhältnis

Dafür müsste ein Schuldverhältnis zwischen M und A bestehen. Ein Schuldverhältnis im Sinne des § 241 setzt eine konkrete Schuldner-Gläubiger-Beziehung voraus. Es entsteht entweder kraft Gesetzes oder durch Vertrag gemäß § 311 Abs. 1.

#### 1. Werkvertrag

Zu denken ist hier an einen Werkvertrag. Gemäß § 631 Abs. 1 wird durch den Werkvertrag der Unternehmer verpflichtet, die Herstellung des versprochenen Werkes zu besorgen. Im Gegenzug wird der Besteller zur Errichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Ein Vertrag kommt regelmäßig durch eine Einigung, Angebot und

Annahme, zustande. Gemäß Sachverhalt hat Frau A den Malermeister M beauftragt, ihre Wohnung neu zu streichen. Das Zustandekommen eines Werkvertrages ist hier unproblematisch gegeben.

#### 2. Entstandene Schuldverhältnisse

Aus einem Werkvertrag gemäß § 631 Abs. 1 entsteht immer ein sogenanntes synallagmatisches Verhältnis. Dieses liegt vor, wenn durch Vertrag beide Parteien zu voneinander abhängigen Schuldverhältnissen verpflichtet sind.

Im vorliegenden Fall ist der M durch den Werkvertrag verpflichtet, die Wohnung der A zu streichen. Im Gegenzug ist die A dazu verpflichtet, die vereinbarte Vergütung zu zahlen.

Gleichzeitig erwachsen aus einem Schuldverhältnis gemäß § 241 Abs. 2 stets sogenannte Rücksichtnahmepflichten. Durch diese ist die jeweils andere Partei dazu verpflichtet, auf das Eigentum und die Gesundheit der anderen Partei Rücksicht zu nehmen.

<sup>1</sup> Alle §§ ohne Gesetzestitel sind solche des BGB.

Mithin ist ein wirksames Schuldverhältnis zwischen M und A entstanden.

## **II. Pflichtverletzung der A**

Des Weiteren müsste eine Pflichtverletzung durch A vorliegen.

Eine Pflichtverletzung ist jede objektive Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis. Im Sachverhalt bietet A dem M in der Arbeitspause ein kühles Getränk an. Sie verwechselt die Flasche jedoch mit einem Ätznatron. Bereits der erste Schluck hat für M schwerwiegende gesundheitliche Folgen. Der M wurde somit an seiner Gesundheit geschädigt. Die Rücksichtnahmepflicht gemäß § 241 wurde mithin verletzt. Folglich liegt eine Pflichtverletzung durch A vor.

## **III. Misslingen der Exkulpation**

Die Exkulpation gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 müsste der A misslingen sein. Dies wäre der Fall, wenn A zumindest fahrlässig gemäß § 276 gehandelt hätte. Es ist fraglich, ob A fahrlässig gehandelt hat. Nach § 276 Abs. 2 handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.

Laut Sachverhalt hat A die Bierflasche, welche sie eigentlich für M holen wollte, mit einer Flasche Ätznatron, welche ein sehr ähnliches Aussehen mit gleichem Etikett und ohne Kennzeichnung des besonderen Inhalts hat, verwechselt. A wendet ein, dass sie auf Grund ihrer Kurzsichtigkeit und unter Anwendung höchstmöglicher Sorgfalt den gefährlichen Flascheninhalt nicht hätte erkennen können. Die Argumentation der A ist allerdings sehr in Frage zu stellen. Zum einen ist die körperliche Einschränkung der Kurzsichtigkeit zu nennen. Nach allgemeinem Verständnis ist dieser Begriff im Gebrauch für Menschen, die entfernte Gegenstände oder Schriftzüge nicht richtig erkennen können. Das Greifen nach einer Flasche setzt eine gewisse Nähe zum Gegenstand voraus. Als wichtiger Grund für die Schwäche der Argumentation ist anzusehen, dass die Flasche Ätznatron im Kühlschrank der A neben den Bierflaschen stand. Zusätzlich war die Flasche Ätznatron im Aussehen der Bierflasche sehr ähnlich und hatte keine besondere Kennzeichnung, wie es bei ätzenden Flüssigkeiten üblich ist. Frau A hätte wissen müssen, dass diese Flasche in ihrem Kühlschrank steht, und mit größter Sorgfalt hätte handeln müssen. Der Sachverhalt gibt zwar an, dass Frau A eingewendet hat, auch bei Anwendung höchstmöglicher Sorgfalt den gefährlichen Flascheninhalt nicht hätte erkennen können. Allerdings erscheint dieser Einwand mehr

als fraglich.

Folglich ist die Exkulpation nach § 280 Abs. 1 S. 2 als misslungen anzusehen.

## **IV. Kausaler Schaden**

Außerdem müsste ein kausaler Schaden aus der Pflichtverletzung der A entstanden sein. Die Art und der Umfang des folgenden Schadensersatzes bemessen sich nach §§ 249, 253 Abs. 2. Gemäß Sachverhalt konnte der M unter Einsatz aufwendiger Heilungsmaßnahmen gerettet werden. Das Trinken des Ätznatrons hat diese Maßnahmen erst notwendig gemacht, sodass die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden gegeben ist.

Laut § 249 Abs. 1 ist der Schadensersatzpflichtige dazu verpflichtet, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der Schaden nicht eingetreten wäre.

Der M fordert Schadensersatz in Höhe von EUR 10.000,00 von Frau A für die Heilungskosten und den Verdienstausfall. Mithin ist ein kausaler Schaden entstanden, der sich nach § 249 bemisst.

## **B. Ergebnis**

M kann gemäß § 280 I von A einen Schadensersatz in Höhe von 10.000,- € verlangen

## **Abwandlung**

### **A. Schadensersatzanspruch gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2**

M könnte gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von EUR 10.000,00 von A haben.

## **I. Vorvertragliches Schuldverhältnis**

Dafür müsste ein vorvertragliches Schuldverhältnis im Sinne des § 241 Abs. 2 bestehen. Dies entsteht gemäß § 311 Abs. 2 entweder bei Aufnahme von Vertragsverhandlungen, bei Anbahnung eines Vertrages oder bei ähnlichen geschäftlichen Kontakten.

## **1. Vertragsverhandlungen**

Ein Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 Nr. 1 entsteht bei der Aufnahme von Vertragsverhandlungen. Vertragsverhandlungen liegen vor, wenn eine Kommunikation zwischen den beiden Parteien hinsichtlich des konkreten Vertrags besteht. Laut Sachverhalt besteht zwar eine Kommunikation zwischen M und A. Ein Kostenvoranschlag ist allerdings noch nicht erstellt.

Folglich fällt diese Entstehung eines Schuldverhältnisses raus.

## ANMERKUNGEN

### 2. Vertragsanbahnung

Zu denken ist aber gemäß § 311 Abs. 2 Nr. 2 an die Vertragsanbahnung.

Die Vertragsanbahnung liegt vor, wenn der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder anvertraut. Gemäß Sachverhalt besichtigt M gerade die Wohnung der A, um einen Kostenvoranschlag zu erstellen.

Eine Vertragsanbahnung gemäß § 311 Abs. 2 Nr. 2 liegt folglich vor.

### 3. Entstandene Pflichten

Der § 311 Abs. 2 greift bei vorvertraglichen Schuldverhältnissen nur hinsichtlich der Rücksichtnahmepflichten gemäß § 241 Abs. 2. Mithin ist eine Rücksichtnahmepflicht beiderseits entstanden.

## II. Pflichtverletzung

Folglich müsste eine Pflichtverletzung durch A vorliegen. Da der Sachverhalt sich nur hinsichtlich des Schuldverhältnisses geändert hat, wird auf die vorangegangene Prüfung verwiesen. Eine Pflichtverletzung durch A liegt vor.

## III. Misslingen der Exkulpation

Es müsste außerdem die Exkulpation nach § 280 Abs. 1 S. 2 misslungen sein. Hier wird ebenfalls zur vorangegangenen Prüfung verwiesen. Die Exkulpation ist misslungen.

## IV. Kausaler Schaden

Ein kausaler Schaden müsste durch die Pflichtverletzung entstanden sein. Auch hier wird zur vorangegangenen Prüfung verwiesen.

Ein kausaler Schaden durch die Pflichtverletzung ist entstanden.

## B. Ergebnis

M hat gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von EUR 10.000,00 von A.

## Klausur in der Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht

stud. iur. Christoph Rohde, 15 Punkte.

Die Klausur ist im Rahmen der Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht im Wintersemester 2018/ 2019 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt PD Dr. Alexander Thiele, der sich mit der Veröffentlichung einverstanden erklärt hat.

**Sachverhalt:** A ist Jäger und dementsprechend seit 1998 Inhaber einer Erlaubnis zum Besitz eines Jagdgewehrs. Zu irgendwelchen Beanstandungen ist es seitdem nie gekommen. Am 30. März 2018 ist er um 20:00 Uhr mit einem befreundeten Jäger in einer Gaststätte verabredet, um dort über einen Wildschaden zu reden. Da er geplant hatte, nach der Besprechung auf die Jagd zu gehen, führt er dabei sein Jagdgewehr mit. Die Waffe hat er während der Besprechung nicht schussbereit in seinem Auto verstaut.

In der Gaststätte erfährt der A dann allerdings, dass die Wirtin an diesem Tag Geburtstag hat. Daraufhin entschließt er sich spontan in der Gaststätte zu bleiben und einige alkoholische Getränke zu Ehren der Wirtin zu konsumieren. Aufgrund des Alkoholkonsums gibt er sodann seine ursprünglichen Jagtpläne auf und fährt gegen 01:15 Uhr mit seinem Auto nach Hause. Im Rahmen einer allgemeinen Verkehrskontrolle wird er allerdings von der Polizei angehalten. Diese bemerkt sowohl das Jagdgewehr im Auto des A als auch einen gewissen Alkoholgeruch. Eine ärztliche Feststellung der Blutalkoholkonzentration ergibt wenig später dann auch einen Wert von 1,5 Promille bei A. Mit dieser Blutalkoholkonzentration gilt man als absolut fahruntüchtig zum Führen eines Kraftfahrzeugs, so dass A kurz darauf auch rechtskräftig zu einer Geldstrafe wegen Trunkenheit im Verkehr (§ 316 StGB) verurteilt wird.

Die in jeder Hinsicht zuständige Behörde nach dem WaffG erfährt von dem Vorfall und erklärt daraufhin mit Bescheid vom 5. September 2018 den Widerruf der Erlaubnis des A zum Besitz des Jagdgewehres. Die Behörde beruft sich hierbei auf § 45 Abs. 2 Satz 1 i.V. m. § 5 Abs. 1 Nr. 2 lit. b) WaffG. Der A weise nicht mehr die für eine Waffenbesitzerlaubnis erforderliche Zuverlässigkeit auf. Er habe Alkohol getrunken, obwohl er eine Schusswaffe mit sich geführt habe, und sei anschließend noch mit seinem Auto nach Hause gefahren, obwohl er absolut fahruntüchtig gewesen sei. Diese Tatsachen würden die Annahme rechtfertigen, dass er mit Waffen nicht vorsichtig und sorgfältig umgehe. Dementsprechend sei die Behörde von Gesetzes wegen verpflichtet, die Erlaubnis zu widerrufen.

Der A ist völlig überrascht und entsetzt, als er den Bescheid erhält. Die Alkoholfahrt sei – was zutrifft – der erste Vorfall dieser Art gewesen. Die festgesetzte Geldstrafe habe er sofort bezahlt, weil er seine Schuld auch einsehe. Aber seine Waffenbesitzerlaubnis habe damit doch nicht das Geringste zu tun und könne ihm doch nicht deswegen entzogen werden. Ganz im Gegenteil: Die Tatsache, dass er wegen seiner Alkoholisierung von der Jagd abgesehen habe, zeige doch ausdrücklich, dass er vorsichtig und sorgfältig mit Waffen umgehen könne. A möchte gegen den Widerruf seiner Erlaubnis gerichtlich vorgehen und erhebt daher umgehend Klage zum Verwaltungsgericht.

**Hat die Klage des A Aussicht auf Erfolg?**

**Zusatzfrage:** Was kennzeichnet Gestaltungs-, Leistungs- und Feststellungsklagen?

Nennen Sie Vor- und Nachteile und geben Sie Beispiele.

#### § 4 WaffG - Voraussetzungen für eine Erlaubnis

(1) Die Erteilung einer Erlaubnis setzt voraus, dass der Antragsteller

1. das 18. Lebensjahr vollendet hat (§ 2 Abs. 1),
2. die erforderliche Zuverlässigkeit (§ 5) und persönliche Eignung (§ 6) besitzt,
3. die erforderliche Sachkunde nachgewiesen hat (§ 7) und
4. ein Bedürfnis nachgewiesen hat (§ 8).

(2) Liegen die Voraussetzungen des Absatz 1 nicht vor, ist die Erlaubnis zu versagen.

#### § 5 WaffG - Zuverlässigkeit

(1) Die erforderliche Zuverlässigkeit besitzen Personen nicht,

1. die rechtskräftig verurteilt worden sind
  - a) wegen eines Verbrechens oder
  - b) wegen sonstiger vorsätzlicher Straftaten zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr, wenn seit dem Eintritt der Rechtskraft der letzten Verurteilung zehn Jahre noch nicht verstrichen sind,
2. bei denen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie
  - a) Waffen oder Munition missbräuchlich oder leichtfertig verwenden werden,
  - b) mit Waffen oder Munition nicht vorsichtig oder sachgemäß umgehen oder diese Gegenstände nicht sorgfältig verwahren werden,
  - c) Waffen oder Munition Personen überlassen werden, die zur Ausübung der tatsächlichen Gewalt über diese Gegenstände nicht berechtigt sind.

#### § 45 WaffG - Rücknahme und Widerruf

(1) Eine Erlaubnis nach diesem Gesetz ist durch die zuständige Behörde zurückzunehmen, wenn nachträglich bekannt wird, dass die Erlaubnis hätte versagt werden müssen.

(2) Eine Erlaubnis nach diesem Gesetz ist durch die zuständige Behörde zu widerrufen, wenn nachträglich Tatsachen eingetreten, die zur Versagung der Erlaubnis hätten führen müssen. Eine Erlaubnis nach diesem Gesetz kann auch widerrufen werden, wenn inhaltliche Beschränkungen nicht beachtet werden.

#### GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A möchte die Entziehung seiner waffenrechtlichen Erlaubnis gerichtlich überprüfen lassen. Eine Klage vor dem VG hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

##### I. Zulässigkeit

Die Klage ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

##### 1. Verwaltungsrechtsweg

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 I VwGO. Streitgegenständliche Normen sind solche des Waffengesetzes, insbesondere § 45 WaffG. Diese Normen berechtigen einen Hoheitsträger in dieser Funktion. Nach

der modifizierten Subjektstheorie handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit. Sie ist nichtverfassungsrechtlicher Art. Abdrängende Sonderzuweisungen liegen nicht vor. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet (§ 40 I VwGO).

##### 2. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, vgl. § 88 VwGO. A begeht die Aufhebung des Widerrufs seiner Erlaubnis. Der Widerruf der Erlaubnis ist eine hoheitliche Maßnahme einer Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, also ein Verwaltungsakt i.S.v. § 35 S. 1 VwVfG. Statthafte Klageart hierfür ist die Anfechtungsklage gem. § 42 I 1. Alt. VwGO.

### **3. Klagebefugnis**

A müsste geltend machen, durch den VA in seinen Rechten verletzt zu sein, zumindest muss die Möglichkeit bestehen. Hier besteht die Möglichkeit, dass der Widerruf als belastender VA den A zumindest in seinen Rechten aus Art. 2 I GG verletzt (Adressatengedanke). A ist klagebefugt.

### **4. Klagegegner**

Gem. § 78 I VwGO richtet sich die Klage gegen den Rechtsträger der handelnden Behörde, den Landkreis.

### **5. Beteiligten- und Prozessfähigkeit**

A ist als natürliche Person gem. § 61 Nr. 1 VwGO beteiligtenfähig und nach § 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig. Der Klagegegner ist als juristische Person gem. § 61 Nr. 1 VwGO beteiligtenfähig und nach § 62 III VwGO prozessfähig. Er wird im Prozess gem. § 86 I S. 2 NKomVG durch den Hauptverwaltungsbeamten vertreten.

### **6. Klagefrist**

Die Klage muss innerhalb eines Monats nach Zustellung des Bescheids erhoben werden. A hat ‚umgehend‘ Klage erhoben. Es ist davon auszugehen, dass die Frist gem. § 74 VwGO eingehalten ist.

### **7. Ergebnis zur Zulässigkeit**

Die Klage des A ist zulässig.

## **II. Begründetheit**

Die Klage des A ist begründet, soweit der VA rechtswidrig und A dadurch in seinen Rechten verletzt ist, vgl. § 113 I S. 1 VwGO.

### **1. Ermächtigungsgrundlage**

Als belastender VA bedarf der Widerruf der waffenrechtlichen Erlaubnis einer Ermächtigungsgrundlage. Die Behörde stützt sich hier auf § 45 II S. 1 WaffG als Ermächtigungsgrundlage.

### **2. Formelle Rechtmäßigkeit**

Laut Sachverhalt hat die zuständige Behörde gehandelt. Der VA wurde auch gem. § 39 I VwVfG begründet. Allerdings ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen, ob A auch gem. § 28 I VwVfG angehört wurde. Der Erlaubniswiderruf ist ein belastender VA, der eine Anhörung notwendig macht. Von der Anhörung kann auch nicht gem. § 28 II Nr. 1 VwVfG abgesehen werden, da Gefahr im Verzug nicht vorliegt. Zwischen Vorfall und VA liegen mehr als fünf Monate.

Jedoch könnte eine unterbliebene Anhörung gem. § 45 I Nr. 3 VwVfG nachgeholt werden. Der Verwaltungsakt ist formell rechtmäßig.

### **3. Materielle Rechtmäßigkeit**

Der Widerruf müsste auch materiell rechtmäßig sein. Es müssten die Voraussetzungen des § 45 II WaffG vorliegen.

#### **a) Tatbestand**

Es müssten nachträglich Tatsachen eingetreten sein, die zur Versagung der waffenrechtlichen Erlaubnis geführt hätten. A müsste also unzuverlässig i.S.d. § 5 I Nr. 2b WaffG gelten. Unzuverlässigkeit ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Dieser ist einer gerichtlichen Kontrolle/Überprüfung zugänglich. Hier müssten Tatsachen also die Annahme rechtfertigen (Prognose), dass A mit Waffen oder Munition nicht vorsichtig bzw. sachgemäß umgeht oder sie nicht sorgfältig verwahrt. A ist trotz einer erheblichen BAK (1,5 Promille) Auto gefahren. Dabei führte er seine Jagdwaffe bei sich. Durch den Alkoholeinfluss kommt es – auch bei sonst zuverlässigen Personen – zu Einschränkungen der Zuverlässigkeit. Unter Alkoholeinfluss ist ein sicheres oder sachgemäßes Umgehen mit Waffen nicht möglich. Wer Alkohol konsumiert hat (zumindest in diesem Maße), kann genauso wenig eine Waffe führen, wie ein Auto fahren. Weiterhin hatte A seine Waffe während der Besprechung im Auto liegen. Auch dies ist eine unzulässige Art der Aufbewahrung. Das Handeln des A, also das Fahren (mit Waffe) unter erheblichem Alkoholeinfluss, sowie das unsachgemäße Aufbewahren der Waffe, widerspricht einem zuverlässigen Umgang mit Waffen.

Zwar ist A erstmalig unter Alkoholeinfluss gefahren, doch zeugt die BAK schon von einer gewissen Trinkfestigkeit. Aufgrund des hohen Gefahrenpotentials von Schusswaffen kann, insbesondere in Anbetracht der BAK, die Prognose nicht zugunsten A ausfallen. Es ist zu befürchten, dass A auch künftig unter Alkoholeinfluss mit Waffen umgehen würde.

#### **b) Rechtsfolge**

§ 45 II WaffG ist eine gebundene Entscheidung. Die Behörde musste die Erlaubnis widerrufen.

#### **c) Zwischenergebnis**

Der Widerruf der Erlaubnis war rechtmäßig.

## **III. Ergebnis**

Die Klage ist zulässig aber unbegründet.

**Zusatzfrage**

Gestaltungsklagen ändern durch ein Urteil die Rechtsposition. Beispiel für eine Gestaltungsklage ist die Anfechtungsklage, der durch die Anfechtungsklage aufgehobene VA entfaltet durch das Urteil keinerlei Wirkung mehr. Vorteil ist die sofortige unmittelbare Rechtsgestaltung.

Beispiel für eine Leistungsklage ist die Verpflichtungs-klage. Hier erhält der Kläger durch das Urteil einen Anspruch auf VA (gebundene Entscheidung) oder zumindest einen Anspruch auf erneute (ermessensfehlerfreie) Entscheidung. Das Urteil ändert die Rechtsposition des Klägers nicht sofort/unmittelbar.

Feststellungsklagen haben, wie der Name sagt, „nur“ feststellende Wirkung. Sie führen zu keiner unmittelbar vollstreckbaren Rechtsfolge (abgesehen von möglicherweise ausgesprochenen Kosten).

**ANMERKUNGEN**

Die Zulässigkeitsprüfung gelingt dem Verfasser in gebotener Kürze.

Die richtige Ermächtigunggrundlage wird gefunden und das Problem der unterbliebenen Anhörung als einzige formelle Problematik sachgerecht gelöst. Die materielle Rechtmäßigkeit kann mit ausreichender Argumentation in beide Richtungen entschieden werden. Der Verfasser erkennt treffend, dass es sich bei § 5 I Nr. 2 lit. b) WaffG um eine Prognoseentscheidung handelt, welche gerichtlich überprüfbar ist. Die Argumentation ist zwar kurz, aber treffend und nachvollziehbar. Der Verfasser hätte allerdings § 5 I Nr. 1 a) WaffG durch die Feststellung, dass § 316 StGB nach § 12 I StGB kein Verbrechen im Sinne der Norm ist, und § 5 I Nr. 1 b) WaffG mangels Verurteilung jeweils ablehnen und ein wenig tiefergreifender argumentieren können. Die Zusatzfrage wurde treffend beantwortet.

## Die neue Generation der Juristen

Jedes Jahr gibt es eine neue Generation von Juristen, die ihr Studium beendet, das erste Staatsexamen ablegt, ein Referendariat absolviert, um dann endlich einen geeigneten juristischen Beruf zu wählen. Lange war es hierbei eine Herausforderung einen Job zu finden. Viele Absolventen mit guten Abschlussnoten bewarben sich auf die gleichen Vakanzen. Besonders Kanzleien, die hohe Jahresgehälter zahlten, verzeichneten viele Bewerbungen, sodass sie sich die besten Juristen unter den Bewerbern herauspickten konnten.

Mythen wie die sogenannte „Juristenschwemme“ entstanden. Eine Versinnbildlichung der vielen karriereaffinen Volljuristen, die jedes Jahr, einer Flutwelle gleich, auf den Arbeitsmarkt gespült werden, um dem Bildnis treu zu bleiben. Generationen von angehenden Juristen hatten Angst, nach zehn Jahren Studiums und Referendariats, unbeschäftigt zu sein.

Durch die Korridore des Juridicums in Münster geisterte der Spruch: „Mit vier Punkten werde ich eben Taxifahrer.“ Valide Zahlen, wie viele Volljuristen wirklich Taxi fahren, sind zwar nicht bestätigt. Mit einem Examen von vier Punkten war es aber noch bis in die 2010er Jahre nahezu unmöglich, als Jurist angestellt zu werden. Lediglich der Weg als Einzelanwalt stand offen.

Ebenso gab es die goldene Regel „zwei aus vier“. Sie besagte, dass jobsuchende Juristen, immer dann gute Chancen auf eine Einstellung und damit ein Topgehalt bei einer Großkanzlei haben, wenn sie zwei der folgenden Auszeichnungen erreichten: Ein „vollbefriedigend“ als Note im ersten oder zweiten Staatsexamen, einen LL.M. oder einen Doktortitel.

Diese Flutwelle ist lange verebbt. Die „zwei aus vier“ - Regel nahezu abgeschafft und obwohl immer noch keine Zahlen zu taxifahrenden Volljuristen vorliegen, fahren sicher nur diejenigen Taxi, die dies aus Passion wollen.

Der Arbeitsmarkt für Juristen hat sich gewandelt. Deutschland erlebt derzeit einen nie dagewesenen Fachkräftemangel, der auch vor dem juristischen Arbeitsmarkt nicht Halt macht. Weniger Absolventen mit zweitem Staatsexamen, veränderte Ansprüche der Generation Y und der damit einhergehende „War for Talents“ prägen heute den

Markt. Von einer „Juristenschwemme“ kann nicht mehr die Rede sein, vielmehr herrscht eine „Juristenebbe“, die viele Kanzleien, Unternehmen und Verwaltungen vor massive Herausforderungen stellt.

Allein in Bayern fehlen derzeit mehr als 150 Staatsanwälte und Richter. Laut aktuellen Prognosen werden bis 2030 deutschlandweit rund 40 Prozent der Juristen aus dem Dienst ausscheiden, womit die Justiz mehr als 10.000 Richter und Staatsanwälte in kurzer Zeit verliert. Bei diesem massiv erhöhten Bedarf an gut ausgebildeten Juristen müssen sich auch Kanzleien, Unternehmen und Verbände geschickt positionieren, um im Kampf um die besten Absolventinnen und Absolventen des Landes nicht das Nachsehen zu haben.

Dieser Zustand kommt heute bei den Juristen an: Überall am Markt fallen Einstiegshürden. Großkanzleien suchen bereits, noch hinter vorgehaltener Hand, nach Examensnoten bis 8,0 Punkten. Ganz anders sind da die Ministerien, Verwaltungen, Gerichte und Staatsanwaltschaften. Einzelne haben bereits 7,8 Punkte im Schnitt in den Examensklausuren gefordert. In manchen Bundesländern gibt es derzeit Bestrebungen, die Notenhürde für Staatsanwaltschaften komplett abzuschaffen.

Allerdings reicht das Entgegenkommen der Arbeitgeber im Bereich Einstiegshürden nicht aus, um weiterhin genug Bewerbungen von Fachkräften zu erhalten.

Denn miteinher geht auch ein massiver Wertewandel bei der heutigen Generation. Kam es früher noch auf Geld an, gibt es heute weit mehr Faktoren, an denen junge Juristen einen guten Arbeitsplatz bemessen. Insbesondere wollen Berufseinsteiger wissen, ob es Arbeitszeitmodelle beim Arbeitgeber gibt und wie dieser im Bereich Weiterbildung aufgestellt ist.

Absolventinnen und Absolventen kommen zwar derzeit nicht auf einen Markt, der dem Schlaraffenland gleicht; sind aber heute mehr gefragt denn je. Es zeichnet sich ab, dass in den letzten Jahren zu Unrecht viel Zukunftsangst geschürt worden ist und eine Menge Panikmache betrieben wurde. Lasst Euch nicht verrückt machen.

Sebastian von Glahn, Volljurist  
Geschäftsführer TalentRocket GmbH

## Engagement neben dem Studium - der Blick nach links und rechts

Was ist eigentlich Ziel und Aufgabe des Universitätsstudiums? Die Debatte über diese Frage dauert seit Jahrzehnten an. Dabei kann man meinen, dass sich die universitäre Zielsetzung in den letzten Jahren verändert hat. Scheinbar stehen sich Humboldtsches (humanistisches) Bildungsideal und heutige Vorstellung eines Hochschulstudiums diametral gegenüber. Etwas überspitzt wird dieser Unterschied auch an einigen Stellen als der Kontrast zwischen (Allgemein-)Bildung und funktional adäquater Ausbildung zu Spezialisten beschrieben – getrieben durch den Bologna-Prozess.

Wilhelm von Humboldt verfolgte und beschrieb um 1800 ein Bildungsideal, das darauf ausgerichtet ist, autonome Individuen hervorzubringen, das Studium verstand er als persönlichkeitsformend, allgemeinbildend, frei und von wirtschaftlichen Zwängen unabhängig. Etwas romantisch war seine Vorstellung von Hochschulbildung darauf ausgerichtet, sich harmonisch selbst zu entfalten, die Kenntnis des eigenen Ichs zu entwickeln und vernunftbegabt „forschendes Lernen“ und „fragendes Forschen“ zu betreiben.

Auch heute ein schöner Gedanke, doch könnte man es auch dem damaligen Bundesminister Rüttgers gleich tun und polemisch formulieren „Humboldt ist tot“. In gleichem Atemzug mit diesem, oft als bedauerlich beschriebenen, Ableben der Idee Humboldts, spricht man von der Ökonomisierung des Studiums. Damit ist die Orientierung der Universitäten an Wirtschaft und Praxis gemeint, die sich insbesondere durch die Vermittlung von praxisorientiertem Handlungswissen und der Abkehr von Bildung als Selbstzweck oder Selbstfindung beschreiben lässt. Kurzum: Universitäten steigern heute die Employability, nicht die Vernunftbegabung.

Arbeitgeber beklagen seit Jahren, dass Absolventinnen und Absolventen schlecht ausgebildet sind, nicht die geistige Reife, intellektuelle Beweglichkeit und den nötigen Charakter besitzen, um auf dem Arbeitsmarkt zu bestehen. Sie suchen nach Quereinsteigern, Leuten mit Berufserfahrung oder Absolventen, die neben dem Kerncurriculum andere Kompetenzen gesammelt haben – ohne Creditpoints nach links und rechts geschaut haben.

Mit dem Bologna-Prozess und der einhergehenden Einführung des Bachelor-/Master-Systems scheint der Platz für anderweitige Orientierung zunächst eingeschränkt. Die Regelstudienzeit bedingt oftmals den Rahmen der finanziellen Unterstützung und Creditpoints zeigen, welche Leistung und welches Engagement honoriert wird und welches nicht.

Im Studium der Rechtswissenschaften scheint dieser Veränderungsprozess noch nicht ganz angekommen zu sein. Dennoch: Regelstudienzeit, Zwischenprüfung und die „magische 9-Punkte Grenze“ vermögen auch hier einen gewissen Druck auszuüben, welcher die „Marschroute“ vorgibt. In möglichst kurzer Zeit soll ein möglichst gutes Studium erfolgen und am besten soll die Universität den Studierenden einen Werkzeugkoffer in die Hand geben, mit dem sie für den Berufsalltag gewappnet sind.

Ob man sich nun das Humboldtsche Bildungsideal vor Augen führt oder doch das Ziel der Employability im Kopf behält, das Studium bietet mehr Möglichkeiten als ein bloßes Set an Werkzeugen für den späteren Beruf. Ob man es nun Selbstfindung, Selbstverwirklichung oder außercurriculare (soziale) Kompetenz, die auch die Attraktivität für den Arbeitgeber außerhalb des Examens erhöht nennt, wichtig ist ein Engagement neben dem gradlinigen, anti-humboldtschen Curriculum.

Klar. Man kann zu den besten 16,8% gehören und sich die allermeisten Referendariatsplätze (und spätere Arbeitsstellen) allein aufgrund der eigenen Examensnoten aussuchen können. Vielleicht braucht es dann noch einen Doktortitel oder einen LL.M. dazu, bestimmt sogar ein entsprechendes zweites Examen. Die denkbar günstigste Ausgangsposition ist mit 9,00 oder mehr Punkten nach der ersten Prüfung allerdings gelegt. Nun kann nicht jeder von sich behaupten in den sicheren, zweistelligen Hafen einzulaufen – genaugenommen können das nur die Allerwenigsten.

Um trotzdem neigungsgerecht, mit Spaß an der Sache und womöglich auch noch erfolgreich zu arbeiten und vorher zu studieren ist es deswegen wichtig, über den Tellerrand des selbstorganisierten Studiums hinauszublicken. Eine Gemeinschaft zu finden, die einem Chancen, Möglichkeiten,

Input und Feedback gibt, eine helfende Hand reicht und Türen öffnet, wenn es am Ende das eigene Zeugnis vielleicht nicht ganz schafft.

Wer sich im Verein für Steuerrecht (VfS) engagiert, hat die Möglichkeit an Exkursionen teilzunehmen, Stammtischen in der ständigen Vertretung beizuwohnen, Druckostenzuschüsse für seine Dissertation zu erhalten, richtungsweisende Klagen zu begleiten und in ein Netzwerk von jungen, engagierten Steuerrechtlerinnen und Steuerrechtlern einzutauchen, dass guten Nachwuchs mit offenen Armen empfängt.

Wer sich bei der European Law Students' Association (ELSA) engagiert, erweitert den Horizont bei Gerichtsbesuchen im In- und Ausland, wird Teil einer hilfsbereiten und sozialen Gemeinschaft und erhält exklusive Gelegenheit, an Auslandspraktikumsplätzen zu kommen.

Wer sich bei Moot Courts engagiert, sammelt praktische Erfahrungen und kann Richterinnen und Richter von seinen Fähigkeiten beeindrucken, so Referendariats- und Praktikumsstellen einsammeln, fremde Städte (und manchmal fremde Länder bereisen), die eigene Rhetorik verbessern und Teamarbeitskompetenz erlernen.

Wer Zusatz- und Alternativausbildungen wie den das ADVO-Z oder Bachelor im IT-Recht absolviert, schärft sein Profil für den Lebenslauf und kann so, schriftlich und später im Vorstellungsgespräch, erklären, warum die angestrebte Position perfekt geeignet ist.

Wer sich bei der Hanover Law Review engagiert, lernt mit anderen Kolleginnen und Kollegen im Team zurecht zu kommen, Fristen einzuhalten, zu veröffentlichen, Kritik anzunehmen und umzusetzen, lernt gewissenhaft und altruistisch zu arbeiten, Verantwortung zu übernehmen und was es heißt, stolz auf den eigenen geleistet Beitrag zu sein.

Last but not least ist es auch möglich, als studentische Hilfskraft an einem Lehrstuhl anzufangen, ein Vorhaben, das sich nur lohnen kann. Rechte Hand des Professors – so beschrieb die LTO die Stelle als studentische Hilfskraft zuletzt. Eine vielleicht etwas übertreibende Begrifflichkeit; schließlich dürfen die wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter und auch die Hilfskräfte nicht vergessen werden. Sie leisten, auch aufgrund ihres

Abschlusses, nicht minder wertvolle und wichtige Arbeit. Aber es stimmt schon: Die Möglichkeiten, die Einbindung an einem Lehrstuhl und bisweilen auch wissenschaftliche Arbeit, die eine studentische Hilfskraft übernimmt, sind vielen Lehrstuhlinhaberinnen und Lehrstuhlinhabern eine große und unverzichtbare Stütze im Lehr- und Wissenschaftsbetrieb. Aus studentischer Sicht bietet eine Anstellung als Hilfskraft unbestreitbar eine Fülle an Vorteilen und Erfahrungen.

Als studentische Hilfskraft ist man, zumindest während des Studiums, so nah an der Wissenschaft wie sonst zu keinem Zeitpunkt im Studium. Das ermöglicht einem nicht nur für sich selber herauszufinden, ob der Wissenschaftsbetrieb vielleicht sogar etwas für einen selbst ist, sondern schafft die Möglichkeit, das Fach aus einer anderen, wissenschaftlicheren Perspektive, zu betrachten, als es sonst im Studium möglich ist. Dieser Zugang hilft nicht nur beim Lernen des unübersichtlichen Prüfungsstoffes; er ermöglicht eben auch einen anderen Zugang zum Recht. Vergleichbar mit den Einblicken und Zugängen, die im Anwaltspraktikum von der Praxis gewonnen werden können. Ganz zu schweigen von den wertvollen persönlichen Kontakten, die eine Anstellung mit sich bringt.

Arbeitet man beispielsweise an einem neuen Foliensatz für den Lehrstuhl mit, ist man quasi gezwungen sich mit den entsprechenden Inhalten gründlich auseinanderzusetzen. Die Arbeit an einem Lehrstuhl ist somit häufig bezahltes Lernen! Die darauffolgende immer wiederkehrende Arbeit bis ein kompletter Foliensatz geschaffen ist, das ständige Korrekturlesen oder das Auf-Verständlichkeit-überprüfen, ist die Wiederholung des Stoffes. Bezahltes! So können Arbeit und Studium nicht nur nebeneinander existieren, sondern ergänzen sich.

Der Job kann auch eine gute Vorbereitung auf eine angestrebte Promotion sein. Nicht nur wissenschaftliche Mitarbeiter veröffentlichen während ihrer Promotion bereits eigene Beiträge in großen Zeitschriften. Auch studentische Hilfskräfte können die Möglichkeit bekommen mit ihrem Professor oder sogar allein Beiträge in Zeitschriften zu veröffentlichen. Diese Chance, seinen eigenen Interessen nachgehen und dabei auch wissenschaftlich arbeiten zu können (und ganz nebenbei seinen eigenen Namen in einem Print- oder Onlinemedium zu sehen) ist wertvolle, lebenslauferwähnungswürdige Erfahrung.

Zu guter Letzt sollte man nicht die verschiedenen interessanten Veranstaltungsformate vergessen, die man entweder auszurichten hilft oder mit dem eigenen Lehrstuhl besucht. Nicht nur aus fachlichem Interesse, sondern auch weil diese Veranstaltungen einem ermöglichen, spannende Gespräche mit interessanten Menschen zu führen, kann sich eine Hilfskraftstelle lohnen.

Natürlich mag man einwenden, dass all diese Engagements ja auch einfach nur für die Pflege des eigenen Lebenslaufs hilfreich sind. Dass es doch eigentlich nur darum geht, sich für den späteren, wenn auch inzwischen nicht mehr so überfüllten, Arbeitnehmermarkt in seinem Lebenslauf auszudifferenzieren: mehr gemacht zu haben als andere, mehr geleistet zu haben als andere. Engagements zeigen Durchhaltevermögen, Bereitschaft über das Maß hinaus zu arbeiten oder die Bereitschaft neues zu Erleben und zu meistern.

Mitnichten geht es aber nur darum, möglichst viele verschiedene Engagements in seinen Lebenslauf zu packen. Was der Blick nach Links und Rechts vor allem zeigt – was verschiedenes Engagement vor allem zeigt – ist auch die Geschichte des Menschen hinter dem Lebenslauf. Der Mensch der sich nach seinen Interessen orientiert hat, sich selber ausprobiert hat; vielleicht hier und da mal auch einen Fehlschlag verkraften musste, weil ein Projekt nicht so lief wie erhofft. Es zeigt seine persönliche Entwicklung. So bildet das Engagement nicht nur den eigenen Lebenslauf auf Papier, es bildet auch die Persönlichkeit. Der Blick nach Links und Rechts ermöglicht es uns, mit all seinen Möglichkeiten, Uns [sic!] zu verfolgen, sich selbst zu verwirklichen; zu einer Persönlichkeit zu werden. Dass unser Studium trotz der inzwischen mehr auf Employability abzielenden Rahmenbedingungen so frei ist, sollte uns zum Innehalten und Entdecken anregen. Man könnte überspitzt sagen: Das Studium ist, vor dem Beginn des Arbeitslebens, das letzte Mal, dass man so frei ist. Und diese Freiheit können, vielleicht sogar sollten, wir nutzen, um unseren Interessen und Neigungen nachzugehen; Mensch und Persönlichkeit zu werden. Und spricht man mit Personalern, sind es, neben dem fachlichen, vor allem die Persönlichkeiten, die gesucht werden.

Man kann mit Rüttgers gehen und Humboldt für tot erklären. Aber vielleicht lässt uns das Studium gerade noch genug Raum, um zu fragen: „Ist Humboldt wirklich tot?“

Patrick Glatz & Simon Künnen



## Tipps und Tricks direkt von Insidern:

- Abenteuer Referendariat
- Steuertipps für Studenten

MLP veranstaltet seit mehreren Jahren in Kooperation mit der juristischen Fakultät sowie verschiedenen Kanzleien kostenfreie Workshops für Studenten der Leibniz Universität Hannover.

[www.hannover-absolventen.de](http://www.hannover-absolventen.de)

Wir bedanken uns für die Zusammenarbeit:

Luther.

MARKET ➤ TEAM

AIESEC

mtp

VDSI

BDSU

elsa

The European Law Students' Association

Jur|SERVICE

H		L
	P	

HEIERMANN · LOSCH · RECHTSANWÄLTE

MLP



# HANOVER LAW REVIEW