

# ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

**Herausgeber:** Prof. Dr. Markus Artz, Prof. Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Dr. h.c. Gerhard Dannecker, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Matthias Fervers, Prof. Dr. Beate Gsell, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Andreas Hoyer, Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, RiBVerfG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Johannes Masing, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Konstantina Papathanasiou, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, Prof. Dr. Anne Schneider, Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann, Prof. Dr. Johanna Wolff

**Geschäftsführende Herausgeber:** Akad. Rat a.Z. Dr. Jonas Brinkmann, Prof. Dr. Julian Krüper, Prof. Dr. Markus Wagner

6/2024  
17. Jahrgang

S. 1141–1401

## Inhalt

### DIDAKTISCHE BEITRÄGE

#### Zivilrecht

Das Geschäft für den, den es angeht

Rechtsreferendar Dr. André Lepej, Heidelberg

1141

#### Strafrecht

Das Phänomen der (doppelten) Tatbestandsverschiebung bei Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB auf den Teilnehmer im Zusammenhang mit § 216 StGB

Dipl. iur. Maximilian Mayer, Cand. iur. Tobias Willauer, Leipzig

1153

### SONDERTEIL: ZWISCHENPRÜFUNGSKLAUSUREN NRW

#### Zivilrecht

Zwischenprüfungsklausur: „Ein Haus im Grünen“

Prof. Dr. Matteo Fornasier, LL.M. (Yale), Stud. Mitarbeiterin Linda Mae Roßmann, Bochum

1163

Zwischenprüfungsklausur Sachenrecht/Gesetzliche Schuldverhältnisse:  
Der kostbare Weltraumschatz

Prof. Dr. Thomas Hoeren, Dr. David Kästle-Lamparter,  
Wiss. Mitarbeiter Philip Mayer, Münster

1179

Zwischenprüfungsklausur: Freundschaft und Vertrauen treffen auf  
(Vertrags-)Grenzen

Prof. Dr. Katharina Uffmann, Sophie Bachem, Eva Maria Beckmann,  
Jan Hüchtebrock, Felix Klocke, Bochum

1200

## Öffentliches Recht

- Zwischenprüfungsklausur: Verhängnisvoller Zahlendreher  
Prof. Dr. Jörg Ennuschat, Wiss. Mitarbeiter Nils-Raphael Paus, Bochum 1215
- Zwischenprüfungsklausur: Wer betreut hier wen?  
Jun.-Prof. Dr. Jens Gerlach, Lüneburg, Jun. Prof. Dr. Maria Marquardsen, Bochum 1227
- Zwischenprüfungsklausur: Verweis für Schulhoftyrannin  
Prof. Dr. Julian Krüper, Dr. Sven Jürgensen, Bochum 1239
- Zwischenprüfungsklausur: Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes und Besetzung von Ausschüssen des Bundestages  
Prof. Dr. Lothar Michael, Wiss. Mitarbeiterin Johanna Sophie Materne, Wiss. Mitarbeiter Christoph Witthaut, Düsseldorf 1254
- Zwischenprüfungsklausur: Verbote, Verträge, Verfahren  
Prof. Dr. Hinnerk Wißmann, Wiss. Mitarbeiter Marius Scholz, Münster 1264
- Zwischenprüfungsklausur: Nur ein simpler Aufkleber?  
Wiss. Mitarbeiter Frederic Stelter, Köln 1289

## Strafrecht

- Zwischenprüfungsklausur: Schattenwirtschaft  
Prof. Dr. Ken Eckstein, Bochum 1310
- Zwischenprüfungsklausur: Späte Reue  
Wiss. Mitarbeiterin Ellen Hofmann, Wiss. Mitarbeiterin Jannika Hofmann, Prof. Dr. Markus Wagner, Bonn 1325

## ÜBUNGSFÄLLE

### Zivilrecht

- Anfängerklausur zum Kaufrecht: Wasser im Wagen  
Richter Dr. Sascha Scheikholeslami-Sabzewari, Ref. iur. Simon Diethelm Meyer, Kiel 1348

### Strafrecht

- Fortgeschrittenenübungsklausur: Die verrückten Fußballfans  
Stud. iur. Paul Friedrich, München 1358

# ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

## ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

### Zivilrecht

- OLG Brandenburg, Urt. v. 29.6.2023 – 5 U 81/20  
(Ansprüche des Eigentümers nach rückwirkendem Entfall des Eigentums infolge außerordentlicher Beschwerde im Zwangsvollstreckungsverfahren auf Grundschuld Löschung und Beseitigung eines Hauses)  
(Stud. Mitarbeiter Jan Günther, München) 1381

### Strafrecht

- BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 20.12.2023 – 2 BvR 2103/20  
(Zu den Voraussetzungen einer verständigungsbasierten Verurteilung)  
(Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn, Osnabrück) 1391

## BUCHREZENSIONEN

### Öffentliches Recht

- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich: Allgemeiner Teil des BGB, 48. Aufl. 2024  
(Prof. Dr. Marcus Oehrich, Bad Homburg) 1398
- Haferkamp, Hans-Peter: Wege zur Rechtsgeschichte: Das BGB, 2. Aufl. 2023  
(Prof. Dr. Kai E. Wünsche, Meißen) 1400

#### Schriftleitung

Prof. Dr. Markus Wagner

#### Webmaster

Prof. Dr. Markus Wagner

#### Internetauftritt

René Grellert

#### ISSN

1865-6331

#### Redaktion Zivilrecht

Prof. Dr. Markus Artz, Akad. Rat a.Z. Dr. Jonas Brinkmann, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Prof. Dr. Matthias Fervers, Prof. Dr. Beate Gsell

#### Redaktion Öffentliches Recht

Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Julian Krüper, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann, Prof. Dr. Johanna Wolff

#### Redaktion Strafrecht

Prof. Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, Prof. Dr. Konstantina Papathanasiou, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Anne Schneider, Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn, Prof. Dr. Markus Wagner

#### Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Irina Isabel Pommerenke

## Das Geschäft für den, den es angeht

Rechtsassessor Dr. André Lepej, Heidelberg\*

<b>I. Einleitung</b> .....	<b>1141</b>
<b>II. Dogmatischer Ausgangspunkt: Das stellvertretungsrechtliche Offenkundigkeitsprinzip</b> .....	<b>1142</b>
<b>III. Das offene (unechte) Geschäft für den, den es angeht</b> .....	<b>1143</b>
1. Die erfassten Fallkonstellationen .....	1143
2. Rechtliche Einordnung .....	1143
a) Fallgruppe 1: Unmittelbarer Vertragsschluss .....	1143
b) Fallgruppe 2: Spätere Konkretisierung der Identität des Vertretenen .....	1144
<b>IV. Das verdeckte (echte) Geschäft für den, den es angeht</b> .....	<b>1144</b>
1. Die erfasste Fallkonstellation .....	1144
2. Geschichtliche Entwicklung .....	1145
3. Schuldrechtliche Wirkungen .....	1145
a) Die Position der herrschenden Meinung .....	1146
aa) Irrelevanz der Identität des Vertretenen .....	1146
bb) Insbesondere: Bargeschäfte des täglichen Lebens .....	1147
cc) Vertretungswille des Vertreters .....	1147
dd) Objektive Erkennbarkeit des Vertretungswillens? .....	1148
b) Die ablehnende Gegenauffassung .....	1148
c) Folgerungen für die Fallbearbeitung .....	1149
4. Sachenrechtliche Wirkungen .....	1149
a) Das verdeckte (echte) Geschäft für den, den es angeht, im Rahmen der dinglichen Einigung .....	1150
b) Die Übergabe der Sache an den Vertretenen .....	1151
c) Abgrenzung zum Durchgangserwerb des Vertreters .....	1151
d) Lösung der Beispielfälle .....	1152

### I. Einleitung

Das verdeckte (echte) Geschäft für den, den es angeht, bildet eine Ausnahmefallgruppe vom stellvertretungsrechtlichen Offenkundigkeitsprinzip von hoher Klausur- sowie Praxisrelevanz. Während die

---

\* Der Verf. ist Rechtsassessor im Bezirk des Oberlandesgerichts Karlsruhe. Er dankt Herrn Rechtsassessor Dr. Paul Hüther (Heidelberg) für die kritische Lektüre des Manuskripts und wertvolle Anmerkungen.

schuldrechtliche Dimension der Thematik regelmäßig bereits zu Beginn des Studiums vermittelt wird, sind die sachenrechtlichen Wirkungen des Geschäfts für den, den es angeht, vielmals Gegenstand erst der späteren Sachenrechtsvorlesungen. Der vorliegende Aufsatz zeichnet die dogmatischen Grundlagen der nicht unumstrittenen Rechtsfigur nach und stellt ihre schuld- sowie sachenrechtliche Dimension zusammenhängend dar.

## II. Dogmatischer Ausgangspunkt: Das stellvertretungsrechtliche Offenkundigkeitsprinzip

Den dogmatischen Ausgangspunkt des stellvertretungsrechtlichen Offenkundigkeitsprinzips<sup>1</sup> bildet § 164 Abs. 1 S. 1 BGB, wonach der Vertreter im Namen des Vertretenen handeln muss.<sup>2</sup> Aus Gründen der Schutzbedürftigkeit des Geschäftspartners und Verkehrsschutzgesichtspunkten muss demnach für den Geschäftspartner erkennbar sein, dass der Vertreter für einen anderen handelt und nicht selbst Vertragspartner werden möchte.<sup>3</sup> Diesem Schutzzweck wird bereits dann hinreichend Rechnung getragen, wenn die Umstände ergeben, dass die Erklärung im Namen des Vertretenen abgegeben werden soll (vgl. § 164 Abs. 1 S. 2 BGB).<sup>4</sup> Der Erklärungsempfänger erscheint nämlich dann nicht schutzwürdig, wenn er weiß, dass der Erklärende für einen anderen handelt oder dies bei Anwendung zumutbarer Sorgfalt hätte wissen können.<sup>5</sup> Der Wille des Vertreters, in fremdem Namen zu handeln, ist daher in vielen Fällen anhand einer normativen Auslegung vom Empfängerhorizont aus festzustellen.<sup>6</sup>

Das Geschäft für den, den es angeht, ist in beiden so bezeichneten Erscheinungsformen eng mit dem Offenkundigkeitsprinzip verknüpft. Zu unterscheiden ist zwischen dem offenen (unechten) sowie dem verdeckten (echten) Geschäft für den, den es angeht.<sup>7</sup> Die enge Verflechtung des Geschäfts für den, den es angeht, mit dem stellvertretungsrechtlichen Offenkundigkeitsprinzip bedingt auch die Verortung dieser Rechtsfigur im stellvertretungsrechtlichen Prüfungsaufbau:<sup>8</sup>

### Prüfungsschema Stellvertretungsrecht:

- I. Zulässigkeit der Stellvertretung
- II. Abgabe einer eigenen Willenserklärung
- III. In fremdem Namen  
Unter diesem Prüfungspunkt sind sowohl das stellvertretungsrechtliche Offenkundigkeitsprinzip als auch das Geschäft für den, den es angeht, zu prüfen
- IV. Im Rahmen bestehender Vertretungsmacht

<sup>1</sup> Teilweise ist auch vom Offenlegungsgrundsatz (so *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 1378 ff.) bzw. Offenheitsgrundsatz (so *Ellenberger*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, Vor § 164 Rn. 2) die Rede.

<sup>2</sup> Instrukтив *Einsele*, JZ 1990, 1005 (1005 f.); *Mock*, JuS 2008, 309 (311).

<sup>3</sup> *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 1378; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 48. Aufl. 2024, § 24 Rn. 9.

<sup>4</sup> *Schäfer*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 164 Rn. 17 f.; *Mock*, JuS 2008, 309 (311).

<sup>5</sup> *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 48. Aufl. 2024, § 24 Rn. 9.

<sup>6</sup> *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 1384; *Mock*, JuS 2008, 309 (311).

<sup>7</sup> Zu dieser Unterscheidung siehe statt vieler *Schubert*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 137.

<sup>8</sup> Siehe *Fritzsche*, Fälle zum BGB, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2021, S. 273 f. (Fall 35).

### III. Das offene (unechte) Geschäft für den, den es angeht

#### 1. Die erfassten Fallkonstellationen

Als offenes (unechtes) Geschäft für den, den es angeht, werden Fallgestaltungen zusammengefasst, in denen der Geschäftspartner weiß, dass der Vertreter für einen Dritten (den Vertretenen) ein Geschäft abschließen möchte, aber die Mitteilung der Identität des Vertretenen (zunächst) unterbleibt und auch den Umständen der Stellvertretung nicht zu entnehmen ist.<sup>9</sup> Beispiele hierfür sind etwa Auktionen, bei welchen der Vertretene nicht persönlich nach außen hin agieren möchte oder Fälle, in welchen die Identität des Geschäftsherrn für alle Beteiligten derart belanglos ist, dass sie aus diesem Grund gar nicht zur Sprache kommt.<sup>10</sup>

#### 2. Rechtliche Einordnung

Weiß der Geschäftspartner, dass der Vertreter für einen Dritten ein Geschäft abschließen will und kennt er lediglich dessen Identität (noch) nicht, sind die Anforderungen an das stellvertretungsrechtliche Offenkundigkeitsprinzip dennoch gewahrt.<sup>11</sup> Der Geschäftspartner bedarf in diesen Fällen auch keines weitergehenden Schutzes, da er selbst entscheiden kann, ob er sich auf ein Rechtsgeschäft einlassen möchte, bei dem er die Identität seines Kontrahenten (noch) nicht kennt.<sup>12</sup> Wegen der Wahrung des Offenkundigkeitsprinzips handelt es sich bei dem offenen (unechten) Geschäft für den, den es angeht, um einen echten Fall der Stellvertretung, auf welchen die §§ 164 ff. BGB direkte Anwendung finden.<sup>13</sup>

##### a) Fallgruppe 1: Unmittelbarer Vertragsschluss

Spielt die Identität des Geschäftspartners für das in Aussicht genommene Rechtsgeschäft keine Rolle, kann der Geschäftspartner auf die Mitteilung der Identität verzichten und unmittelbar einen Vertrag mit dem Vertretenen abschließen.<sup>14</sup> Dann disponiert der Geschäftspartner kraft seiner Privatautonomie nur insoweit über die primär seinem Schutz dienende Offenkundigkeit der Stellvertretung, als die Preisgabe der Identität seines Kontrahenten (des Vertretenen) tangiert ist.<sup>15</sup> Entscheidend ist, dass der Geschäftspartner hierbei weiß, dass der Vertreter für einen Dritten handeln möchte. Der Zulässigkeit dieses Vorgehens steht auch nicht entgegen, dass die Identität der Vertragsparteien zu den essentialia negotii zählt, da der Vertretene bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses trotz unterbliebener Mitteilung seiner Identität Vertragspartner des Geschäftspartners wird.<sup>16</sup>

---

<sup>9</sup> Schubert, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 137.

<sup>10</sup> Entscheidend für die Einordnung als offenes (unechtes) Geschäft für den, den es angeht, ist jedoch auch hier der Umstand, dass der Erklärungsempfänger weiß, dass der Handelnde nicht sich selbst, sondern einen Dritten verpflichten möchte, siehe Schubert, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 137.

<sup>11</sup> Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 48. Aufl. 2024, § 24 Rn. 9.

<sup>12</sup> Schubert, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 138; Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 48. Aufl. 2024, § 24 Rn. 9.

<sup>13</sup> Schäfer, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 164 Rn. 31; Schubert, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 138.

<sup>14</sup> Schubert, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 138.

<sup>15</sup> Schubert, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 138.

<sup>16</sup> Schubert, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 138.

## b) Fallgruppe 2: Spätere Konkretisierung der Identität des Vertretenen

Der Geschäftspartner kann die Bestimmung des Vertretenen indes auch hinausschieben und der späteren Konkretisierung durch den Vertreter überlassen; in diesem Fall kommt der Vertrag zwischen dem Geschäftspartner und dem Vertretenen erst mit der Benennung des Vertretenen ex nunc zustande.<sup>17</sup> Unterlässt der Vertreter die spätere Benennung des Vertretenen oder ist er zur Benennung außerstande, haftet er als falsus procurator analog § 179 BGB, wenn die Geschäftsdurchführung an der unterbliebenen Konkretisierung des Hintermanns scheitert.<sup>18</sup> Diese Rechtsfolge ist interessengerecht, hat doch zum einen der Geschäftspartner aus freien Stücken auf seinen vollen Verkehrsschutz verzichtet und zum anderen der Vertreter sein Haftungsrisiko bewusst gesetzt.<sup>19</sup> Die Vereinbarung einer späteren Konkretisierung des Vertretenen ist allerdings im Rahmen einer Auflassung (vgl. §§ 873, 925 BGB) wegen eines Verstoßes gegen die Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung (§ 925 Abs. 2 BGB) unzulässig.<sup>20</sup>

Die übliche Bezeichnung dieser beiden Fallgestaltungen als offenes (unechtes) Geschäft für den, den es angeht, wird teilweise insofern als missverständlich und darum unglücklich angesehen, als es sich um einen Fall der echten Stellvertretung handelt und eine Ausnahme vom stellvertretungsrechtlichen Offenkundigkeitsprinzip nicht vorliegt.<sup>21</sup>

## IV. Das verdeckte (echte) Geschäft für den, den es angeht

### 1. Die erfasste Fallkonstellation

Das verdeckte (echte) Geschäft für den, den es angeht, bezeichnet eine Fallkonstellation, in welcher der Vertreter für einen Dritten handeln möchte, dem Geschäftspartner aber nicht zu verstehen gibt, ob er für sich selbst oder für einen anderen auftritt.<sup>22</sup> Da der Geschäftspartner hier auch aus den Umständen nicht erkennen kann, dass der Vertreter eine Fremdverpflichtung herbeiführen möchte, sind die Anforderungen des Offenkundigkeitsprinzips nicht erfüllt und der Vertreter gibt aus der Perspektive des Geschäftspartners eine eigene Willenserklärung im eigenen Namen ab.<sup>23</sup> Die Frage, ob für die Fälle des verdeckten (echten) Geschäfts für den, den es angeht, unter bestimmten Voraussetzungen eine Durchbrechung des stellvertretungsrechtlichen Offenkundigkeitsprinzips anzuerkennen ist und welche sachenrechtlichen Konsequenzen aus der Rechtsfigur zu ziehen sind, wurde in Wissenschaft und Praxis kontrovers beurteilt und ist auch gegenwärtig umstritten geblieben.

---

<sup>17</sup> So die h.M., siehe BGH NJW 1989, 164 (166); *Bitter/Röder*, BGB, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2024, § 10 Rn. 49; a.A. *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 49 Rn. 48 m. Fn. 79 für eine Rückwirkung analog §§ 177 Abs. 1, 184 Abs. 1 BGB.

<sup>18</sup> BGH NJW 1995, 1739 (1742); OLG Köln NJW-RR 1991, 918 (919); *Schäfer*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 164 Rn. 31, § 177 Rn. 13.

<sup>19</sup> *Schubert*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 139.

<sup>20</sup> BayObLG RPflegler 1984, 11 (12); LG Aurich NJW-RR 1987, 850.

<sup>21</sup> So *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 1397; a.A. *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 49 Rn. 48.

<sup>22</sup> *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 48. Aufl. 2024, § 24 Rn. 11.

<sup>23</sup> *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 48. Aufl. 2024, § 24 Rn. 11; *Vieweg/Lorz*, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 4 Rn. 9.

## 2. Geschichtliche Entwicklung<sup>24</sup>

Auf dem dogmatischen Boden der Repräsentationstheorie wurde dem Erfordernis der Erkennbarkeit des Willens, für einen anderen zu handeln, von den Verfassern des BGB großes Gewicht beigelegt; in den Motiven zum BGB heißt es:

„Zu dem Wesen der Vertretung gehört nach dem Entwurfe, daß ein Rechtsgeschäft im Namen eines Anderen vor- bzw. entgegengenommen wird.“<sup>25</sup>

Rechtsprechung und Literatur hingegen erkannten bereits früh Ausnahmefallgruppen vom stellvertretungsrechtlichen Offenkundigkeitsprinzip an; der Grundsatz, dass bei Kaufgeschäften des täglichen Lebens dem Geschäftspartner die Person seines Kontrahenten regelmäßig gleichgültig sei, findet sich in der Judikatur erstmals 1920.<sup>26</sup> Die rechtswissenschaftliche Diskussion empfing durch die 1931 erschienene Arbeit *Ernst Joseph Cohns* zum rechtsgeschäftlichen Handeln für den, den es angeht, entscheidende Impulse;<sup>27</sup> der rechtsvergleichende Ansatz *Cohns* führte zu einer weiteren Ausdifferenzierung und Fortentwicklung der Rechtsfigur.<sup>28</sup>

## 3. Schuldrechtliche Wirkungen

Fall 1: K kauft im Supermarkt des V einige Lebensmittel ein, welche er an der Kasse sofort bar bezahlt und mitnimmt. K tätigt den Einkauf im Auftrag des ortsabwesenden D, welcher ihm hierfür auch das Geld zur Bezahlung des Kaufpreises zuvor übergeben hat. Da K den Einkauf für D tätigt, hat er auch den Willen, D rechtsgeschäftlich zu verpflichten und ihm das Eigentum an den Waren zu verschaffen. Den Mitarbeitern des V teilt K seinen Willen allerdings nicht mit. Wer ist Vertragspartei des Kaufvertrags geworden?

Fall 2:<sup>29</sup> M kauft nach Rücksprache mit seiner Ehefrau F im Laden des V mehrere Hausratsgegenstände für den täglichen Bedarf, die er nach Barzahlung direkt mitnimmt. M hat hierbei den Willen, sowohl für sich als auch für F zu handeln. Für die Mitarbeiter des V ist der innere Wille des M nicht erkennbar. Wer ist Vertragspartei des Kaufvertrags geworden?

<sup>24</sup> Aus Raumgründen kann die geschichtliche Entwicklung der Rechtsfigur des Geschäfts für den, den es angeht, vorliegend nur grob angedeutet werden; siehe weiterführend *Schilken*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2019, Vor § 164 Rn. 14 f.; *Schmoeckel*, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. 1, 2003, §§ 164–181 Rn. 12 ff.

<sup>25</sup> Mot. I, S. 223; dazu Mugdan I, S. 475 f.

<sup>26</sup> Vgl. RGZ 100, 190 (192); näher *Schmoeckel*, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. 1, 2003, §§ 164–181 Rn. 12.

<sup>27</sup> *Cohn*, Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht, 1931.

<sup>28</sup> Siehe z.B. die differenzierten Ausführungen bei *Wahl*, Vertragsansprüche Dritter im französischen Recht unter Vergleichung mit dem deutschen Recht dargestellt an Hand der Fälle der action directe, 1935, S. 183 ff.; dazu *Lepej*, Eduard Wahl (1903–1985), 2023, S. 205. Ausweislich der Erstaufgaben mehrerer Standardwerke zum BGB AT wurden die Grundsätze über das echte (verdeckte) Geschäft für den, den es angeht noch Ende der 1960er Jahre kontrovers diskutiert, siehe nur *Larenz*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1967, § 36 II (S. 546 f.); *Medicus*, Bürgerliches Recht, 1968, § 5 II 2 b (S. 44 f.).

<sup>29</sup> Nach BGHZ 114, 74; siehe auch *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 1405 sowie *Prütting*, Sachenrecht, 38. Aufl. 2024, Rn. 387.



### a) Die Position der herrschenden Meinung

Die h.M. sieht in der Fallgruppe des verdeckten (echten) Geschäfts für den, den es angeht, eine Ausnahme vom stellvertretungsrechtlichen Offenkundigkeitsprinzip in Form einer teleologischen Reduktion von § 164 BGB gegeben.<sup>30</sup> Insbesondere bei sofort abgewickelten Bargeschäften des täglichen Lebens wird daher nicht der Vertreter selbst, sondern der Vertretene Vertragspartner, sofern der Vertreter den Willen hat, den Vertrag für diesen abzuschließen.<sup>31</sup> Diese h.M. erscheint im Interesse einer möglichst einfachen und den Belangen der Beteiligten Rechnung tragenden Abwicklung insbesondere von Alltagsgeschäften des täglichen Lebens vorzugswürdig. Hat der Geschäftspartner kein Interesse an der primär seinen Schutz bezweckenden Offenkundigkeit der Stellvertretung, geht der Schutzzweck des Offenkundigkeitsprinzips ins Leere.<sup>32</sup> Im Folgenden werden die kumulativ zu prüfenden Anwendungsvoraussetzungen der Durchbrechung des stellvertretungsrechtlichen Offenkundigkeitsprinzips näher beleuchtet.<sup>33</sup>

#### aa) Irrelevanz der Identität des Vertretenen

Der Geschäftspartner kann zum einen ausdrücklich erklären, dass die Identität des Vertretenen für ihn im konkreten Fall keine Rolle spielt, ansonsten muss sich dies aus den Umständen des Rechtsgeschäfts ergeben.<sup>34</sup> Sofern keine gegenteiligen Anzeichen vorliegen, kann insbesondere bei sofort vollzogenen Bargeschäften des täglichen Lebens angenommen werden, dass die Identität des Vertretenen für den Geschäftspartner keine Relevanz hat (vgl. §§ 133, 157 BGB).<sup>35</sup> Bei Alltagsgeschäften der benannten Art sind personengebundene Kriterien wie die Seriosität oder Kreditwürdigkeit regelmäßig nicht von Belang.<sup>36</sup> Auch im Hinblick auf etwaig bestehende Mängelrechte macht es bei derartigen Geschäftsvorgängen für den Geschäftspartner regelmäßig keinen Unterschied, wem gegenüber er zur Mängelgewährleistung verpflichtet ist.<sup>37</sup> Ausnahmsweise kann die Identität des Vertretenen indes auch bei Bargeschäften des täglichen Lebens für den Geschäftspartner von Bedeutung

---

<sup>30</sup> *Ellenberger*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 164 Rn. 8; *Dörner*, in: Schulze u.a., BGB, Nomos Handkommentar, 12. Aufl. 2024, § 164 Rn. 7; *Schubert*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 140 f., 148; *Bitter/Röder*, BGB, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2024, § 10 Rn. 39; *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 1398; *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, 48. Aufl. 2024, § 11 Rn. 21; *Paulus*, JuS 2017, 301 (305); für Ausnahmefälle bejahend BGH NJW-RR 2003, 921 (922); siehe aber BGH 1955, 587 (590). Teilweise wird anstelle einer teleologischen Reduktion des § 164 BGB auf die „ratio des Offenheits-[gr]un]ds[atzes]“ abgestellt, so beispielsweise *Ellenberger*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 164 Rn. 8; zu abweichenden dogmatischen Verortungen des Geschäfts für den, den es angeht, siehe die Darstellung bei *Schubert*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 140 f.

<sup>31</sup> *Köhler*, BGB, Allgemeiner Teil, 48. Aufl. 2024, § 11 Rn. 21; für die Bestimmung des auf einen Vertragsschluss gerichteten Willens des Erklärenden kann das Bestehen von Vertretungsmacht als Indiz fungieren, siehe *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2023, § 23 Rn. 11.

<sup>32</sup> *Schubert*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 141; *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 1398.

<sup>33</sup> Dabei ist vorab klarzustellen, dass das Vorliegen eines Bargeschäfts des täglichen Lebens keine begrenzende Anwendungsvoraussetzung darstellt, wohl aber den Hauptanwendungsbereich der Rechtsfigur des verdeckten (echten) Geschäfts für den, den es angeht beispielhaft umschreibt, siehe auch *Bitter/Röder*, BGB, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2024, § 10 Rn. 43.

<sup>34</sup> *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 1400.

<sup>35</sup> *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 1400; *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2023, § 23 Rn. 10; *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 49 Rn. 50; zur Sonderregel des § 1646 Abs. 1 S. 1 BGB siehe *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 1400.

<sup>36</sup> *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 1400.

<sup>37</sup> *Bitter/Röder*, BGB, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2024, § 10 Rn. 42; *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2023, § 23 Rn. 10.

sein, etwa bei der Gewährung personengebundener Rabatte; in solchen Einzelfällen darf das Offenkundigkeitsprinzip nicht durchbrochen werden und die Grundsätze über das Geschäft für den, den es angeht, finden keine Anwendung.<sup>38</sup> Ein Rückgriff auf die Grundsätze über das verdeckte (echte) Geschäft für den, den es angeht, ist außerdem dann nicht nötig, wenn bereits die Umstände der Stellvertretung für den Geschäftspartner ergeben, dass die Willenserklärung im Namen des Vertretenen abgegeben wurde (vgl. § 164 Abs. 1 S. 2 BGB).<sup>39</sup>

#### bb) Insbesondere: Bargeschäfte des täglichen Lebens

Bargeschäfte des täglichen Lebens, welche von beiden Vertragspartnern sofort erfüllt werden, sind insbesondere Käufe des Alltagsbedarfs, sofern sie auch für den Verkäufer „Massengeschäfte“ darstellen.<sup>40</sup> Klassische Anwendungsbereiche des verdeckten (echten) Geschäfts für den, den es angeht, sind daneben auch Effektenkommissionsgeschäfte, die Stellung von Akkreditiven oder Importgeschäfte.<sup>41</sup> Inwieweit aufgrund der fortschreitenden technischen Entwicklung und des geänderten Bezahlverhaltens im alltäglichen Geschäftsverkehr nach der ratio des Offenkundigkeitsprinzips auch im Rahmen bargeldloser Bezahlverfahren davon auszugehen ist, dass die Identität des Vertretenen für den Geschäftspartner irrelevant ist, erscheint fraglich. In diesem Zusammenhang dürfte entscheidend darauf abzustellen sein, ob auch unter Einsatz des bargeldlosen Bezahlverfahrens sofortige Erfüllung i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB eintritt oder nicht. So stellt etwa die Zahlung mittels einer EC-Karte an POS-Kassen („electronic cash“ im „Point-of-Sale“-Verfahren unter Verwendung der PIN) wegen des bestehenden Leistungsverweigerungsrechts des Schuldners eine Leistung erfüllungshalber (§ 364 Abs. 2 BGB) dar.<sup>42</sup> Die ursprüngliche Forderung erlischt erst, wenn und insoweit der Forderungsbetrag abzüglich des vereinbarten Disagios dem Vertragsunternehmen endgültig von seiner Bank gutgeschrieben wird.<sup>43</sup> In diesen Fällen dürfte die Anwendbarkeit der Grundsätze über das verdeckte (echte) Geschäft für den, den es angeht, auf schuldrechtlicher Ebene regelmäßig daran scheitern, dass dem Vertragspartner mangels sofortiger Erfüllungswirkung die Identität des Vertretenen nicht gleichgültig ist. Diese Überlegung verdeutlicht, dass das Vorliegen der Anwendungsvoraussetzungen des verdeckten (echten) Geschäfts für den, den es angeht, im jeweiligen Einzelfall mittels Auslegung (vgl. §§ 133, 157 BGB) sorgfältig zu prüfen ist. Beziehen sich Rechtsgeschäfte dagegen auf größere bzw. wertvollere Objekte (z.B. Verkauf eines Pkw<sup>44</sup>) oder wird die Gegenleistung kreditiert, ist dem Vertragspartner die Identität seines Kontrahenten regelmäßig nicht gleichgültig, sodass eine Ausnahme vom Offenkundigkeitsprinzip ausscheiden muss.<sup>45</sup>

#### cc) Vertretungswille des Vertreters

Der Vertreter muss ferner mit dem inneren Willen handeln, den Vertretenen zu berechtigen und zu

---

<sup>38</sup> Faust, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2023, § 23 Rn. 10.

<sup>39</sup> Schubert, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 142.

<sup>40</sup> Schubert, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 145.

<sup>41</sup> Siehe die beispielhafte Aufzählung bei Schubert, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 145.

<sup>42</sup> Vgl. Fetzner, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 362 Rn. 21.

<sup>43</sup> Vgl. Fetzner, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 362 Rn. 21.

<sup>44</sup> Vgl. OLG Celle MDR 2007, 832 (833).

<sup>45</sup> Schäfer, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 164 Rn. 30; teilweise a.A. Leptien, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 1999, Vor § 164 Rn. 31 (verdecktes Geschäft für den, den es angeht, regelmäßig auch bei Kreditgeschäften kleineren Umfangs möglich); siehe die Einzelnachweise bei Schubert, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 146.

verpflichten.<sup>46</sup> Entscheidend ist der Wille des Erklärenden zum Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung; eine spätere „Umwidmung“ der Erklärung kommt dagegen aus Gründen der Rechtsklarheit und des Verkehrsschutzes nicht in Betracht.<sup>47</sup> Hat der Vertreter hingegen zum Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung den Willen, für sich selbst rechtsgeschäftlich zu handeln, liegt ein reguläres Eigengeschäft vor und der Vertreter wird selbst Vertragspartei.<sup>48</sup>

#### dd) Objektive Erkennbarkeit des Vertretungswillens?

Ein Teil des Schrifttums erkennt das verdeckte (echte) Geschäft für den, den es angeht, unter den soeben dargelegten Voraussetzungen zwar grundsätzlich an, fordert aber als zusätzliche Bedingung, dass der Wille des Vertreters, für einen anderen zu handeln, aus Verkehrsschutzgründen objektiv zumindest für einen mit den objektiven Verhältnissen vertrauten Beobachter nach außen erkennbar wird.<sup>49</sup> Mit dieser Forderung werden im Ausgangspunkt berechnete Verkehrsschutzaspekte adressiert, indem in Erinnerung gerufen wird, dass das Offenkundigkeitsprinzip sekundär auch dem Schutz des Rechtsverkehrs dient und insbesondere bei Verfügungen die hinreichende Publizität sichergestellt werden muss.<sup>50</sup> Dennoch bezweckt das Offenkundigkeitsprinzip primär den Schutz des Erklärungsempfängers und auch nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen für Willenserklärungen müssen Dritte nicht notwendig erkennen können, ob eine Person für sich selbst oder für einen anderen handelt.<sup>51</sup> Etwaigen Beweisschwierigkeiten im Prozess kann zudem mithilfe der Regel des § 164 Abs. 2 BGB wirksam begegnet werden.<sup>52</sup> Außerdem gilt auch im Rahmen des Geschäfts für den, den es angeht, dass der Vertreter dem Erklärungsempfänger nach Aufforderung die Identität des Vertretenen offenlegen muss; andernfalls kommt wiederum eine Eigenhaftung des Erklärenden analog § 179 BGB in Betracht.<sup>53</sup> Letztlich würde das Erfordernis der äußeren Erkennbarkeit des Vertretungswillens die Rechtsfigur des verdeckten (echten) Geschäfts für den, den es angeht, nahezu ihres gesamten Anwendungsbereichs berauben und ist als zu restriktiv abzulehnen.<sup>54</sup>

#### b) Die ablehnende Gegenauffassung

Die Gegenansicht wendet gegen die Durchbrechung des Offenkundigkeitsprinzips ein, dass dem Geschäftspartner nicht ohne dessen Willen ein unbekannter Dritter als Vertragspartner aufgezwungen werden dürfe und lehnt die Anwendung der Rechtsfigur des verdeckten (echten) Geschäfts für den, den es angeht, auf schuldrechtlicher Ebene ab.<sup>55</sup>

<sup>46</sup> Vgl. BGH NJW 1989, 164 (166); *Leptien*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 1999, Vor § 164 Rn. 29.

<sup>47</sup> Vgl. BGH NJW 1955, 587 (590); *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 1399; *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2023, § 23 Rn. 11.

<sup>48</sup> Vgl. BGH NJW 1955, 587 (590); *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 1399.

<sup>49</sup> *Schubert*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 143; v. *Lübtow*, ZHR 112 (1949), 227 (246 ff.); *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 49 Rn. 50; *K. Schmidt*, JuS 1987, 425 (429).

<sup>50</sup> *Schubert*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 141.

<sup>51</sup> *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2023, § 23 Rn. 11.

<sup>52</sup> *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 1399; siehe auch *Leptien*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 1999, § 164 Rn. 29.

<sup>53</sup> Vgl. BGHZ 129, 136 (149); *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 1404; *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2023, § 23 Rn. 11.

<sup>54</sup> Vgl. *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 1399; vgl. auch *Ellenberger*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 164 Rn. 8.

<sup>55</sup> *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 51 Rn. 43; *Prütting*, Sachenrecht, 38. Aufl. 2024, Rn. 386; vollständige Ablehnung des Geschäfts für den, den es angeht, bei *Flume*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 44 II 2 (S. 772 ff.); *Wolf*, Sachenrecht, 2. Aufl. 1979, S. 228 f.

### c) Folgerungen für die Fallbearbeitung

Während sich die divergierenden Ergebnisse zwischen der h.M. und der ablehnenden Ansicht im Hinblick auf beiderseits erfüllte Verträge selten auswirken, ist der Streit etwa für den Fall zu entscheiden, dass die Kaufsache einen Mangel aufweist und die Person des Käufers als Inhaber der Sachmängelrechte (§§ 437 ff. BGB) zu bestimmen ist.<sup>56</sup> Ist der Streit zu entscheiden, erscheint es auch in der Fallbearbeitung vorzugswürdig, im Rahmen einer an der ratio des Offenkundigkeitsprinzips orientierten Darstellung eine Durchbrechung dieses stellvertretungsrechtlichen Ordnungsprinzips auf schuldrechtlicher Ebene in dem oben<sup>57</sup> dargelegten Umfang anzunehmen.

In Fall 1 kommt nach h.M. durch die Vertretung des K ein Kaufvertrag zwischen D und V zustande. Die Voraussetzungen des verdeckten (echten) Geschäfts für den, den es angeht, sind gegeben, da (1) der Geschäftspartner V wegen des Vorliegens eines direkt vollzogenen Bargeschäfts des täglichen Bedarfs kein Interesse an der Identität seines Kontrahenten hat und (2) der Vertreter K im Zeitpunkt der Abgabe seiner Willenserklärung den Willen hat, rechtsgeschäftlich für den Vertretenen D zu handeln. Dass der Vertretungswille des K nicht objektiv nach außen dringt, ist nach hier vertretener Auffassung unschädlich. D ist folglich als Käufer auch Inhaber der Mängelrechte aus §§ 437 ff. BGB geworden. Folgt man indes der Gegenansicht und lehnt eine Durchbrechung des Offenkundigkeitsprinzips auf schuldrechtlicher Ebene ab, kommt man zur Annahme eines Vertragsschlusses zwischen K und V.

In Fall 2 liegen wiederum die Anwendungsvoraussetzungen des verdeckten (echten) Geschäfts für den, den es angeht, nach h.M. vor. Die Auslegung des Vertretungswillens des M (vgl. §§ 133, 157 BGB) ergibt, dass er die Haushaltsgegenstände zur gemeinsamen Benutzung durch beide Ehegatten erwerben möchte und auch im Zeitpunkt der Abgabe seiner Willenserklärung für beide Ehegatten rechtsgeschäftlich handeln möchte. Dass der Vertretungswille des M nicht erkennbar nach außen tritt, ist nach hier vertretener Auffassung wiederum unschädlich. Demnach werden sowohl M als auch F Vertragsparteien des mit V geschlossenen Kaufvertrags.<sup>58</sup>

## 4. Sachenrechtliche Wirkungen

Auf sachenrechtlicher Ebene stellt sich im Rahmen des dinglichen Rechtsgeschäfts erneut die Frage nach einer Durchbrechung des Offenkundigkeitsprinzips.<sup>59</sup> Die Frage wird in der Prüfung des Eigentumserwerbs an zwei Stellen relevant:

---

<sup>56</sup> Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 48. Aufl. 2024, § 24 Rn. 12.

<sup>57</sup> Siehe die Darstellung oben unter IV. 3. a).

<sup>58</sup> Zu denken ist hier ebenfalls an eine Mitverpflichtung der F aufgrund von § 1357 Abs. 1 BGB (Verpflichtungsgrund *sui generis* mit besonderer Nähe zu einer gesetzlichen Verpflichtungsermächtigung); zur Rechtsnatur des § 1357 BGB siehe nur Roth, in: MüKo-BGB, Bd. 9, 9. Aufl. 2022, § 1357 Rn. 10 f.

<sup>59</sup> Vgl. Faust, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2023, § 23 Rn. 10.

**Prüfungsschema rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb beweglicher Sachen vom Berechtigten<sup>60</sup>**

- I. Dingliche Einigung, § 929 S. 1 BGB  
Hier zu prüfen: Stellvertretung unter Anwendung der Grundsätze über das verdeckte (echte) Geschäft für den, den es angeht
- II. Übergabe der Sache  
Hier zu prüfen: Besitzerwerb des Vertretenen
- III. Einigsein der Beteiligten über den Eigentumsübergang im Zeitpunkt der Übergabe
- IV. Berechtigung des Veräußerers

**a) Das verdeckte (echte) Geschäft für den, den es angeht, im Rahmen der dinglichen Einigung**

Wegen des Trennungs- und Abstraktionsprinzips des BGB sind die Anwendungsvoraussetzungen des verdeckten (echten) Geschäfts für den, den es angeht, sowohl auf schuldrechtlicher als auch auf dinglicher Ebene jeweils für sich genommen sorgfältig zu erörtern.<sup>61</sup> Eine Durchbrechung des Offenkundigkeitsprinzips wird im Rahmen des dinglichen Vertrags bei Vorliegen der Voraussetzungen des verdeckten (echten) Geschäfts für den, den es angeht, auch von den Vertretern derjenigen Ansicht bejaht, welche eine solche auf schuldrechtlicher Ebene ablehnt.<sup>62</sup> Denn auf dinglicher Ebene spielt der Bargeschäftscharakter des der Eigentumsübertragung zugrundeliegenden schuldrechtlichen Geschäfts eine deutlich geringere Rolle als auf der schuldrechtlichen Ebene. Der Vertreter kann damit den Vertretenen bei Abgabe der Willenserklärung im Rahmen des dinglichen Vertrags unter Anwendung der Grundsätze über das verdeckte (echte) Geschäft für den, den es angeht, wirksam vertreten.<sup>63</sup>

Bei sofortiger Entrichtung des Kaufpreises nämlich ist dem Vertragspartner die Identität des Vertretenen in der Regel gleichgültig, sodass eine Übereignung an eine beliebige, vom Vertretungswillen des Vertreters abhängige Person (*traditio ad incertam personam*) angenommen werden kann.<sup>64</sup> Liegen diese Voraussetzungen vor und will der Vertreter für den Vertretenen Eigentum erwerben, kommt der dingliche Vertrag direkt zwischen dem Vertretenen und dem Geschäftspartner zustande; der Vertretene wird also direkt berechtigt bzw. verpflichtet und erlangt mit Übergabe der Sache an den Vertreter die Eigentümerstellung (Direkterwerb).<sup>65</sup> Von großer Bedeutung ist die Unterscheidung zwischen dem vorliegenden Direkterwerb des Vertretenen und der hiervon zu unterscheidenden Konstellation eines Durchgangserwerbs beim Vertreter; denn im Falle eines Durchgangserwerbs besteht für den Vertretenen das Risiko, dass die Gläubiger des Vertreters auf die Sache zugreifen (insbesondere bei Insolvenz des Vertreters oder Zwangsvollstreckung gegen den Vertreter).<sup>66</sup>

<sup>60</sup> Siehe statt vieler *Vieweg/Lorz*, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 4 Rn. 5.

<sup>61</sup> Vgl. auch *Bitter/Röder*, BGB, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2024, § 10 Rn. 41; *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 1404.

<sup>62</sup> *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 51 Rn. 43; *Prütting*, Sachenrecht, 38. Aufl. 2024, Rn. 386.

<sup>63</sup> *Ellenberger*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 164 Rn. 8; *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 1398, 1404 f.

<sup>64</sup> *Prütting*, Sachenrecht, 38. Aufl. 2024, Rn. 386; vgl. auch *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 51 Rn. 43; weitergehend *Bitter/Röder*, BGB, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2024, § 10 Rn. 45 („von vorneherein unerheblich“).

<sup>65</sup> Vgl. RGZ 100, 190; BGH NJW 1991, 2283 (2285); *Ellenberger*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 164 Rn. 8; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 48. Aufl. 2024, § 24 Rn. 12; *Köhler*, BGB, Allgemeiner Teil, 48. Aufl. 2024, § 11 Rn. 21; *Vieweg/Lorz*, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 4 Rn. 9.

<sup>66</sup> *Bitter/Röder*, BGB, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2024, § 10 Rn. 47. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Vertreter die Sache noch in Gewahrsam hat, vgl. *Vieweg/Lorz*, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 4 Rn. 9.

*Beispiel:*<sup>67</sup> Legen Haushalte als Endverbraucher an bestimmten Terminen ihr gesammeltes Altpapier am Straßenrand bereit, damit es durch ein Entsorgungsunternehmen abgeholt werden kann, liegt hierin keine Dereliktion (vgl. § 959 BGB). Vielmehr will der Endverbraucher das Altpapier an denjenigen übergeben, der die ordnungsgemäße Entsorgung übernommen hat (das Entsorgungsunternehmen).

#### b) Die Übergabe der Sache an den Vertretenen

Nach § 929 S. 1 BGB ist ferner erforderlich, dass der Veräußerer dem Erwerber die Sache übergibt (Verschaffung zumindest mittelbaren Besitzes);<sup>68</sup> an diesem Prüfungspunkt wirken sich die Grundsätze über das verdeckte (echte) Geschäft für den, den es angeht, erneut indirekt aus. Da es sich bei der Übergabe um einen tatsächlichen Vorgang handelt, sind die stellvertretungsrechtlichen Grundsätze über das Geschäft für den, den es angeht, zwar nicht anwendbar.<sup>69</sup> Ist der Vertreter jedoch Besitzdiener des Vertretenen, erlangt dieser gem. § 855 BGB mit Übergabe der Sache an den Vertreter den unmittelbaren Besitz.<sup>70</sup> Alternativ kann ein Besitzmittlungsverhältnis (z.B. ein Auftragsverhältnis, vgl. §§ 662 ff. BGB) zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen gegeben sein, kraft dessen der Vertretene mit Übergabe der Sache an den Vertreter den für die Übergabe i.R.d. § 929 S. 1 BGB genügenden mittelbaren Besitz erlangt.<sup>71</sup> Ein solches Besitzmittlungsverhältnis kann auch antizipiert oder durch Insichgeschäft des Vertreters (§ 181 BGB) begründet werden.<sup>72</sup> Da die dingliche Einigung zwischen dem Geschäftspartner und dem Vertretenen zustande kommt, liegt in beiden Fällen ein Eigentumserwerb des Vertretenen nach § 929 BGB vor.<sup>73</sup>

#### c) Abgrenzung zum Durchgangserwerb des Vertreters

Hingewiesen sei erneut darauf, dass ein direkter Eigentumserwerb des Vertretenen ohne Durchgangserwerb beim Vertreter davon abhängt, dass mit der allgemeinen Ansicht im Rahmen der dinglichen Einigung (§ 929 S. 1 BGB) eine Durchbrechung des Offenkundigkeitsprinzips nach den Grundsätzen des verdeckten (echten) Geschäfts für den, den es angeht, für zulässig erachtet wird.<sup>74</sup> Würde man die Anwendbarkeit der Grundsätze des verdeckten (echten) Geschäfts für den, den es angeht, auf dinglicher Ebene ablehnen, käme ein direkter Eigentumserwerb des Vertretenen nicht in Betracht, da die dingliche Einigung nicht direkt zwischen dem Vertragspartner und dem Vertretenen geschlossen werden könnte.<sup>75</sup> Notwendig würde sodann ein zwischengeschalteter Eigentumserwerb des Vertreters (Durchgangserwerb), welcher mittels Vereinbarung eines antizipierten Besitzkonstituts zwischen Vertreter und Vertretenem konstruktiv erleichtert werden könnte, den Vertretenen indes gleichwohl des Risikos eines Zugriffs der (Insolvenz-)Gläubiger des Vertreters auf die Sache aussetzte.<sup>76</sup>

<sup>67</sup> Nach BGH NJW 2016, 1887; dazu K. Schmidt, JuS 2016, 938; Prütting, Sachenrecht, 38. Aufl. 2024, Rn. 386.

<sup>68</sup> Zur Übergabe siehe Vieweg/Lorz, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 4 Rn. 21 ff.

<sup>69</sup> BGH NJW 2016, 1887 (1889).

<sup>70</sup> Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 51 Rn. 43; Prütting, Sachenrecht, 38. Aufl. 2024, Rn. 386.

<sup>71</sup> Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 51 Rn. 43; Prütting, Sachenrecht, 38. Aufl. 2024, Rn. 386.

<sup>72</sup> Schäfer, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 164 Rn. 30.

<sup>73</sup> Prütting, Sachenrecht, 38. Aufl. 2024, Rn. 386.

<sup>74</sup> Siehe hierzu oben unter IV. 4.

<sup>75</sup> Vgl. Prütting, Sachenrecht, 38. Aufl. 2024, Rn. 387.

<sup>76</sup> Vgl. Prütting, Sachenrecht, 38. Aufl. 2024, Rn. 387.

#### d) Lösung der Beispielfälle

In Fall 1 kommt der dingliche Vertrag direkt zwischen D und V zustande; das Übereignungsangebot des V im Rahmen der dinglichen Einigung (§ 929 S. 1 BGB) richtet sich an eine beliebige, vom Willen des Vertreters K abhängige Person und wird unter Vermittlung des K von D angenommen. Die Voraussetzungen eines verdeckten (echten) Geschäfts für den, den es angeht, liegen vor.<sup>77</sup> D wird mit Übergabe an K unmittelbar Eigentümer der Waren (Direkterwerb). Ein Durchgangserwerb dergestalt, dass zunächst K das Eigentum an den Waren von V erwirbt und später auf D überträgt, findet nicht statt.

In Fall 2 gibt M die Willenserklärung im Rahmen der dinglichen Einigung nach den Grundsätzen über das verdeckte (echte) Geschäft für den, den es angeht, sowohl für sich selbst als auch (in wirksamer Stellvertretung) für F ab. Da es auf den inneren Vertretungswillen des M ankommt, erwerben M und F die Haushaltsgegenstände zu Miteigentum. Einigungserklärung und innerer Wille eines Ehegatten sind nach verständiger Auslegung (vgl. §§ 133, 157 BGB) beim Erwerb von Hausratsgegenständen in der Regel auch auf den Erwerb zu Miteigentum beider Ehegatten gerichtet, da nach allgemeinem Verständnis beide Ehegatten Miteigentum an Hausratsgegenständen erlangen.<sup>78</sup> Gestützt wird diese Auslegung zudem durch die Wertung des § 1568b Abs. 2 BGB.<sup>79</sup> Die Übergabe der Sachen auch an F erfolgt dadurch, dass infolge der Absprache zwischen M und F ein Besitzmittlungsverhältnis (§§ 929 S. 1, 868 BGB) besteht.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> Siehe hierzu die Prüfungspunkte in der Falllösung oben nach IV. 3. c). Auf die durch das Trennungs- und Abstraktionsprinzip gebotene sorgfältige getrennte Prüfung auf schuldrechtlicher sowie sachenrechtlicher Ebene sei in diesem Zusammenhang nochmals vorsorglich hingewiesen.

<sup>78</sup> BGH NJW 1991, 2283 (2284 f.).

<sup>79</sup> Vieweg/Lorz, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 4 Rn. 10.

<sup>80</sup> Zu denken wäre auch an einen Miteigentumserwerb der F nach § 1357 Abs. 1 BGB; dies scheidet nach h.M. indes an der fehlenden dinglichen Wirkung des § 1357 Abs. 1 BGB, siehe nur Roth, in: MüKo-BGB, Bd. 9, 9. Aufl. 2022, § 1357 Rn. 42.



## Das Phänomen der (doppelten) Tatbestandsverschiebung bei Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB auf den Teilnehmer im Zusammenhang mit § 216 StGB

*Dipl. iur. Maximilian Mayer, Cand. iur. Tobias Willauer, Leipzig\**

*Die Strafbarkeit des Teilnehmers bestimmt sich im heutigen Strafrecht nach dem Prinzip der limitierten Akzessorietät. Zur strafbaren Teilnahme bedarf es einer vorsätzlichen und rechtswidrigen, nicht notwendigerweise schuldhaften,<sup>1</sup> Haupttat. In besonderen Fällen kommt es jedoch zur Akzessorietätslockerung i.R.d. § 28 StGB. Das ganz spezielle Phänomen der doppelten Tatbestandsverschiebung auf Ebene der Tötungsdelikte bei der Person des gutgläubigen Teilnehmers und die Hintergründe zu § 28 Abs. 1 und 2 StGB, täter- und tatbezogenen Merkmalen sowie zum Irrtum über privilegierende Umstände (§ 16 Abs. 2 StGB) sollen hier anhand eines fiktiven Falls beleuchtet werden.*

<b>Sachverhalt .....</b>	<b>1154</b>
<b>A. Strafbarkeit des T .....</b>	<b>1154</b>
<b>I. Mord gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gruppe 1 Var. 4 StGB.....</b>	<b>1155</b>
1. Tatbestand.....	1155
a) Objektiver Tatbestand .....	1155
b) Subjektiver Tatbestand.....	1155
2. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	1156
3. Ergebnis.....	1156
<b>B. Strafbarkeit der F.....</b>	<b>1156</b>
<b>I. Beihilfe zum Mord gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gruppe 1 Var. 4, 27 Abs. 1 StGB ....</b>	<b>1156</b>
a) Tatbestand .....	1156
aa) Objektiver Tatbestand.....	1156
(1) Taterfolg.....	1156
(2) Tathandlung: Hilfeleisten.....	1156
(3) Kausalität.....	1157
b) Subjektiver Tatbestand.....	1157
c) Tatbestandsverschiebung, § 28 Abs. 2 StGB.....	1158
aa) Meinung der herrschenden Lehre .....	1158
bb) Meinung der Rechtsprechung.....	1159

\* Die Autoren sind Studenten der Juristenfakultät der Universität Leipzig.

<sup>1</sup> Vgl. § 29 StGB.



cc)	Die Natur des Merkmals „durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt“ (§ 216 StGB) .....	1160
dd)	Das Verhältnis zwischen § 212 StGB, § 211 StGB (und § 216 StGB) – Auswirkungen auf den Teilnehmer im Rahmen von § 28 StGB.....	1160
	(1) Die Teilnehmerstrafbarkeit der F nach der herrschenden Lehre .....	1160
	(2) Die Teilnehmerstrafbarkeit der F nach der Rechtsprechung .....	1161
	(3) Bewertung der Lösungswege und Stellungnahme .....	1161
2.	Rechtswidrigkeit und Schuld .....	1162
3.	Ergebnis.....	1162

### Sachverhalt

Der Täter (T) leitet seine neue und noch heimliche Freundin (F) während eines Treffens mündlich und kurz darauf als Erinnerungshilfe auch per SMS dazu an, am Mittag des Folgetags in der Innenstadt mit der EC-Karte des T in dessen Lieblingsgeschäften Einkäufe zu tätigen und mit seinem Smartphone zu telefonieren. Dabei gibt er F sowohl mündlich als auch schriftlich vor, er benötige ein Alibi, um in der Zwischenzeit seine im Rollstuhl sitzende Noch-Ehefrau (O) zu töten. Ferner täuscht T gegenüber F vor, er wolle O auf ihr eigenes Verlangen hin durch Einflößen eines Medikamentencocktails töten, da sie selbst ihr Leid – die Querschnittslähmung und damit einhergehende Pflegebedürftigkeit – nicht mehr ertragen könne und der Tod ihr ausdrücklich und ernstlich geäußerter Wille sei. Ausschließlich der Gedanke an den vermeintlich von O geäußerten Sterbewunsch treibt F am Folgetag dazu an, T ein Alibi zu verschaffen. Tatsächlich gab es ein derartiges Verlangen der O jedoch nie und T möchte O töten, um ungestört mit F ein neues Leben zu beginnen.

Am Mittag des folgenden Tages lässt T unachtsam sein ungesichertes Mobiltelefon – ein günstiges Prepaid-Gerät, das er heimlich für den Kontakt mit F nutzt – im Wohn- und Esszimmer auf dem Tisch liegen. Während er gerade die Teller nach einer letzten gemeinsamen Mahlzeit mit O abräumt und das Küchenmesser, die spätere Tatwaffe, holt, wird O durch eine eingehende SMS aufmerksam. Die Nachricht erscheint direkt auf dem Bildschirm und stammt von dem Kontakt „Geliebte F“. In der Nachricht berichtet F, dass sie bereits Einkäufe mit Ts EC-Karte getätigt habe, und fragt, ob er O, wie vereinbart, bereits getötet habe. O liest die SMS mehrmals, erschüttert und misstrauisch. Obwohl ihr noch die Möglichkeit zur Flucht über die Rollstuhllampe zur Veranda bleibt, von wo aus sie die in Rufweite befindlichen Nachbarn alarmieren könnte, zögert sie. Just in dem Moment, als sie versucht zu fliehen, betritt T, das Messer in der Hand, den Raum. O setzt sich zur Wehr, indem sie T mit einem Stoß ihres Kopfes in die Magengrube überrascht. Doch T, der erneut von der Widerstandskraft seiner Frau überrascht ist, die einem Zusammenleben mit F im Weg steht, tötet O mit einem gezielten Stich in den Oberkörper. F, sichtlich schockiert, erfährt vom tatsächlichen Tathergang erst nach der Tat aus den Nachrichten.

### A. Strafbarkeit des T

*Anmerkung:* Im Folgenden soll der Schwerpunkt dieser Ausführung nicht auf der Strafbarkeit des T liegen, sodass die nachstehenden Ausführungen ausdrücklich kurzgehalten wurden.

## I. Mord gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gruppe 1 Var. 4 StGB

Indem T mit dem Messer auf O einstach, sodass diese in unmittelbarer Folge der Stichverletzung verstarb, könnte sich T wegen Mordes aus niedrigen Beweggründen nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gruppe 1 Var. 4 StGB strafbar gemacht haben.

### 1. Tatbestand

#### a) Objektiver Tatbestand

In der Person der O hat T durch das Einstechen auf deren Oberkörper und lebenswichtige Organe einen anderen Menschen in kausaler und objektiv zurechenbarer Art und Weise getötet, sodass der objektive Tatbestand erfüllt ist.

*Anmerkung:* Weitere Ausführungen sind entbehrlich. Auf Kausalität und objektive Zurechnung als einzelne Prüfungspunkte sollte nur näher eingegangen werden, wenn diese problematisch sind. Das ist hier ersichtlich nicht der Fall. Eine Erfüllung des Heimtückemerkmals (§ 211 Abs. 2 Gruppe 2 Var. 1 StGB) durch T scheidet ebenfalls aus, da O nicht mehr arglos war und ihr ab Entdeckung der Tötungsabsicht des T noch Zeit zu erfolgsversprechender Gegenwehr/Flucht verblieb.

#### b) Subjektiver Tatbestand

T müsste auch vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz ist „der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis all seiner objektiven Tatbestandsmerkmale“<sup>2</sup>. Als T auf O einstach, wusste er, dass er dadurch einen Menschen töten würde. Dies wollte er gezielt herbeiführen. T handelte vorsätzlich mit dolus directus 1. Grades.

Dies könnte T aus niedrigen Beweggründen getan haben. Niedrige Beweggründe sind als täterbezogenes Mordmerkmal nach herrschender Meinung (h.M.) ein besonders persönliches<sup>3</sup> Unrechtsmerkmal<sup>4</sup> i.S.d. § 28 StGB. Diese liegen nach ständiger Rechtsprechung vor, wenn die Motive einer Tötung „nach allgemeiner sittlicher Anschauung verachtenswert sind und auf tiefster Stufe stehen“<sup>5</sup>. Einer klassischen Fallgruppe gehören hier die Konstellationen der Beseitigung eines (Ehe-)Partners, um sich einem anderen zuzuwenden, an.<sup>6</sup> Ein solch niederes Motiv liegt bei T zum Tatausführungszeitpunkt vor, da er durch ungehemmte und triebhafte Eigensucht bestimmt ist. Seine Ehefrau ist ihm, unabhängig von ihrer Behinderung, lästig gewesen und stand seiner neuen Beziehung entgegen. Statt einer – menschlich noch nachvollziehbaren – Scheidung wegen fehlender Gefühle beendete er ihr Leben. T handelte aus niedrigen Beweggründen i.S.d. § 211 Abs. 2 Gruppe 1 Var. 4 StGB.

<sup>2</sup> Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 14 Rn. 5.

<sup>3</sup> BGH NStZ 2009, 627 f.

<sup>4</sup> BGHSt 1, 368 (371); 22, 375 (377); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 4 Rn. 7; Gaede, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 16 Rn. 17.

<sup>5</sup> BGHSt 42, 226 (228); 47, 128 (130); 50, 1 (8); 56, 11 (18); BGH NJW 1995, 602; BGH NStZ 2003, 146 (147); BGH NStZ 2019, 206 (207).

<sup>6</sup> Vgl. BGH NJW 1952, 1026; BGH NJW 1955, 1727; BGH JZ 1987, 474.

## 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte rechtswidrig und schuldhaft.

## 3. Ergebnis

T hat sich gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gruppe 1 Var. 4 StGB zulasten O strafbar gemacht.

### B. Strafbarkeit der F

Problematisch ist vielmehr die Bestimmung der Strafbarkeit von Teilnehmerin F. Vorrangig in Betracht kommt bei der Beschaffung eines Alibis eine Gehilfenstrafbarkeit gem. § 27 StGB.

#### I. Beihilfe zum Mord gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gruppe 1 Var. 4, 27 Abs. 1 StGB

F könnte sich durch ihr Verhalten bzgl. der Nutzung der Geldkarte des T gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gruppe 1 Var. 4, 27 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

##### a) Tatbestand

###### aa) Objektiver Tatbestand

###### (1) Taterfolg

Für eine Strafbarkeit i.S.d. § 27 Abs. 1 StGB bedarf es für F einer Hilfeleistung bei einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat eines anderen.<sup>7</sup> Durch die Tat des T (siehe oben) liegt eine solche vor.

###### (2) Tathandlung: Hilfeleisten

Ferner bedarf es bzgl. der Haupttat einer Hilfeleistung der F. Hilfeleisten ist ein für die Begehung der Haupttat im Sinne der *condicio-sine-qua-non*-Formel oder Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung<sup>8</sup> kausaler Tatbeitrag, der die Rechtsgutverletzung ermöglicht oder verstärkt oder die Durchführung der Tat erleichtert oder absichert und der nicht Täterschaft oder Anstiftung darstellt.<sup>9</sup> Hierbei kann die Beihilfe physisch oder psychisch geleistet werden<sup>10</sup>, wobei eine reine Kenntnis der Tat und selbst deren Billigen noch nicht zur Annahme einer strafbaren Beihilfehandlung genügt.<sup>11</sup> Hingegen wird überwiegend bei einer „Bestärkung des Tatentschlusses“ eine psychische Beihilfe angenommen.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> Vgl. Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 27 Rn. 1.

<sup>8</sup> Zurückgehend auf *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 21 ff., besagt diese, dass für einen Erfolg eine Handlung dann ursächlich ist, wenn sie aufgrund einer gesetzmäßigen Beziehung im konkreten Erfolg tatsächlich wirksam geworden ist, so *Freund*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, Vor § 13 Rn. 334.

<sup>9</sup> Vgl. Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 27 Rn. 1.

<sup>10</sup> Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 27 Rn. 4; vgl. *Kudlich*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2024, § 27 Rn. 3.

<sup>11</sup> Vgl. *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 10; vgl. auch BGH, Beschl. v. 13.4.2010 – 3 StR 24/10 = StraFo 2010, 339.

<sup>12</sup> Vgl. *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 5; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 27 Rn. 2; bzgl. eines Beschaffens eines Alibis sieht der BGH, jedoch in anderer Falllösung, richtigerweise bereits eine strafbare Beihilfe, sofern der Hilfeleistende von der Tatbegehung weiß oder wofür ein Alibi benötigt wird, vgl. BGH, Urt. v. 29.3.1951 – 3 StR 82/51 = NJW 1951, 451.

Durch die Beschaffung eines Alibis für T, wodurch sich dieser in der Tat bekräftigt sah, leistete F psychische Hilfe, die ebenso nach der *condicio-sine-qua-non*-Formel nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiel. Mithin leistete F Hilfe i.S.d. § 27 Abs. 1 StGB.

### (3) Kausalität

*Anmerkung:* Im Prüfungspunkt der Kausalität sollte der Problempunkt umrissen werden, dass nach der h.L.<sup>13</sup> die Beihilfehandlung für den konkreten Taterfolg nach den allgemeinen Kausalitätsregeln ursächlich gewesen sein muss.<sup>14</sup> Entgegen dieser Auffassung lässt die st. Rspr.<sup>15</sup> es genügen, dass die Beihilfehandlung die Handlung des Täters tatsächlich fördere, erleichtere, die Erfolgchancen erhöhe oder ihre Auswirkungen intensiviere.<sup>16</sup> Dieser Lehrbeitrag setzt seinen Schwerpunkt jedoch an anderer Stelle, sodass hier der Auffassung der Rechtsprechung gefolgt wird.

Entsprechend der vertretenen Meinung innerhalb der Rspr. müsste F ferner durch das Verwenden der Kreditkarte des T die Tat(-handlung) des T tatsächlich erleichtern oder fördern.

Eine Art der psychischen Beihilfe zur Tat kann vor allem darin liegen, dass der Gehilfe den Haupttäter in seinem schon gefassten Tatentschluss bestärkt und ihm ein erhöhtes Gefühl der Sicherheit vermittelt.<sup>17</sup>

Im Fallsachverhalt ermutigte F mit dem Verwenden der Karte den T nicht direkt, dieser wiegte sich aber aufgrund des Handelns von F bzgl. des Entdeckungsrisikos in Sicherheit. F minderte mithin das Entdeckungsrisiko des T, indem sie ihm ein Scheinalibi durch Verwendung der Kreditkarte des T zum Zeitpunkt der Tat beschaffte. F bestärke somit T in seinem Handeln und erhöhte sein Gefühl der Sicherheit. F förderte folglich die Tat des T; sie handelte ebenso kausal.

F erfüllt mit ihrem Handeln den objektiven Tatbestand.

### b) Subjektiver Tatbestand

Ebenso müsste F – hinsichtlich aller Umstände des objektiven Tatbestandes<sup>18</sup> – vorsätzlich gehandelt haben.

Hierbei muss der Vorsatz des Gehilfen ein „doppelter“<sup>19</sup> sein, da sich dieser auf die Unterstützungshandlung als solche sowie auf eine bestimmte, in ihrem wesentlichen Unrechtsgehalt und der Angriffsrichtung nach umrissene, nicht notwendig schon in allen Einzelheiten konkretisierte Handlung, beziehen muss, welche die Voraussetzungen einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat erfüllt.<sup>20</sup> Allerdings muss sich der Gehilfenvorsatz zwar nicht auf die Ausführung einer in allen Einzelheiten, wohl aber in ihren wesentlichen Merkmalen und Grundzügen konkretisierten Tat richten.<sup>21</sup>

<sup>13</sup> Vgl. statt vieler *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 33 ff.

<sup>14</sup> Vgl. *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 32; vgl. auch *Beckemper*, Jura 2001, 163 (164).

<sup>15</sup> BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16 = BGHSt 61, 252 = NJW 2017, 498.

<sup>16</sup> Vgl. *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 27.

<sup>17</sup> Vgl. BGH StV 1982, 517; BGH NSTz 1993, 535; vgl. auch *Bock*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, 13. Kap. Rn. 68.

<sup>18</sup> *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 102.

<sup>19</sup> Vgl. *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 27 Rn. 7.

<sup>20</sup> *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 7.

<sup>21</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 29.11.2006 – 2 StR 301/06 = BeckRS 2006, 15111 Rn. 8 m.w.N.; vgl. auch *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 104.

F wusste bezüglich der vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Haupttat, dass es sich bei der Tötung der O um eine Fremdtötung<sup>22</sup> durch T handelte, was bei einer von T mit eigener Hand kontrollierten tödlichen Medikamentenzufuhr der Fall wäre. Die tatsächliche Tötung mittels gezielter Messerstichs stellt nur eine unwesentliche Abweichung dar. Mithin handelte F bezüglich der Haupttat des T vorsätzlich. Unabhängig von ihrem unwesentlichen Irrtum, da es (siehe oben) nicht auf die genauen Kenntnisse aller Tatumstände ankommt, wusste – gar wollte – F dem T ein Alibi verschaffen, indem sie seine Kreditkarte zum Tatzeitpunkt verwendete. Auch war es F mindestens möglich, in Betracht zu ziehen, dass durch ihr Handeln das Entdeckungsrisiko des T gemindert ist. Mithin handelte F ferner bezüglich des Hilfeleistens ebenso vorsätzlich.

F handelte folglich hinsichtlich aller Umstände des objektiven Tatbestandes vorsätzlich.

### c) Tatbestandsverschiebung, § 28 Abs. 2 StGB

*Anmerkung:* Unabhängig von einer Falllösung über § 28 Abs. 2 StGB (h.L.) oder § 28 Abs. 1 StGB (Rspr.) wird die Akzessorietätsproblematik erstmals direkt nach dem subjektiven Tatbestand angesprochen und ein Streitentscheid herbeigeführt. Sofern man der Auffassung der Rechtsprechung folgt, würde die Lösung über § 28 Abs. 1 StGB nach der Schuldprüfung auf Strafzumessungsebene fortfahren (ggf. mit Strafraumverschiebung) und im Rahmen des Vorsatzes der F ferner auf § 16 Abs. 2 StGB eingehen, da es sich bei ihrem Handeln um einen Irrtum über privilegierende Umstände handelt. Entsprechend § 16 Abs. 2 StGB entfielen nach der Rspr. die Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB eventuell in Gänze. Bei aus Sicht der Fallbearbeiter überzeugender Wahl der Anwendung von § 28 Abs. 2 StGB wird mit der Tatbestandsverschiebung weitergeprüft. Da es sich bei obiger Ausführung jedoch um eine Aufbaufrage handelt, ist im Falle einer Klausur oder Hausarbeit nicht darauf einzugehen.

Im Rahmen der Fallprüfung treten jedoch Akzessorietätsprobleme auf, da F offensichtlich weder selbst den geschilderten niedrigen Beweggrund des T noch ein anderes persönliches Mordmerkmal aufweist. Außerdem hat F keinerlei Kenntnis vom wahren Motiv des T. Ihre Strafbarkeit bestimmt sich, da das bei ihr fehlende persönliche Mordmerkmal nach h.M. ein Unrechtsmerkmal<sup>23</sup> ist, zunächst über § 28 StGB.

Fraglich ist allerdings, ob das bei F jeweils fehlende/hinzutretende besondere persönliche Merkmal strafbegründend ist und sie semiakzessorisch nach § 28 Abs. 1 StGB behandelt wird oder ob das Merkmal strafscharfend ist und sie nonakzessorisch nach § 28 Abs. 2 StGB behandelt wird. Zur Beantwortung dieser Frage bedarf es eines besseren Verständnisses über das Verhältnis zwischen den vorsätzlichen Tötungsdelikten Totschlag (§ 212 StGB), Mord (§ 211 StGB) und Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) zueinander.

#### aa) Meinung der herrschenden Lehre

Nach der herrschenden Lehre<sup>24</sup> handelt es sich bei Mord (§ 211 StGB) um die Qualifikation des Grundtatbestands Totschlag (§ 212 StGB), während Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) eine Privilegierung

<sup>22</sup> Bezüglich der Abgrenzung der Fremdtötung siehe auch *Kühl*, Jura 2010, 81 ff.

<sup>23</sup> A.A. *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 659; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 801, sehen die täterbezogenen Mordmerkmale Gruppen 1 und 3 als spezielle Schuldmerkmale i.S.v. § 29 StGB, die den Gesinnungswert des Täters prägen.

<sup>24</sup> *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 4 Rn. 1; *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 211 Rn. 6; *Schneider*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, Vor § 211 Rn. 189 f.

zum Grundtatbestand darstellt. Das hat zur Folge, dass die persönlichen Mordmerkmale die Strafe schärfen und das persönliche Merkmal des § 216 StGB (die Mitleidsmotivation) die Strafe mildert. Die besonderen persönlichen Merkmale fallen unter § 28 Abs. 2 StGB. Jeder Beteiligte wird, bei Teilnahme sogar unabhängig von der Kenntnis des Vorliegens solcher Merkmale beim Haupttäter, nur auf Grundlage der besonderen persönlichen Merkmale bestraft, die bei ihm (und nicht beim Haupttäter) vorliegen. Dafür spreche der Wortlaut der Straftatbestände. Die Begriffe „Mörder“ und „Totschläger“ seien einer Differenzierung gänzlich unzugänglich, da sie aus der Zeit des Nationalsozialismus und der heute abzulehnenden Lehre vom Tätertypus stammen. Durch die Begriffe „Mörder“ und „Totschläger“ solle nicht auf bestimmte kriminalpolitische Tätertypen Bezug genommen werden. Dem Tatrichter solle stattdessen dadurch bewusst gemacht werden, dass bei der Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag auch die Persönlichkeit des Täters und die Verwerflichkeit seiner Motivation relevant sein können. § 212 StGB nehme, mit der Formulierung „ohne Mörder zu sein“, gerade auf § 211 StGB Bezug, was unterstreiche, dass § 212 StGB den Grundtatbestand zu § 211 StGB bilde und ein innerer Zusammenhang zwischen beiden Delikten bestehe. Zudem seien zumindest die Mordmerkmale in § 211 Abs. 2 StGB zu verschieden, als Mord ein eigenständiger Deliktstypus wäre.

Der herrschenden Lehre, u.a. bezugnehmend auf die abzulehnende Lehre vom Tätertypus, zustimmend, veröffentlichte der Gesetzgeber das Eckpunktepapier zur Modernisierung des Strafgesetzbuchs, wobei dieser die Chance zur inhaltlichen Modernisierung erneut verstreichen lässt.<sup>25</sup> An einer klärenden Konkretisierung der §§ 211, 212 StGB scheint dem Gesetzgeber, entgegen seiner Äußerungen im Koalitionsvertrag<sup>26</sup>, nicht gelegen, sodass sich die Modernisierung lediglich auf bedeutungslose<sup>27</sup> sprachliche Anpassungen beschränkt.<sup>28</sup> Mithin bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber sein gesetztes Ziel innerhalb der Legislaturperiode umsetzen kann.

#### bb) Meinung der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung<sup>29</sup> ist anderer Auffassung und hält Mord (§ 211 StGB), Totschlag (§ 212 StGB) sowie Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) für eigenständige Delikte. Immerhin räumt die Rechtsprechung ein, dass der Unrechtsgehalt von § 212 StGB in § 211 StGB enthalten und die vorsätzliche Tötung ein notwendiges Merkmal des § 211 StGB ist.<sup>30</sup> Die persönlichen Mordmerkmale sind, ebenso wie die vom Verlangen des Täters abhängige Mitleidsmotivation, hiernach jeweils strafbegründend und fallen unter § 28 Abs. 1 StGB. Hat der Teilnehmer auf seiner subjektiven Tatseite Kenntnis vom Vorliegen eines solchen Merkmals beim Haupttäter, wird er wegen Teilnahme an der Haupttat bestraft. Liegt das persönliche Merkmal aber bei ihm selbst nicht vor, so wird seine Strafe nach § 49 Abs. 1 StGB gemildert (bloße Strafrahmensverschiebung). Für diese Ansicht spreche ebenfalls der Wortlaut: § 212 StGB spricht von der Tötung eines Menschen, „ohne Mörder zu sein“, wohingegen § 211 StGB definiert, wer „Mörder ist“. Vor allem aber die Systematik streite für diese Interpretation. Qualifikationen

<sup>25</sup> Dem zustimmend und konkretisierend vgl. Akay/Schiemann, KriPoZ, 2024, 76 (82).

<sup>26</sup> Dem Wunsch der Koalitionsparteien nach der „Überprüfung des Strafrechts auf Handhabbarkeit, Berechtigung und Wertungswidersprüche [mit] Fokus auf historisch überholte Straftatbestände“ kann das vom BMJ vorgelegte Eckpunktepapier zur Modernisierung des Strafgesetzbuchs vom 23. November 2023 nicht entsprechen, vgl.: Koalitionsvertrag 2021–2025, Mehr Fortschritt wagen, 2021, S. 84, abrufbar unter [https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag\\_2021-2025.pdf](https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf) (31.10.2024); vgl. Eckpunktepapier zur Modernisierung des Strafgesetzbuchs vom 23. November 2023.

<sup>27</sup> Schneider, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, Vor § 211 Rn. 200, dem hier zuzustimmen ist; vgl. auch Akay/Schiemann, KriPoZ, 2024, 76 (82).

<sup>28</sup> Vgl. Eckpunktepapier zur Modernisierung des Strafgesetzbuchs vom 23. November 2023.

<sup>29</sup> BGHSt 1, 368 (370 f.); 22, 375 (377); 36, 231 (233); BGH NJW 2005, 996 (997).

<sup>30</sup> Vgl. BGHSt 36, 231.



können im Gesetz nicht vor dem Grunddelikt stehen. Zudem ergebe sich aus den komplett unterschiedlichen Strafdrohungen der Normen (§ 211 StGB: lebenslang; § 212 StGB: Freiheitsstrafe nicht unter 5 Jahren; § 216 StGB: Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu 5 Jahren) sowie der alleinigen Unverjährbarkeit für Mord (§ 78 Abs. 2 StGB) ein qualitativer und nicht bloß quantitativer Unterschied im Unrechtsgehalt der Delikte.

cc) Die Natur des Merkmals „durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt“ (§ 216 StGB)

Verkompliziert wird die Situation nach Interpretation des Sachverhalts dadurch, dass bei der von Mitleid bestimmten F ein weiteres Merkmal – das aus § 216 StGB – hinzutreten könnte, dessen Rechtsnatur umstritten ist. Nach h.M.<sup>31</sup> handelt es sich bei der Mitleidsmotivation in § 216 StGB um ein täterbezogenes, besonderes persönliches Merkmal i.S.v. § 28 StGB. Eine andere Ansicht<sup>32</sup> ist der Meinung, es handle sich um ein tatbezogenes und den allgemeinen Akzessorietätsregeln unterliegendes Merkmal. Begründet wird letzteres mit dem geminderten Gesamtunrecht der Tat, was im „einwilligungs“-bedingten Rechtsgutsverzicht in Kombination mit einer Schuldminde rung infolge der Konfliktlage des Täters und dem geringerem kollektiven Interesse an der Aufrechterhaltung des Tötungstabus im Verhältnis zum (wenngleich auch indisponiblen) Individualrechtsgut Leben liegen würde.<sup>33</sup> Näher am Wortlaut des § 216 StGB bewegt sich jedoch die h.M. mit der Einstufung als täterbezogenes Merkmal, weil diese nahelegt, dass das Opfer in der Person des Täters eine Mitleidsmotivation hervorrufen muss, die handlungsleitend<sup>34</sup> ist. Außerdem kommt dem Rechtsgut Leben in diesem Fall, wie sich noch zeigen wird, ein höherer Schutz (auch gegenüber Teilnehmern der Tat) zu.

dd) Das Verhältnis zwischen § 212 StGB, § 211 StGB (und § 216 StGB) – Auswirkungen auf den Teilnehmer i.R.v. § 28 StGB

(1) Die Teilnehmerstrafbarkeit der F nach der herrschenden Lehre

Nach der herrschenden Lehre führt das Handeln der F unter Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB durch Fehlen des besonderen persönlichen Merkmals (niedriger Beweggrund) von einer Strafbarkeit der Beihilfe zum Mord (§§ 212, 211, 27 StGB) zu einer Strafbarkeit nach §§ 212, 27 StGB wegen Beihilfe zum Totschlag. Wenn man das Tötungsverlangen i.S.v. § 216 StGB nach h.M. wegen der Mitleidsmotivation als täterbezogenes, besonders persönliches Merkmal ansieht, lässt sich weiter streiten, ob dieses privilegierende Merkmal bei F hinzukommt. Entscheidend dagegen spricht, dass F gerade nicht durch die getötete O selbst zum Hilfeleisten motiviert worden ist, sondern durch einen Dritten (T), wobei eine (wie hier erfolgte) Manipulation durch den Dritten nie auszuschließen ist. Angesichts des hohen Stellenwertes des betroffenen Schutzguts „Leben“ hätte sich F, ungeachtet des damit eventuell einhergehenden Bekanntwerdens ihrer heimlichen Beziehung zu T, zumindest bei O bezüglich des Vorliegens ihres Sterbeverlangens rückversichern müssen. Nur eine durch das auch an sie adressierte Sterbeverlangen motivierte Gehilfin wäre nach einer weiteren – sogenannten „doppelten“ Tatbestandsverschiebung strafbar wegen Beihilfe zur Tötung auf Verlangen gem. §§ 212, 216, 27 StGB gewesen. Im Falle der F ist die trotzdem vorliegende Mitleidsmotivation strafmildernd

<sup>31</sup> Hassemer, *Delictum sui generis*, 1974, S. 60; Mitsch, JuS 1996, 309 (312); Engländer, in: FS Krey, 2010, S. 71 ff.; Schneider, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 216 Rn. 63.

<sup>32</sup> Neumann/Saliger, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 216 Rn. 20.

<sup>33</sup> Neumann/Saliger, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 216 Rn. 2.

<sup>34</sup> Vgl. bezugnehmend auf die Charakterisierung der handlungsleitenden Mitleidsmotivation, BGH NJW 2005, 1876 ff. m. Anm. Geppert, JK 12/2005, StGB § 211/46.

innerhalb der Strafzumessung bei der Beihilfe zum Totschlag (§§ 212, 27 StGB) zu berücksichtigen. Aus der Verfassung, in Gestalt des Schuldgrundsatzes („nulla poena sine culpa“ – wurzelnd im Rechtsstaatsprinzip, gem. Art. 20 Abs. 3 GG)<sup>35</sup> ergibt sich, dass die angedrohte Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Maß der Schuld stehen muss.<sup>36</sup> Vertritt man hingegen die Ansicht, es handle sich bei dem Merkmal aus § 216 StGB um ein tatbezogenes Merkmal, dessen Vorliegen F beim Haupttäter annimmt, kommt es alleine auf das Vorstellungsbild der F an und es greift § 16 Abs. 2 StGB (Irrtum über privilegierende Umstände), der besagt, dass derjenige, der bei Begehung der Tat irrig Umstände annimmt, die den Tatbestand eines milderen Gesetzes verwirklichen würden, wegen vorsätzlicher Begehung nur nach dem milderen Gesetz bestraft werden kann. Der Begriff „Tat“ gilt hier auch für die Teilnahme.<sup>37</sup> Wegen vorsätzlicher Begehung könnte F nur nach §§ 212, 216, 27 StGB bestraft werden, was den Schutzstandard für das Rechtsgut Leben gerade in Fällen wie diesem schwächen würde.

### (2) Die Teilnehmerstrafbarkeit der F nach der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung gelangt unter Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB auf einen anderen Lösungsweg. F weiß nichts vom strafbegründenden Mordmerkmal bei dem Haupttäter T, sodass sich ihr Gehilfenvorsatz gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB nicht darauf bezieht. Allerdings weiß F von einer (im Mord unweigerlich enthaltenen) vorsätzlichen Tötung durch den Haupttäter und leistet somit Beihilfe zum Totschlag gem. §§ 212, 27 StGB. Nun wird es problematisch, da bei F noch die verlangensbedingte Mitleidsmotivation aus § 216 StGB hinzukommen könnte. Denn über das Hinzutreten von besonderen persönlichen Merkmalen beim Teilnehmer trifft § 28 Abs. 1 StGB keine Aussage. Eine Bestrafung aus §§ 212, 27 StGB erscheint jedoch nur ungerecht, wäre F tatsächlich Adressatin eines von O ausgehenden Verlangens. F könnte dann entweder ebenfalls die Regelung des § 16 Abs. 2 StGB zugutekommen oder eine analoge Milderung nach § 49 Abs. 1 StGB. Schlussendlich liegt aber im Falle der lediglich auf Hörensagen gestützten Mitleidsmotivation auch auf Seite der Rechtsprechung eine Strafbarkeit der F wegen Beihilfe zum Totschlag gem. §§ 212, 27 StGB nahe.

### (3) Bewertung der Lösungswege und Stellungnahme

Sowohl die Rechtsprechung als auch die Literatur gelangen bei der Lösung des fiktiven Falls, wenn auch auf unterschiedlichem Lösungsweg, zum selben Ergebnis. Jedoch verkompliziert die Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB den Lösungsweg unnötig, indem zunächst ein Umweg über den Tatbestandsirrtum des Teilnehmers gegangen werden muss. Während der vorteilhaftere § 28 Abs. 2 StGB abstrakter vom „Vorliegen“ besonderer persönlicher Merkmale bei Täter und Teilnehmer spricht, was nach der Norm Hinzutreten sowie Fehlen solcher Merkmale bei jedem Beteiligten erfasst, beschränkt sich § 28 Abs. 1 StGB auf das „Fehlen“ besonderer persönlicher Merkmale bei einem Teilnehmer und wird in alleiniger Anwendung nicht allen Konstellationen gerecht.<sup>38</sup> Ähnliche Probleme bereitet § 28 Abs. 1 StGB unter anderem in den Konstellationen gekreuzter Mordmerkmale bei Täter und Teilnehmer, sodass die Rechtsprechung bereits umständliche und strafrechtsdogmatisch fragwürdige Korrekturen vornehmen musste. Damit ist schon aus praktischen Gründen die Ansicht der herrschenden Lehre vorzugswürdig. Auch die Gesetzessystematik der Reihenfolge der Aufzählung

<sup>35</sup> Vgl. BVerfGE 9, 167 (169); 86, 288 (313); 95, 96 (140); vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 23.9.2014 – 2 BvR 2545/12, Rn. 8, 13.

<sup>36</sup> So auch BVerfGE 45, 187 (259 ff.); 54, 100 (109).

<sup>37</sup> Vgl. Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 16 Rn. 11.

<sup>38</sup> Dies kritisiert auch Engländer, in: FS Krey, 2010, S. 71 (73).



der Delikte ist keineswegs zwingend. So stand bei den Brandstiftungsdelikten in alter Fassung die Qualifikation ebenfalls vor dem Grundtatbestand. Die systematische Stellung des Mordes am Anfang der vorsätzlichen Tötungsdelikte trägt lediglich klarstellend der hohen Verwerflichkeit und dem Charakter des Mordes als schwerstes Delikt im Unrechtsbewusstsein der Bevölkerung Rechnung. Mit der Aussage, dass das Unrecht des Totschlags vollständig in dem des Mordes enthalten sei, liefert die Rechtsprechung paradoxerweise ein idealtypisches Beispiel für voneinander im Qualifikationsverhältnis abhängige Delikte. Mit Spannung bleibt zu erwarten, ob eine Reform der Tötungsdelikte<sup>39</sup> den anhaltenden Streit beilegen wird und ob der Tatbestand der Tötung auf Verlangen im Rahmen der Sterbehilfe reformiert wird. Um den Schutzstandard für das Rechtsgut Leben möglichst hochzuhalten und auch vor manipulativer Einwirkung auf Teilnehmer zu schützen, sollte „de lege lata“ das Merkmal „durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt“ als täterbezogenes besonderes persönliches Merkmal angesehen werden.

In obigem Fall überzeugt daher die Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB und im Folgenden wird der zuerst genannten Meinung der herrschenden Lehre gefolgt.

## 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

F handelte damit rechtswidrig sowie schuldhaft.

## 3. Ergebnis

F hat sich gem. §§ 212 Abs. 1, 27 Abs. 1, 28 Abs. 2 StGB zulasten O strafbar gemacht.

*Anmerkung:* Der hier letztlich wegen des Schutzstandards des Rechtsguts Leben nicht vertretene (aber nach a.A. mögliche) Fall doppelter Tatbestandsverschiebung aufgrund konsequenter Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB verdeutlicht, ebenso wie eine „einfache“ Tatbestandsverschiebung, dass ein Abweichen des Obersatzes vom Ergebnis durchaus möglich ist. Umso wichtiger ist es für die Bearbeiter\*innen eines solchen Falls, dass Stringenz sowie Konsequenz in ihren Ausführungen vorhanden sind.

---

<sup>39</sup> Etwaige Bestrebungen der Politik wurden 2014 und 2016 in Referentenentwürfe zur Reform der Tötungsdelikte gefasst, die jedoch bis heute nicht weiterverfolgt wurden, vgl. *Suliak*, LTO v. 19.6.2024, abrufbar unter [https://www.lto.de/persistent/a\\_id/54811/](https://www.lto.de/persistent/a_id/54811/) (31.10.2024).

## Zwischenprüfungsklausur: „Ein Haus im Grünen“

Prof. Dr. Matteo Fornasier, LL.M. (Yale), Stud. Mitarbeiterin Linda Mae Roßmann, Bochum\*

Die Schwerpunkte der Klausur liegen im Schuld- und Sachenrecht. Im ersten Teil steht die Inhaltskontrolle einer AGB-Klausel im Mittelpunkt, die – abhängig vom gewählten Lösungsansatz – in eine Prüfung der vorvertraglichen oder vertraglichen Haftung eingebettet ist. Es folgen Überlegungen zur Geschäftsführung ohne Auftrag und abschließend eine bereicherungsrechtliche Prüfung. Der zweite Teil behandelt die Herausgabe von Nutzungen auf Grundlage sachen- und bereicherungsrechtlicher Vorschriften und wirft die Frage der Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses auf. Die dreistündige Klausur wurde im Wintersemester 2023/2024 an der Ruhr-Universität Bochum als Zwischenprüfungsklausur gestellt.

### Sachverhalt Teil 1

Emre (E) ist Eigentümer eines kleinen Einfamilienhauses im Bergischen Land. Ende 2022 hat er genug vom Landleben und zieht in eine Wohnung in die Bochumer Innenstadt. Das Haus im Bergischen Land will er künftig vermieten. Über Bekannte kommt er mit der Managerin Milla (M) in Kontakt, die das Haus anmieten möchte, um dort die Wochenenden zu verbringen und sich von ihrem anstrengenden beruflichen Alltag zu erholen.

E und M einigen sich darauf, dass die monatliche Kaltmiete 1.000 € betragen und die Mietzeit am 1.2.2023 beginnen soll. Außerdem vereinbaren sie, dass das Haus in unrenoviertem Zustand der M überlassen werden soll. Diese Konditionen werden in einem von E vorgelegten Mietvertragsformular festgehalten, das beide Parteien unterschreiben. Außerdem enthält das Vertragsformular unter anderem folgende Klausel:

#### § 10 Schönheitsreparaturen

Bei Beendigung des Mietverhältnisses ist der Mieter verpflichtet, die Schönheitsreparaturen (das Tapezieren, Anstreichen oder Kalken der Wände und Decken, das Streichen der Fußböden, Heizkörper einschließlich Heizrohre, der Innentüren sowie der Fenster und Außentüren von innen) auf eigene Kosten durchzuführen und die Wohnung in einem einwandfrei renovierten Zustand zurückzugeben.

Vor Abschluss des Mietvertrags hatte E noch Bedenken gegen die Klausel des § 10 des Formularmietvertrags. Er hatte nämlich in einem Verbrauchermagazin gelesen, dass solche Klauseln rechtlich „höchst problematisch“ seien. Doch da es ihm zu mühsam war, rechtliche Erkundigungen über die Zulässigkeit der Bestimmung einzuholen, stellte er schließlich seine Bedenken zurück und verwendete am Ende doch das Formular für den Vertragsschluss mit M. Dabei ist es E gleichgültig, dass M durch die Verwendung der Klausel möglicherweise über Gebühr wirtschaftlich belastet wird.

Noch im Februar 2023 erfährt M, dass sie beruflich in die USA versetzt werden wird. Sie kündigt

---

\* Matteo Fornasier ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Ruhr-Universität Bochum. Linda Mae Roßmann ist als Stud. Mitarbeiterin am selben Lehrstuhl tätig.

daher den Mietvertrag ordnungsgemäß zum 31.5.2023. Kurz bevor das Mietverhältnis Ende Mai endet, sprechen E und M über eine durchzuführende Renovierung. M hält eine Renovierung für nicht erforderlich, da sie das Haus unrenoviert übernommen habe. Außerdem wendet sie wahrheitsgemäß ein, dass sich der Zustand der Räume seit ihrem Einzug überhaupt nicht verschlechtert habe, da sie das Haus nur an wenigen Wochenenden genutzt habe. E hingegen besteht mit Verweis auf den Mietvertrag auf die Durchführung der Schönheitsreparaturen. Um sich Ärger mit E zu ersparen, lässt M daraufhin das Haus noch vor dem 31.5.2023 von Fachhandwerkern renovieren, wodurch ihr Kosten i.H.v. 3.000 € entstehen.

Einige Wochen nach dem Ende des Mietverhältnisses erfährt M von einer befreundeten Anwältin, dass die Klausel des § 10 des Formularmietvertrags „mit hoher Wahrscheinlichkeit“ unzulässig gewesen sei. M wendet sich sogleich an E und verlangt von ihm die Erstattung der 3.000 €, die sie für die Durchführung der Schönheitsreparaturen aufgewendet hat.

### Fallfrage Teil 1

Kann M von E Zahlung von 3.000 € verlangen?

### Sachverhalt Teil 2

Nach den Streitigkeiten mit M beschließt E, das Haus im Bergischen Land, das ihm so viel Ärger beschert hat, loszuwerden. Am 1.9.2023 verkauft er das Haus mit notariellem Kaufvertrag an Klara (K). Vor dem Notar erklären E und K gleichzeitig die Auflassung des Grundstücks. K zahlt den vereinbarten Kaufpreis an E. Am 15.10.2023 wird K schließlich als neue Eigentümerin des Hauses im Grundbuch eingetragen. E händigt ihr die Schlüssel zum Haus aus. In der Folge zieht K nicht selbst ins Haus ein, sondern vermietet es an Urlauber über AirBnB.

Kurze Zeit später stellt sich heraus, dass E im Zeitraum zwischen August 2023 und November 2023 an den Folgen einer Hirnhautentzündung litt und infolgedessen geschäftsunfähig war. Für Außenstehende wie K war die kognitive Beeinträchtigung des E nicht erkennbar.

Im Februar 2024 ist E von der Störung seiner Geistestätigkeit wieder komplett geheilt. Er bereut inzwischen die Veräußerung des Hauses. Am 15.2.2024 wendet er sich an K und verlangt die Rückabwicklung des Geschäfts, da dieses infolge seiner geistigen Beeinträchtigung nicht wirksam gewesen sei. K erfährt zu diesem Zeitpunkt zum ersten Mal vom Geistesleiden des E. Darüber hinaus fordert E von K die Einnahmen i.H.v. 2.500 € heraus, die K im Zeitraum von Oktober 2023 bis Anfang Februar 2024 durch die Vermietung des Hauses erzielt hat. K ist bereit, das Haus gegen Rückerstattung des Kaufpreises an E zurückzugeben. Jedoch ist sie der Meinung, dass die Mieteinnahmen allein ihr zustehen, und verweigert deswegen die Zahlung der 2.500 € an E.

### Fallfrage Teil 2

Kann E von K die Herausgabe der Mieteinnahmen i.H.v. 2.500 € verlangen?

### Bearbeitungsvermerk

Die Fragen 1 und 2 sind in einem Gutachten zu beantworten. Die Fragen werden bei der Bewertung im Verhältnis 2:1 gewichtet. Bitte beachten Sie bei der Bearbeitung folgende Hinweise:

1. Auf verjährungsrechtliche Fragen ist nicht einzugehen.
2. Bei Frage 1 ist zu unterstellen, dass es sich bei der Vertragsklausel des § 10 um Allgemeine

Geschäftsbedingungen i.S.v. § 305 Abs. 1 BGB handelt, die E der M bei Abschluss des Vertrags gestellt hat. Außerdem ist zu unterstellen, dass die Klausel Vertragsbestandteil geworden ist, so dass eine Einbeziehungskontrolle nicht vorgenommen werden muss.

3. Die von M aufgewendeten 3.000 € für die Durchführung der Schönheitsreparaturen entsprechen dem marktüblichen Werklohn für die erbrachten Leistungen.

### Lösungsvorschlag

<b>Lösungsvorschlag Teil 1 .....</b>	<b>1166</b>
<b>I. Aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB.....</b>	<b>1166</b>
1. Anwendbarkeit der Vorschriften über das Verschulden bei Vertragsschluss.....	1167
2. Vorvertragliches Schuldverhältnis gem. § 311 Abs. 2 BGB .....	1167
3. Pflichtverletzung .....	1168
a) Kontrollfähigkeit der Klauseln .....	1168
b) Inhaltskontrolle.....	1168
aa) Grundsätzliche Pflicht des Mieters zur Vornahme von Schönheitsreparaturen.....	1169
bb) Unangemessenheit der Schönheitsreparaturpflicht des Mieters bei Überlassung ursprünglich unrenovierter Räume .....	1169
cc) Unangemessenheit bei „starrer“ Renovierungspflicht.....	1169
c) Zwischenergebnis.....	1170
4. Vertretenmüssen.....	1170
5. Ersatzfähiger Schaden.....	1170
6. Ergebnis.....	1171
<b>II. Aus §§ 539 Abs. 1, 677, 683 S. 1, 670 BGB.....</b>	<b>1171</b>
1. Kein Aufwendungsersatz nach § 536a Abs. 2 BGB .....	1171
2. Rechtsgrundverweisung auf das Recht der GoA.....	1171
a) Anwendbarkeit der GoA-Regeln bei (teil-)unwirksamen Verträgen .....	1171
b) Geschäftsbesorgung.....	1172
c) Für einen anderen.....	1172
d) Zwischenergebnis.....	1172
3. Ergebnis.....	1173
<b>III. Aus §§ 994 ff. BGB .....</b>	<b>1173</b>
<b>IV. Aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB .....</b>	<b>1173</b>
1. Etwas erlangt.....	1173
2. Durch Leistung.....	1173
3. Ohne rechtlichen Grund .....	1173

4. Kein Kondiktionsausschluss .....	1173
5. Rechtsfolge .....	1174
6. Ergebnis.....	1174
<b>V. Gesamtergebnis Frage 1.....</b>	<b>1174</b>
<b>Lösungsvorschlag Teil 2 .....</b>	<b>1175</b>
<b>I. Anspruch aus §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1 BGB.....</b>	<b>1175</b>
1. Vindikationslage zur Zeit der Nutzungsziehung .....	1175
a) Eigentümerstellung des E .....	1175
aa) Ursprüngliche Stellung als Eigentümer.....	1175
bb) Eigentumsübertragung auf K?.....	1175
b) K als Besitzerin des Hauses.....	1175
c) Ohne Recht zum Besitz.....	1176
d) Zwischenergebnis .....	1176
2. Bösgläubigkeit der K.....	1176
3. Ergebnis.....	1176
<b>II. Anspruch aus § 988 BGB analog .....</b>	<b>1176</b>
<b>III. Anspruch aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, 818 Abs. 1 BGB .....</b>	<b>1177</b>
1. Anwendbarkeit .....	1177
2. Etwas erlangt.....	1178
3. Durch Leistung.....	1178
4. Ohne rechtlichen Grund .....	1178
5. Rechtsfolge .....	1178
6. Ergebnis.....	1178
<b>IV. Gesamtergebnis Frage 2.....</b>	<b>1178</b>

### Lösungsvorschlag Teil 1

#### I. Aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB

M könnte gegen E Schadensersatzansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluss nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB haben, sofern E dem Vertrag mit M unzulässige AGB zugrunde gelegt und dadurch schuldhaft einen widerrechtlichen Schaden bei M verursacht hat.

*Anmerkung:* Kenntnis der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze, wonach die Einführung unzulässiger AGB in den Vertrag eine Haftung des Klauselverwenders aus c.i.c. begründen kann,<sup>1</sup>

<sup>1</sup> BGH NJW 2009, 2590 (2590 Rn. 10); BGH NJW 1988, 197 = WM 1988, 56 (unter 3a); BGHZ 99, 101 (107) = NJW 1987, 639; BGH NJW 1984, 2816 (2817).

kann nur von überdurchschnittlich guten Studierenden erwartet werden.

### 1. Anwendbarkeit der Vorschriften über das Verschulden bei Vertragsschluss

Zunächst stellt sich die Frage, ob vorliegend ein Rückgriff auf die Vorschriften über das Verschulden bei Vertragsschluss möglich ist. Dies könnte deswegen zweifelhaft sein, da zwischen E und M möglicherweise ein Mietvertrag über die Überlassung des Hauses zustande gekommen sein könnte, mit der Folge, dass dann die Vorschriften über die vertragliche Haftung (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB) die Vorschriften über die vorvertragliche Haftung (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB) verdrängen könnten.

Allerdings können die Vertragspartner auch nach Abschluss eines wirksamen Vertrags weiterhin Ansprüche aus c.i.c. gegeneinander haben.<sup>2</sup> Die Abgrenzung zwischen den beiden Haftungsinstituten erfolgt nach dem Zeitpunkt der haftungsbegründenden Pflichtverletzung. Liegt das haftungsbegründende Verhalten im Zeitraum vor dem Vertragsschluss, kommt nur eine Schadensersatzhaftung nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB in Frage, da zu diesem Zeitpunkt (noch) keine vertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten im Verhältnis zwischen den Parteien bestanden.<sup>3</sup> Ab dem Moment des Vertragsschlusses verdrängen indessen die vertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten die entsprechenden Pflichten aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis gem. § 311 Abs. 2 BGB, so dass für haftungsbegründende Handlungen nach diesem Zeitpunkt lediglich noch eine vertragliche Haftung nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB in Betracht kommt.

Das (potentiell) haftungsbegründende Verhalten des E ist darin zu sehen, dass dieser ein Formular mit möglicherweise unzulässigen Klauseln dem Vertragsschluss zugrunde gelegt hat.<sup>4</sup> Die Einführung eines unzulässigen Klauselwerks findet (spätestens eine juristische Sekunde) vor dem Vertragsschluss statt und fällt damit in den vorvertraglichen Bereich.<sup>5</sup> Die Regeln über die c.i.c. sind vorliegend anwendbar.

*Anmerkung:* Zu einem anderen Ergebnis gelangt man dann, wenn man das dem E vorwerfbare Verhalten nicht in der Einführung unzulässiger Klauseln in den Vertrag sieht, sondern darin, dass sich E während der Phase der Vertragsdurchführung auf eine unzulässige Klausel gegenüber M beruft. Dann ist möglicherweise eine vertragliche (Neben-)Pflicht verletzt, so dass §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zur Anwendung kämen. Dieser Lösungsansatz ist ebenso gut vertretbar. In der Sache ergeben sich keine wesentlichen Änderungen. Die Nebenpflicht, den Vertragspartner nicht durch die Verwendung unzulässiger Klauseln zu schädigen, ergibt sich dann nicht aus dem vorvertraglichen, sondern aus dem vertraglichen Schuldverhältnis selbst. Inhaltlich ist die Nebenpflicht identisch.

### 2. Vorvertragliches Schuldverhältnis gem. § 311 Abs. 2 BGB

Dem Abschluss des Mietvertrags gingen zwischen E und M Vertragsverhandlungen i.S.v. § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB voraus, in deren Verlauf E das Vertragsformular der M vorgelegt hat. Ein vorvertragliches Schuldverhältnis liegt vor.

<sup>2</sup> Vgl. BGH NJW 2009, 2590 (2590 Rn. 10).

<sup>3</sup> Vgl. *Bachmann*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 241 Rn. 61; *Busche*, in: Herresthal/Magnus/Stoffels, Eckpfeiler des Zivilrechts, 9. Aufl. 2024, C10; *Emmerich*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 311 Rn. 41.

<sup>4</sup> Vgl. BGH NJW 2009, 2590 (2590 Rn. 10); vgl. auch BGH NJW-RR 2023, 901 (903 Rn. 31).

<sup>5</sup> Vgl. BGH NJW 2009, 2590 (2590 Rn. 10).

### 3. Pflichtverletzung

E muss eine Pflicht aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis gegenüber M verletzt haben.

Das Stellen unzulässiger, weil den Verwendungsgegner unangemessen benachteiligender, Klauseln ist als objektiv pflichtwidriges Verhalten des Verwenders einzuordnen, weil es die dem Vertragspartner gegenüber geschuldete Rücksichtnahme gem. § 241 Abs. 2 BGB vermissen lässt.<sup>6</sup>

Das Verhalten des E ist als objektive Pflichtverletzung einzuordnen, wenn die von ihm verwendete Klausel des § 10 im Formularmietvertrag als unzulässig einzustufen ist. Voraussetzung hierfür ist, dass es sich bei dieser Klausel um AGB i.S.v. § 305 BGB handelt, die Klausel in den Vertrag mit M einbezogen wurde und sie schließlich nicht der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB standhält.

Nach dem Bearbeitungsvermerk handelt es sich bei der Klausel des § 10 des Formularmietvertrags um AGB i.S.v. § 305 Abs. 1 BGB, die E der M bei Vertragsschluss gestellt hat. Außerdem ist dem Bearbeitungsvermerk zu entnehmen, dass die Klausel Bestandteil des Vertrags geworden ist. Zu untersuchen ist damit allein, ob die Klausel der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB standhält.

#### a) Kontrollfähigkeit der Klauseln

Die Klausel des § 10 müsste zunächst gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB kontrollfähig sein.

Danach sind nur solche Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen kontrollfähig, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Andere Bestimmungen in den AGB unterliegen gem. § 307 Abs. 3 S. 2 BGB lediglich dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB.

Nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB hat der Vermieter die Mietsache dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. § 10 des Mietvertrags wälzt die Pflicht zur Durchführung bestimmter Erhaltungsmaßnahmen – konkret: der Schönheitsreparaturen – auf den Mieter über. Insoweit liegt eine Abweichung von der gesetzlichen Regelung des § 535 Abs. 1 S. 2 BGB vor.

Die Klausel des § 10 ist damit nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB kontrollfähig.

#### b) Inhaltskontrolle

Fraglich ist, ob die Klausel des § 10 der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 bis 309 BGB standhält.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Klausel von keinem der speziellen Klauselverbote der §§ 308 und 309 BGB erfasst wird. In Betracht kommt lediglich eine Unwirksamkeit aufgrund unangemessener Benachteiligung des Mieters im Rahmen der Generalklausel des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB.

Zur Begründung einer solchen unangemessenen Benachteiligung des Mieters sind unterschiedlichen Anknüpfungspunkte denkbar.

*Anmerkung:* An dieser Stelle müssen nicht alle nachfolgend dargestellten Anknüpfungspunkte angesprochen werden. Ausreichend ist, einen Aspekt herauszuarbeiten, bei dem die Klausel eine Abweichung vom Leitbild des dispositiven Gesetzesrechts bewirkt und insoweit dem Mieter unangemessene Nachteile zufügt.

---

<sup>6</sup> BGH NJW 2009, 2590 (2590 Rn. 10).

### aa) Grundsätzliche Pflicht des Mieters zur Vornahme von Schönheitsreparaturen

Zunächst könnte erwogen werden, ob die Abwälzung der Pflicht zur Vornahme von Schönheitsreparaturen als solche eine unangemessene Benachteiligung des Mieters bewirkt. Nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB ist nämlich die Pflicht zur Erhaltung der Mietsache eine Pflicht des Vermieters, die noch dazu zu seinen vertraglichen Hauptleistungspflichten gehört. Die Abwälzung dieser Pflicht auf den Mieter könnte folglich eine besonders massive Abweichung vom gesetzlichen Leitbild der §§ 535 ff. BGB darstellen und damit nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB als unwirksam anzusehen sein.

Jedoch stellt die Abwälzung der Pflicht zur Vornahme von Schönheitsreparaturen auf den Mieter nach der h.M. im Grundsatz keine unangemessene Benachteiligung des Mieters dar.<sup>7</sup> Es wird argumentiert, dass die Abwälzung dieser Pflichten auf den Mieter in aller Regel bei der Kalkulation der Miete berücksichtigt und damit wirtschaftlich kompensiert wird.<sup>8</sup> Der Mieter, der Renovierungspflichten zu tragen habe, profitiere folglich typischerweise von einer niedrigeren Miete.<sup>9</sup> Die Erbringung der Reparaturleistungen durch den Mieter stelle somit aus wirtschaftlicher Sicht ein Teil des Entgelts für die Gebrauchsüberlassung der Mietwohnung dar.<sup>10</sup>

Somit hält die Übertragung der Pflicht zur Vornahme der Schönheitsreparaturen auf den Mieter im Grundsatz der Inhaltskontrolle stand.

### bb) Unangemessenheit der Schönheitsreparaturpflicht des Mieters bei Überlassung ursprünglich unrenovierter Räume

Jedoch könnte sich die Unangemessenheit des § 10 hier aus der konkreten Ausgestaltung der Klausel ergeben, insbesondere daraus, dass der Mieter bei Rückgabe der Mietsache an den Vermieter zu einer umfassenden Renovierung verpflichtet ist, obgleich er selbst das Haus in nicht renoviertem Zustand erhalten hat.

Dadurch werden dem Mieter im Hinblick auf die Erhaltung der Mietsache weitergehende Pflichten auferlegt als dem Vermieter, obgleich letzterer nach der gesetzlichen Regelung die Erhaltungslast tragen muss. Das stört das Gleichgewicht der vertraglichen Pflichten jedenfalls dann auf empfindliche Weise, wenn dem Mieter für die Übernahme der Renovierungslast kein angemessener Ausgleich gewährt wird.<sup>11</sup>

Die Wohnräume wurden M in unrenoviertem Zustand überlassen. Anhaltspunkte dafür, dass M für die Übertragung der Schönheitsreparaturen ein Ausgleich gewährt würde, bestehen nicht. Folglich ist die Klausel als unangemessene Benachteiligung der Mieterin anzusehen und mithin nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

### cc) Unangemessenheit bei „starrer“ Renovierungspflicht

Ein weiterer Ansatzpunkt für die Begründung der Unangemessenheit des § 10 könnte sich daraus ergeben, dass die Klausel eine sog. „starre“ Renovierungspflicht anordnet. Der Mieter wird bei Beendigung des Mietverhältnisses zur Vornahme der Schönheitsreparaturen ohne Rücksicht darauf verpflichtet, ob er die Mietsache tatsächlich abgenutzt hat. Selbst wenn das Mietverhältnis nur wenige

<sup>7</sup> St. Rspr. seit BGHZ 92, 363 (367 f.) = NJW 1985, 480 (481); BGHZ 101, 253 (261) = NJW 1987, 2575; BGHZ 105, 71 (79) = NJW 1988, 2790; BGH NJW 1998, 3114 (3115); BGH NJW 2008 3772; BGH NJW 2014, 1444 (1445 Rn. 19).

<sup>8</sup> BGH NJW 1985, 480 (481).

<sup>9</sup> BGHZ 105, 71 (79) = NJW 1988, 2790 (2792).

<sup>10</sup> Sog. Entgelttheorie, BGH NJW 1985, 480 (481).

<sup>11</sup> BGH NZM 2015, 374 (377 Rn. 35); *Wurmnest*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 307 Rn. 134.



Tage dauern würde, wäre der Mieter nach dem Wortlaut der Klausel zur umfassenden Renovierung des Hauses verpflichtet. Nach der h.M. verstoßen solche „starren“, die tatsächliche Abnutzung der Mietsache nicht berücksichtigenden Renovierungsklauseln bei Wohnraummietverträgen gegen § 307 Abs. 1 BGB.<sup>12</sup>

Auch aus diesem Grund ist § 10 des Mietvertrags folglich unwirksam.

### c) Zwischenergebnis

Somit ist festzuhalten, dass das von E bei Vertragsschluss verwendete Vertragsformular eine Klausel enthielt, die M i.S.v. § 307 Abs. 1 BGB unangemessen benachteiligte und damit unwirksam war. Ein solches Verhalten verletzt die nach §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB dem Verhandlungspartner gegenüber geschuldete Pflicht zur Rücksichtnahme.

Eine objektive Pflichtverletzung liegt somit vor.

### 4. Vertretenmüssen

Zu prüfen ist, ob E die Pflichtverletzung auch zu vertreten hat.

Nach § 276 Abs. 1 S. 1 BGB hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt, vgl. § 276 Abs. 2 BGB. Gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB wird das Verschulden vermutet. Fraglich ist, ob E sich exkulpieren kann.

Positive Kenntnis von der Unzulässigkeit der Vertragsklausel des § 10 hatte E bei Vertragsschluss nicht, so dass ein vorsätzliches Verhalten ausscheidet.

Jedoch könnte sich E in einem fahrlässigen Rechtsirrtum über die Wirksamkeit der Klausel befunden haben. E hatte im Vorfeld des Vertragsschlusses aufgrund der Medienberichterstattung selbst Zweifel an der Zulässigkeit der Schönheitsreparaturklausel. Dennoch setzte er sich über seine rechtlichen Bedenken hinweg und legte das Formular dem Vertragsschluss zugrunde. In einem solchen Fall ist von einem sorgfältigen Vertragspartner zu erwarten, dass er professionellen Rechtsrat einholt, um Klarheit über die Zulässigkeit der fraglichen Klausel zu erhalten.<sup>13</sup> Da E der Sache nicht weiter nachgegangen ist, trifft ihn der Vorwurf eines fahrlässigen Rechtsirrtums.

*Anmerkung:* Der erforderliche Sorgfaltsmaßstab zur Vermeidung unwirksamer AGB-Klauseln ist bislang nicht abschließend definiert,<sup>14</sup> weswegen eine andere Ansicht mit entsprechender Argumentation vertretbar ist.

### 5. Ersatzfähiger Schaden

E schuldet M Schadensersatz nach Maßgabe der §§ 249 ff. BGB.

E hat M so zu stellen, wie sie stünde, wenn er, also E, die schuldhaftige Pflichtverletzung nicht begangen hätte, vgl. § 249 Abs. 1 BGB.

<sup>12</sup> BGH NJW 2007, 3776 (3777); BGH NJW 2003, 2234 (2235); BGH NJW 1998, 3114 (3115); KG GE 2005, 301 = BeckRS 2005, 1514 Rn. 12; OLG Hamburg NJW-RR 1992, 10 (11); *Lehmann-Richter*, in: Schmidt-Futterer, Kommentar zum Mietrecht, 16. Aufl. 2024, § 535 Rn. 1061; *Langenberg/Zehelein*, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 6. Aufl. 2021, Rn. 279.

<sup>13</sup> BGH NJW 1994, 2754 (2755).

<sup>14</sup> *Schmidt*, WuM 2010, 191 (194 f.); vgl. auch BGH NJW 2009, 2590 (2590 f. Rn. 11 f.).

Hätte E die unzulässige Klausel dem Vertrag mit M nicht zugrunde gelegt, hätte diese das Haus nicht vor der Rückgabe renovieren lassen, so dass ihr keine Kosten i.H.v. 3.000 € entstanden wären.

E schuldet im Rahmen des Schadensersatzes nach § 249 Abs. 1 BGB die Zahlung von 3.000 € an M.

## 6. Ergebnis

M hat gegen E einen Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB i.H.v. 3.000 €.

### II. Aus §§ 539 Abs. 1, 677, 683 S. 1, 670 BGB

In Betracht kommt ferner ein Anspruch der M gegen E auf Aufwendungsersatz für die Vornahme der Schönheitsreparaturen aus §§ 539 Abs. 1, 677, 683 S. 1, 670 BGB.

#### 1. Kein Aufwendungsersatz nach § 536a Abs. 2 BGB

Der Anspruch aus § 539 Abs. 1 BGB ist nach seinem Wortlaut gegenüber dem Aufwendungsersatzanspruch aus § 536a Abs. 2 BGB nachrangig. Es besteht kein Anspruch der M aus § 536a Abs. 2 BGB, da das Haus nicht mangelhaft i.S.v. § 536 BGB war und die Durchführung der Renovierungsarbeiten vor der Rückgabe keine Selbstvornahme einer Mängelbeseitigung darstellt.

#### 2. Rechtsgrundverweisung auf das Recht der GoA

Bei der Vorschrift des § 539 Abs. 1 BGB handelt es sich um eine Rechtsgrundverweisung in das Recht der GoA,<sup>15</sup> so dass für den Aufwendungsersatz die Voraussetzungen des § 683 S. 1 BGB erfüllt sein müssen.

*Anmerkung:* Da es sich bei § 539 Abs. 1 BGB um eine Rechtsgrundverweisung handelt, ist es unschädlich, unmittelbar auf die Vorschriften der GoA zurückgreifen, ohne die Verweisungsnorm des § 539 Abs. 1 BGB zu berücksichtigen.

#### a) Anwendbarkeit der GoA-Regeln bei (teil-)unwirksamen Verträgen

Nach der herrschenden Lehre sind die Vorschriften der §§ 677 ff. BGB nicht im Rahmen (teil-)nichtig oder fehlgeschlagener Verträge anzuwenden.<sup>16</sup> Hier sollen die §§ 812 ff. BGB vorrangig sein.<sup>17</sup> Eine Anwendung der GoA-Regeln, so wird argumentiert, könnte die Kondiktionsausschlussstatbestände (z.B. § 814 BGB) sowie den Entreichungseinwand nach § 818 Abs. 3 BGB aushöhlen.<sup>18</sup> M macht Ersatzansprüche für Aufwendungen geltend, die sie aufgrund eines teilmichtigen Vertrags (die Schönheitsreparaturklausel war nach § 307 Abs. 1 BGB nichtig, siehe oben) getätigt hat. Nach der herrschenden Lehre würden die §§ 677 ff. BGB durch die §§ 812 ff. BGB verdrängt. Demgegenüber bejaht die Recht-

<sup>15</sup> BGH NJW 2009, 2590 (2591 Rn. 16).

<sup>16</sup> Auer, in: Herresthal/Magnus/Stoffels, Eckpfeiler des Zivilrechts, 9. Aufl. 2024, S120; Canaris, NJW 1985, 2404 (2405); Jansen, AcP 216 (2016), 112 (173); Lorenz, JuS 2016, 12 (13); Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 29. Aufl. 2023, Rn. 412; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, Teilbd. 2, 2. Aufl. 2016, S. 545 ff.; Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 677 Rn. 117; Thole, NJW 2010, 1243 (1246 f.).

<sup>17</sup> Lorenz, NJW 1996, 883 (884 f.); Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 677 Rn. 87.

<sup>18</sup> Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 677 Rn. 117.

sprechung prinzipiell die Anwendbarkeit der §§ 677 ff. BGB auch bei nichtigen oder fehlgeschlagenen Verträgen.<sup>19</sup>

*Anmerkung:* Beide Lösungsansätze sind mit entsprechender Argumentation vertretbar. Folgt man der herrschenden Lehre, ist die Prüfung der Geschäftsführung ohne Auftrag an dieser Stelle zu beenden.

#### b) Geschäftsbesorgung

M muss ein Geschäft i.S.v. § 677 BGB besorgt haben. Hierunter ist jedes positive Tun zu verstehen, gleichgültig, ob es sich um einen Realakt oder um ein rechtsgeschäftliches Handeln handelt.<sup>20</sup>

M hat das Haus vor der Rückgabe renovieren lassen. Eine Geschäftsbesorgung liegt vor.

#### c) Für einen anderen

M muss das Geschäft für einen anderen besorgt haben. Erforderlich ist hierzu ein Fremdgeschäftsführungsbewusstsein sowie ein Fremdgeschäftsführungswille.

Fremdgeschäftsführungsbewusstsein liegt vor, wenn der Geschäftsführer Kenntnis von der Fremdheit des Geschäfts hat.<sup>21</sup> Fremdgeschäftsführungswille im engeren Sinne liegt vor, wenn der Geschäftsführer das Geschäft als fremdes führen will.<sup>22</sup> Dies setzt voraus, dass er die Folgen der Geschäftsbesorgung dem Geschäftsherrn zugutekommen lassen möchte.<sup>23</sup>

Hier ist jedenfalls der Fremdgeschäftsführungswille zweifelhaft. Als M die Schönheitsreparaturen durchführen ließ, wollte sie eine vermeintliche eigene Verpflichtung aus dem Mietvertrag erfüllen. Sie wollte folglich in eigenen Angelegenheiten tätig werden, so dass ein Fremdgeschäftsführungswille (und im Übrigen auch ein Fremdgeschäftsführungsbewusstsein) fehlen.

*Anmerkung:* An dieser Stelle könnte man ferner die Entgelttheorie als weiteres Argument für das Fehlen des Fremdgeschäftsführungswillens ins Feld führen. Wie oben erwähnt, betrachtet die Rspr. die Erbringung von Reparatur- und Instandhaltungsmaßnahmen durch den Mieter als besondere Form der Entgeltzahlung an den Vermieter für die Überlassung der Mietsache. So wenig die Zahlung der (monetären) Miete an den Vermieter als Geschäftsbesorgung des Mieters „für einen anderen“ angesehen werden kann, so wenig gilt das auch für die Ausführung von Reparaturen an der Mietsache.<sup>24</sup>

#### d) Zwischenergebnis

Ein Anspruch aus §§ 670, 683 S. 1 BGB scheidet jedenfalls am fehlenden Fremdgeschäftsführungswillen der M.

<sup>19</sup> BGH NJW 1997, 47 (48); BGH NJW 1993, 3196 (3196).

<sup>20</sup> Bergmann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, Vor. § 677 Rn. 107.

<sup>21</sup> Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 677 Rn. 57.

<sup>22</sup> Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 677 Rn. 58.

<sup>23</sup> Gehrlein, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 677 Rn. 11.

<sup>24</sup> BGH NJW 2009, 2590 (2591 f. Rn. 20).

### 3. Ergebnis

M hat gegen E keinen Anspruch aus §§ 539 Abs. 1, 677, 683 S. 1, 670 BGB.

#### III. Aus §§ 994 ff. BGB

Ein Verwendungsersatzanspruch der M gegen E aus EBV nach den §§ 994 ff. BGB scheidet hier schon daran, dass zum Zeitpunkt der Durchführung der Schönheitsreparaturen keine Vindikationslage zwischen E und M bestand: M war nämlich aufgrund des – damals noch bestehenden – Mietvertrags berechnete Besitzerin der Wohnung.

*Anmerkung:* Der Anspruch aus EBV liegt hier eher fern, so dass es nicht negativ ins Gewicht fallen sollte, ihn nicht zu erörtern.

#### IV. Aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB

M könnte gegen E ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB zustehen.

##### 1. Etwas erlangt

E muss etwas erlangt haben. Das Erlangte kann jede Verbesserung der Vermögenssituation sein.<sup>25</sup> Hier ist der erlangte Vorteil in der Renovierung des Hauses zu sehen.

##### 2. Durch Leistung

E muss die Renovierung durch eine Leistung der M erlangt haben.

Eine Leistung ist eine bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.<sup>26</sup> M hat das Haus reparieren lassen, da sie ihre vermeintliche Verpflichtung aus § 10 des Mietvertrags gegenüber E erfüllen wollte. Die Erfüllung einer vermeintlichen Verbindlichkeit stellt einen gültigen Leistungszweck dar (solvendi causa).<sup>27</sup> Somit liegt eine Leistung der M zugunsten des E vor.

##### 3. Ohne rechtlichen Grund

Für die Leistung der M dürfte kein rechtlicher Grund bestehen. Die Leistung entbehrt einen rechtlichen Grund, wenn der verfolgte Leistungszweck verfehlt wurde.<sup>28</sup>

M wollte ihrer Verpflichtung gegenüber E zur Vornahme der Schönheitsreparaturen aus der Klausel des § 10 nachkommen. Aufgrund der Unwirksamkeit der Klausel bestand allerdings in Wirklichkeit keine Verpflichtung. Die bezweckte Erfüllungswirkung konnte somit nicht eintreten und die Leistung erfolgte mithin ohne rechtlichen Grund.

##### 4. Kein Kondiktionsausschluss

Anhaltspunkte für das Eingreifen eines Kondiktionsausschlusstatbestands gibt es hier nicht. Insbe-

<sup>25</sup> Stadler, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 19. Aufl. 2023, § 812 Rn. 8.

<sup>26</sup> BGHZ 40, 272 (277); 50, 227 (231 f.); 56, 228 (240); 72, 246 (248 f.).

<sup>27</sup> Lorenz/Cziupka, JuS 2012, 777 (778).

<sup>28</sup> Baur/Wolf, JuS 1966, 393 (394); Ehmann, JZ 2003, 702 (709); Schnauder, JZ 2002, 1080 (1082).

sondere greift nicht § 814 BGB ein, da M keine positive Kenntnis von der Unwirksamkeit der Renovierungsklausel hatte und damit nicht wusste, dass sie zur Erbringung der Renovierungsleistung nicht verpflichtet war.

## 5. Rechtsfolge

E schuldet die Herausgabe des erlangten Vorteils, vgl. § 812 Abs. 1 S. 1 BGB a.E.

Eine Herausgabe der erlangten Reparaturleistungen in Natur ist unmöglich und scheidet folglich aus. Es kommt lediglich ein Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB in Betracht. Dieser bemisst sich nach dem marktüblichen Wert der erlangten Reparaturleistungen. Laut Sachverhalt entsprach der von M gezahlte Werklohn für die Schönheitsreparaturen i.H.v. 3.000 € auch dem marktüblichen Wert einer solchen Dienstleistung.

E schuldet damit der M Wertersatz i.H.v. 3.000 €.

*Exkurs:* Führt der Mieter hingegen nicht geschuldete Schönheitsreparaturen in Eigenarbeit durch, kann er laut BGH nicht den üblichen Marktwert für die Renovierung beanspruchen, sondern lediglich die von ihm tatsächlich aufgewendeten Kosten.<sup>29</sup> Diese Grundsätze scheinen auf die Fälle beschränkt zu sein, in denen der Mieter die Reparaturleistungen nicht durch Fachhandwerker erbringen lässt, sondern sie selbst in Eigenregie erbringt oder sie durch Bekannte bzw. Verwandte erledigen lässt.<sup>30</sup>

M hat die Arbeiten durch Handwerker ausführen lassen.

Anhaltspunkte für eine zwischenzeitlich eingetretene Entreicherung des E bestehen nicht, so dass auch nicht die Frage erörtert zu werden braucht, ob sich E als pflichtwidrig handelnder Klauselverwender überhaupt auf den Entreicherungseinwand des § 818 Abs. 3 BGB berufen darf.

## 6. Ergebnis

M hat gegen E einen Anspruch auf Zahlung i.H.v. 3.000 € aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, 818 Abs. 2 BGB.

## V. Gesamtergebnis Frage 1

M hat gegen E einen Anspruch auf Zahlung i.H.v. 3.000 € aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB sowie aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, 818 Abs. 2 BGB.

*Anmerkung:* Es sollte bereits als ausreichende Leistung bewertet werden, wenn die Bearbeiter:innen eine ordentliche Inhaltskontrolle der Schönheitsreparaturklausel durchführen und auf Grundlage der Unwirksamkeit der Klausel zum Ergebnis gelangen, dass M einen Bereicherungsanspruch für die geleistete Renovierung gegen E geltend machen kann. Die Auseinandersetzung mit weiteren Anspruchsgrundlagen sollte die Bearbeiter:innen in höhere Punktereignen heben.

<sup>29</sup> BGH NJW 2009, 2590 (2592 Rn. 24).

<sup>30</sup> BGH NJW 2009, 2590 (2592 Rn. 24); kritisch zu den Grundsätzen des BGH in diesen Fällen Lorenz, NJW 2009, 2576 (2577).

## Lösungsvorschlag Teil 2

### I. Anspruch aus §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1 BGB

E könnte gegen K einen Anspruch auf Herausgabe der Mieteinnahmen aus §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1 BGB haben. Bei den Mieteinnahmen handelt es sich um Nutzungen i.S.v. § 100 BGB, die K aus dem Haus gezogen hat.

#### 1. Vindikationslage zur Zeit der Nutzungsziehung

Zunächst müsste zur Zeit der Nutzungsziehung eine Vindikationslage zwischen E und K bestanden haben. Erforderlich ist, dass E Eigentümer des Hauses war und K nicht zum Besitz berechtigte Besitzerin.

##### a) Eigentümerstellung des E

Zunächst ist zu prüfen, ob E Eigentümer des Hauses war.

###### aa) Ursprüngliche Stellung als Eigentümer

Laut Sachverhalt war E ursprünglich der Eigentümer des Hauses.

###### bb) Eigentumsübertragung auf K?

Allerdings könnte E im Herbst 2023 das Eigentum am Haus auf K übertragen haben.

Die Übereignung von Grundstücken richtet sich nach § 873 Abs. 1 BGB. Erforderlich ist dafür zunächst eine Auflassung des Grundstücks nach § 925 Abs. 1 S. 1 BGB, also die dingliche Einigung zwischen den Parteien, dass das Eigentum am Grundstück vom Veräußerer auf den Erwerber übergehen soll.

Zwar haben E und K am 1.9.2023 vor dem Notar die Auflassung des Grundstücks erklärt. Allerdings war E zu dieser Zeit gem. § 104 Nr. 2 BGB geschäftsunfähig, so dass die Auflassung gem. § 105 Abs. 1 BGB nichtig war. In Ermangelung einer wirksamen Auflassung des Grundstücks hat E das Eigentum daran nicht an K verloren.

*Anmerkung:* Laut Sachverhalt war E aufgrund seiner kognitiven Einschränkungen geschäftsunfähig, so dass hier die Unwirksamkeit der Auflassung aus § 105 Abs. 1 BGB i.V.m. § 104 Nr. 2 BGB folgt. Ebenso gut vertretbar ist es, die Nichtigkeitsfolge der Vorschrift des § 105 Abs. 2 BGB zu entnehmen, mit der Begründung, dass die Störung der Geistestätigkeit des E nur eine vorübergehende war. Beide Ansätze führen zum gleichen Ergebnis.

E ist damit weiterhin Eigentümer des Hauses.

##### b) K als Besitzerin des Hauses

K war zu der Zeit, als sie das Haus über AirBnB vermietete und damit Nutzungen daraus zieht, mittelbare Besitzerin des Hauses i.S.v. § 868 BGB.

### c) Ohne Recht zum Besitz

Schließlich konnte K in dem zu beurteilenden Zeitraum kein Recht zum Besitz des Hauses gem. § 986 Abs. 1 S. 1 BGB vorweisen. Insbesondere gewährte ihr der mit E geschlossene Kaufvertrag über das Grundstück kein solches Besitzrecht, da auch der am 1.9.2023 geschlossene Kaufvertrag mit E wegen dessen Geschäftsunfähigkeit nach § 105 Abs. 1 BGB i.V.m. § 104 Nr. 2 BGB nichtig war.

### d) Zwischenergebnis

Somit liegt eine Vindikationslage vor.

## 2. Bösgläubigkeit der K

Die Pflicht zur Herausgabe der Nutzungen nach §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass der unberechtigte Besitzer zur Zeit der Ziehung der Nutzungen auf Herausgabe der Sache verklagt oder – alternativ – hinsichtlich seines fehlenden Besitzrechts bösgläubig war.

K war zur Zeit der Vermietung nicht auf Herausgabe des Hauses verklagt. Auch war sie in Bezug auf das fehlende Recht zum Besitz nicht bösgläubig, da sie erst am 15.2.2024 von der Geschäftsunfähigkeit und damit von der Nichtigkeit der Grundstücksübereignung erfuhr. Eine mögliche grob fahrlässige Unkenntnis vom Fehlen des Besitzrechts scheidet ebenfalls aus, da die geistige Beeinträchtigung des E bei Vertragsschluss nicht erkennbar war und sich K folglich keinerlei Anhaltspunkte dafür boten, dass die Übereignung möglicherweise unwirksam war.

## 3. Ergebnis

Ein Anspruch auf Nutzungsherausgabe aus §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1 BGB scheidet damit aus.

## II. Anspruch aus § 988 BGB analog

In Betracht kommt allerdings ein Herausgabeanspruch aus § 988 BGB. Die Vorschrift regelt zwar nur die Pflicht des unentgeltlichen unberechtigten Besitzers zur Herausgabe von Nutzungen. K wurde das Haus von E aber nicht unentgeltlich zugewendet, sondern im Rahmen eines Kaufvertrags, bei dem sich K zur Zahlung eines Kaufpreises verpflichtet hatte.

Jedoch könnte § 988 BGB entsprechend auf den unberechtigten Besitzer anzuwenden sein, der die Sache rechtsgrundlos erlangt hat, nämlich im Rahmen eines unwirksamen Verpflichtungsgeschäfts. Für die Analogie könnte sprechen, dass der Besitzer in diesem Fall die Sache – ähnlich dem unentgeltlichen Besitzer – erlangt, ohne zu einer Gegenleistung verpflichtet zu sein.<sup>31</sup>

So verhält es sich auch hier. Da der mit E geschlossene Kaufvertrag über das Haus nach § 105 Abs. 1 BGB i.V.m. § 104 Nr. 2 BGB unwirksam war, schuldete K dem E keinen Kaufpreis für das Haus.

Gegen die Analogie spricht indessen, dass der unentgeltliche und der rechtsgrundlose Besitzer in unterschiedlicher Weise schutzbedürftig sind.<sup>32</sup> Auch wenn der rechtsgrundlose Besitzer nicht zu einer Gegenleistung verpflichtet ist, wird er sie häufig – in Unkenntnis der Rechtslage – trotzdem leisten oder entsprechende Vermögensdispositionen treffen, um sie erbringen zu können; so auch im vor-

---

<sup>31</sup> BGH NJW 1995, 2627 (2628); BGH NJW 1983, 164 (165); BGHZ 32, 76 (95) = NJW 1960, 1105; RGZ 163, 348 (355 ff.).

<sup>32</sup> Thole, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2023, Vor. zu §§ 987–993 Rn. 129.

liegenden Fall. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht sachgerecht, ihn der strengeren Nutzungs-herausgabepflicht zu unterwerfen, die für den unentgeltlichen Besitzer gilt.<sup>33</sup>

Ein Anspruch aus § 988 BGB in analoger Anwendung scheidet somit aus.

*Anmerkung:* Die Gegenansicht ist mit entsprechender Argumentation vertretbar.

### III. Anspruch aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, 818 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen könnte sich aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, 818 Abs. 1 BGB ergeben.

#### 1. Anwendbarkeit

Zunächst ist die Frage zu stellen, ob bei Vorliegen eines Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses eine Pflicht des Besitzers auf Nutzungsherausgabe auf bereicherungsrechtlicher Grundlage in Betracht kommt oder ob die Vorschriften der §§ 987 ff. BGB insoweit eine abschließende Regelung darstellen. Für letztere Annahme könnte die Bestimmung des § 993 Abs. 1 BGB a.E. sprechen.

Allerdings ist eine Anwendung jedenfalls der Leistungskondition auch bei Vorliegen eines EBV zuzulassen<sup>34</sup>, da die Leistungskondition einen speziellen Ausgleichsmechanismus für die Rückabwicklung unwirksamer Verträge darstellt.<sup>35</sup> Hat der unberechtigte Besitzer also die Sache im Rahmen der Durchführung eines unwirksamen Vertrags erlangt, ist die auf Nutzungsherausgabe gerichtete Leistungskondition neben den §§ 987 ff. BGB anwendbar.<sup>36</sup>

Für die Anwendbarkeit der Leistungskondition spricht auch folgende Überlegung: Wäre allein das Verpflichtungsgeschäft – der Kaufvertrag über das Grundstück – unwirksam und nicht zugleich auch das Verfügungsgeschäft – die Übereignung des Hauses –, kämen die Regelungen des EBV in Ermangelung einer Vindikationslage nicht zur Anwendung.<sup>37</sup> K als Eigentümerin des Grundstücks würde in diesem Fall die Rückübereignung des Grundstücks nach § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB schulden. Gem. § 818 Abs. 1 BGB hätte sie zudem die aus dem Bereicherungsgegenstand gezogenen Nutzungen – hier: die Mieteinnahmen – an E herauszugeben.<sup>38</sup> Es erscheint nun wertungswidersprüchlich, wenn bei Doppelnichtigkeit des Verpflichtungs- und des Verfügungsgeschäfts – wie im vorliegenden Fall – der Erwerber des Hauses nicht zur Herausgabe der Nutzungen verpflichtet wäre.<sup>39</sup> Der Erwerber, der kein Eigentum an der Sache erlangt, steht nämlich der Sache nicht so nah wie der Erwerber, der das Eigentum erlangt und nur aufgrund der Nichtigkeit des Kausalgeschäfts die Herausgabe der Sache schuldet.<sup>40</sup> Wenn letzterer die aus der Sache gezogenen Nutzungen schuldet, dann sollte das erst recht für den Erwerber gelten, der infolge der Doppelnichtigkeit von Kausal- und Erfüllungsgeschäft kein Eigentum an der Sache erlangt.

<sup>33</sup> Ausf. zur Thematik *Thole*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2023, Vor. zu §§ 987–993 Rn. 121 ff.

<sup>34</sup> *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, Halbbd. 2, 13. Aufl. 1994, S. 338 ff.; *Reuter/Martinek*, Unge-rechtfertigte Bereicherung, Teilbd. 2, 2. Aufl. 2016, S. 483 ff.

<sup>35</sup> *Auer*, in: Herresthal/Magnus/Stoffels, Eckpfeiler des Zivilrechts, 9. Aufl. 2024, S23.

<sup>36</sup> *Becker/Haarer*, Jura 2020, 2538 unter IV. 2.

<sup>37</sup> Vgl. *Auer*, in: Herresthal/Magnus/Stoffels, Eckpfeiler des Zivilrechts, 9. Aufl. 2024, S94.

<sup>38</sup> Vgl. *Auer*, in: Herresthal/Magnus/Stoffels, Eckpfeiler des Zivilrechts, 9. Aufl. 2024, S94.

<sup>39</sup> *Auer*, in: Herresthal/Magnus/Stoffels, Eckpfeiler des Zivilrechts, 9. Aufl. 2024, S93 f.

<sup>40</sup> *Thole*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2023, Vor. zu §§ 987–993 Rn. 123.



Im vorliegenden Fall hat K das Haus im Rahmen des unwirksamen Kaufvertrags mit M erlangt, so dass die Leistungskondition anwendbar bleibt.

*Anmerkung:* Eine andere Ansicht ist mit entsprechender Begründung vertretbar.

## 2. Etwas erlangt

K hat wegen der Nichtigkeit des Übereignungsgeschäfts allein den Besitz am Haus erlangt.

## 3. Durch Leistung

K hat den Besitz am Haus durch eine Leistung des E erlangt.

## 4. Ohne rechtlichen Grund

Die Leistung entbehrte wegen der Unwirksamkeit des Kaufvertrags (siehe oben) auch eines rechtlichen Grundes.

## 5. Rechtsfolge

K ist somit dem M zur Rückgabe des Besitzes am Haus verpflichtet. Darüber hinaus schuldet sie nach § 818 Abs. 1 BGB auch die Herausgabe der aus dem Bereicherungsgegenstand gezogenen Nutzungen – hier die Mieteinnahmen i.H.v. 2.500 €.

## 6. Ergebnis

E hat gegen K einen Anspruch auf Nutzungsherausgabe i.H.v. 2.500 € gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, 818 Abs. 1 BGB.

## IV. Gesamtergebnis Frage 2

E hat gegen K einen Anspruch auf Herausgabe der Mieteinnahmen i.H.v. 2.500 € gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, 818 Abs. 1 BGB.

*Anmerkung:* Bei der zweiten Frage handelt es sich um eine eher anspruchsvollere Aufgabe. Die Auseinandersetzung mit der Frage, ob eine analoge Anwendung des § 988 BGB denkbar ist oder die Leistungskondition entgegen § 993 Abs. 1 BGB a.E. zu gewähren ist, kann nur von weit überdurchschnittlich guten Studierenden erwartet werden. Es stellt auf jeden Fall bereits eine ausreichende Leistung dar, wenn die Vorschriften §§ 987, 990 BGB als Anspruchsgrundlage thematisiert und ordentlich geprüft werden.

## Zwischenprüfungsklausur Sachenrecht/Gesetzliche Schuldverhältnisse: Der kostbare Weltraumschatz

Prof. Dr. Thomas Hoeren, Dr. David Kästle-Lamparter, Wiss. Mitarbeiter Philip Mayer, Münster\*

*Die Klausur wurde im Sommersemester 2024 an der Universität Münster als Semesterabschlussklausur der Vorlesungen Sachenrecht und Gesetzliche Schuldverhältnisse gestellt. Dabei handelt es sich um eine Zwischenprüfungsklausur i.S.v. § 28 Abs. 2 S. 2 JAG NRW mit einer dreistündigen Bearbeitungszeit. Die Klausur ist in jeder Hinsicht anspruchsvoll: Zum einen handelt es sich bei den §§ 965 ff., 848 BGB um eher abgelegene Vorschriften des BGB, die äußerst selten abgeprüft werden. Zum anderen ist die Klausur aufgrund der unterschiedlichen Fallabwandlungen und Fallfragen auch in zeitlicher Hinsicht herausfordernd. Während die exotischen Schatzfundvorschriften mit dem juristischen Handwerkszeug zu bewältigen sind, ist eine gute Schwerpunktsetzung unerlässlich, um die Klausur innerhalb der Bearbeitungszeit zu bewerkstelligen.*

### Ausgangsfall

E lebt in Steinfurt und beschäftigt sich in seiner Freizeit mit Astronomie. Er verbringt seinen Feierabend mehrere Stunden damit, die Sterne zu beobachten und hofft, eines Tages ein Stück eines vom Himmel fallenden Meteoriten zu finden und in seine Gesteinssammlung aufnehmen zu können. Ende April erfährt E zufällig von einem auf die Erde zu rasenden Meteoriten, der in ein paar Tagen auch noch ganz in seiner Nähe im westfälischen Münsterland einschlagen soll. Vorfremdlich beginnt E, mit Hilfe einer von ihm entworfenen Berechnungsmethode, den Einschlagsort zu bestimmen. Sein Vorgehen ermöglicht E, den Einschlagsort auf 500 m<sup>2</sup> einzugrenzen. Seinen Berechnungen zufolge landet der Meteorit am 28. April auf einem frei zugänglichen Grundstück im Münsteraner Stadtteil Roxel.

Am Tag des erwarteten Einschlags begibt sich E auf den Weg nach Münster und findet nach mehrstündiger Suche ein drei Kilogramm schweres Stück des Meteoriten, das nach dem Aufprall auf dem frei zugänglichen Grundstück der B gelandet ist. Neben E haben sich auch zahlreiche Forscher auf den Weg begeben, um das extraterrestrische Gestein zu untersuchen. Das Grundstück der B wird seit Anfang April bebaut, weshalb das Meteoritenstück inmitten des Bauschutts nur schwer zu erkennen war. Optisch unterscheidet sich das Meteoritenstück vom Bauschutt nur durch seine besondere Farbe. Für Laien war das Meteoritenstück nicht als solches zu identifizieren. E kann sein Glück über seinen neuen Schatz kaum glauben und verpackt den drei Kilogramm schweren Stein sorgfältig in seinem Koffer, bevor er sich auf den Rückweg nach Steinfurt begibt. E schätzt den Wert des Gesteins richtigerweise auf 150.000,00 EUR.

B erfuhr am 15. Mai in der Zeitung von dem Aufprall des Meteoriten auf ihrem Grundstück und dem spektakulären Fund des E. Sie wendet sich unmittelbar an E und verlangt Herausgabe des Meteoriten-

---

\* Der Autor *Hoeren* ist Professor und Direktor des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (Zivilrechtliche Abteilung) an der Universität Münster. Der Autor *Kästle-Lamparter* war im Sommersemester 2024 Lehrstuhlvertreter an der Universität Münster und ist verantwortlich für die Fallfortsetzung und deren Lösung. Der Autor *Mayer* ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand am Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (Zivilrechtliche Abteilung) an der Universität Münster.

stücks. B meint, was sich auf ihrem Grundstück befinde, gehöre auch ihr. E weigert sich und meint, B gehöre gar nichts. Schließlich sei er (E) derjenige, der aufwändig den Einschlagsort des Meteoriten berechnet und das Gestein nach stundenlanger Suche auffindig gemacht hat. Spöttisch ergänzt E: „Wer etwas findet und an sich nimmt, darf's behalten“. B ist davon unbeeindruckt und entgegnet, dass ihr als Opfer des Meteoriteneinschlags schließlich auch die damit verbundenen Vorteile, zumindest hälftig, zustünden. Es handele sich schließlich um ein sehr kostbares Gestein. B verlangt weiterhin die Herausgabe des Meteoritenstücks von E.

### Frage 1

Kann B von E die Herausgabe des Meteoritenstücks verlangen?

### Fallfortsetzung

Wenige Tage nach dem Zeitungsartikel wird E Opfer seines eigenen Ruhms: In seiner Steinfurter Wohnung wird eingebrochen und das Meteoritenstück gestohlen. E ist am Boden zerstört. Nachdem die Presse am 30. Mai über den tragischen Verlust berichtet, meldet sich plötzlich X bei ihm und berichtet wahrheitsgemäß: Die Sache tue ihm schrecklich leid. Jemand habe ihm das Meteoritenstück für 10.000 EUR veräußert und sich dabei als E ausgegeben; das habe er geglaubt. Erst jetzt habe er aus der Zeitung erfahren, dass das Gestein gestohlen wurde und dass es viel mehr wert sei. Die wahre Identität des Verkäufers kenne er natürlich nicht. Auch habe er das Meteoritenstück nicht mehr; er habe es schon am 25. Mai für 20.000 EUR an Y veräußert. Wo es sich jetzt befinde, wisse er nicht. Er könne E auch leider nichts mehr von dem Geld geben. Von den 10.000 EUR, die er ja überhaupt nur als Gewinn erzielt habe, habe er sich einen lang ersehnten Wunsch erfüllt und zwei VIP-Tickets „Platinum“ für das bald bevorstehende EM-Finale in Berlin gekauft (Kaufpreis 10.000 EUR, was dem Wert entspricht). E fragt sich, ob er – wenn das Meteoritenstück schon unauffindbar ist – dann wenigstens Geldersatz verlangen kann.

### Frage 2

Kann E von X Geldersatz für das Meteoritenstück verlangen? Deliktsrechtliche Ansprüche sind insoweit nicht zu prüfen. Das EM-Finale hat noch nicht stattgefunden.

### Abwandlung

Durch den Aufprall des Meteoriten auf dem Grundstück der B wurde ein sich dort befindender Betonmischer vollständig zerstört. Der Betonmischer stand im Eigentum der Nachbarin N und wurde kürzlich von B rechtswidrig und schuldhaft entwendet. N ist außer sich, als sie von dem Diebstahl ihres Betonmischers und der Zerstörung durch den Meteoriteneinschlag erfährt. N verlangt sofort Schadensersatz von B. B meint, sie könne doch nichts für den zufälligen Meteoriteneinschlag.

### Frage 3

Welche Ansprüche hat N gegen B wegen des zerstörten Betonmischers? Ansprüche aus §§ 812 ff. BGB sind insoweit nicht zu prüfen.

**Bearbeitungsvermerk**

Es ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. hilfsgutachtlich – einzugehen.  
Auf § 18 Denkmalschutzgesetz NRW ist nicht einzugehen.

**Lösungsvorschlag**

<b>Ausgangsfall .....</b>	<b>1185</b>
<b>Frage 1.....</b>	<b>1185</b>
<b>I. Anspruch der B gegen E auf Herausgabe des Meteoritenstücks gem. § 861 Abs. 1 BGB .....</b>	<b>1185</b>
<b>II. Anspruch der B gegen E auf Herausgabe des Meteoritenstücks gem. § 985 BGB .....</b>	<b>1185</b>
1. E = Besitzer, § 854 Abs. 1 BGB .....	1185
2. B = Eigentümerin des Meteoritenstücks .....	1185
a) Ursprüngliche Eigentumslage .....	1185
b) Eigentumserwerb der B durch Aufschlag des Meteoriten auf ihrem Grundstück.....	1185
aa) Überfall, § 911 S. 1 BGB .....	1185
bb) Inbesitznahme, § 958 Abs. 1 BGB .....	1185
(1) Eigenbesitz der B, §§ 872, 854 Abs. 1 BGB .....	1185
(a) Objektive Sachherrschaft.....	1185
(b) Subjektiver Besitzwille .....	1185
(2) Zwischenergebnis .....	1186
cc) Verbindung mit Grundstück der B, § 946 BGB .....	1186
dd) Verbindung mit Bauschutt, § 947 Abs. 1 BGB .....	1186
ee) Vermischung, §§ 948 Abs. 1, 947 Abs. 1 BGB .....	1186
ff) Eigentum an getrennten Erzeugnissen und Bestandteilen, § 953 BGB .....	1186
gg) Zwischenergebnis .....	1186
c) Eigentumserwerb des E durch Inbesitznahme des Meteoritenstücks am 28. April .....	1186
aa) Eigentumserwerb durch Aneignung, § 958 Abs. 1 BGB.....	1186
(1) Bewegliche Sache .....	1186
(2) Herrenlos.....	1186
(3) Inbesitznahme.....	1187
(4) Kein gesetzliches Verbot oder Aneignungsrechte anderer .....	1187
(5) (P) Teleologische Reduktion des § 958 Abs. 1 BGB.....	1187
bb) Fund, § 973 Abs. 1 BGB .....	1187
(1) Meteorit = Verlorene Sache (Fund), § 965 Abs. 1 BGB .....	1187

(2) Zwischenergebnis .....	1188
cc) (Mit-)Eigentumserwerb gem. § 984 BGB (Schatzfund) .....	1188
(1) Meteoritenstück = Schatz, § 984 BGB .....	1188
(a) Bewegliche Sache .....	1188
(b) E = Entdecker .....	1188
(c) Verborgene Sache .....	1188
(d) Eigentümer nicht mehr zu ermitteln .....	1188
(2) (P) Analoge Anwendung des § 984 BGB auf Gegenstände, an denen archäologisches, historisches oder naturwissenschaftliches Interesse besteht.....	1188
(a) Planwidrige Regelungslücke.....	1188
(b) Vergleichbare Interessenlage .....	1189
dd) Zwischenergebnis.....	1189
d) Ergebnis .....	1189
<b>Fallfortsetzung: Frage 2 .....</b>	<b>1189</b>
<b>I. Anspruch des E gegen X aus § 1011 BGB i.V.m. §§ 989, 990 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz .....</b>	<b>1189</b>
1. (P) Anspruchsberechtigung.....	1190
2. Vindikationslage im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses: Weiterveräußerung an Y.....	1190
a) X = Besitzer, § 854 Abs. 1 BGB .....	1190
b) E = Eigentümer .....	1190
c) Kein Recht zum Besitz, § 986 Abs. 1 BGB.....	1190
3. Verklagter (§ 989 BGB) oder bösgläubiger Besitzer (§ 990 Abs. 1 S. 1 BGB) .....	1190
4. Ergebnis: Kein Anspruch.....	1191
<b>II. Anspruch des E gegen X aus § 1011 BGB (analog) i.V.m. §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 667 BGB .....</b>	<b>1191</b>
1. Fremdes Geschäft .....	1191
2. Kenntnis der Fremdheit und Eigengeschäftsführungswille .....	1191
3. Ergebnis: Kein Anspruch.....	1191
<b>III. Anspruch des E gegen X aus § 1011 BGB (analog) i.V.m. § 816 Abs. 1 BGB auf Herausgabe des Erlangten .....</b>	<b>1191</b>
1. Anspruchsberechtigung .....	1191
2. Verfügung eines Nichtberechtigten .....	1191
3. Wirksamkeit gegenüber dem Berechtigten.....	1192
4. Rechtsfolge: Herausgabe des Erlangten.....	1192

a) (P) Was ist das „Erlangte“?.....	1192
aa) H.M.: Das erlangte Entgelt.....	1192
bb) Andere Ansicht: Befreiung von einer Verbindlichkeit .....	1192
cc) Stellungnahme .....	1192
b) Entreicherung, § 818 Abs. 3 BGB .....	1193
aa) Abzug des Kaufpreises.....	1193
bb) Kauf der VIP-Tickets.....	1193
c) Zwischenergebnis .....	1193
5. Ergebnis.....	1193
<b>Abwandlung .....</b>	<b>1194</b>
<b>Frage 3.....</b>	<b>1194</b>
<b>I. Anspruch N gegen B auf Schadensersatz gem. §§ 989, 990 Abs. 1 BGB wegen des zerstörten Betonmischers .....</b>	<b>1194</b>
1. Vindikationslage im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses, § 985 BGB.....	1194
a) B = Besitzerin des Betonmischers, § 854 Abs. 1 BGB.....	1194
b) N = Eigentümerin des Betonmischers, § 903 S. 1 BGB .....	1194
c) Kein Recht zum Besitz der B, § 986 Abs. 1 BGB.....	1194
d) Zwischenergebnis.....	1194
2. B = Verklagter oder bösgläubiger Besitzer (§ 990 Abs. 1 S. 1 BGB) .....	1194
3. Untergang der Sache, § 989 BGB .....	1194
4. Verschulden §§ 989, 276 Abs. 1 BGB.....	1195
5. Ergebnis.....	1195
<b>II. Anspruch N gegen B aus § 992 BGB i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz wegen des zerstörten Betonmischers .....</b>	<b>1195</b>
1. Vindikationslage.....	1195
2. Besitzverschaffung durch verbotene Eigenmacht oder durch Straftat der B .....	1195
3. Voraussetzungen der Rechtsgrundverweisung in §§ 823 ff. BGB .....	1195
a) § 823 Abs. 1 BGB.....	1195
aa) Rechtsgutsverletzung.....	1195
(1) Substanzverletzung durch Zerstörung des Betonmischers .....	1195
(2) Besitzentziehung.....	1195
bb) Handlung der B .....	1196
cc) Kausalität.....	1196
(1) Äquivalenz.....	1196
(2) Adäquanz .....	1196

(a) Substanzverletzung .....	1196
(b) Besitzentziehung.....	1196
dd) Rechtswidrigkeit und Verschulden .....	1196
ee) Zwischenergebnis .....	1196
ff) Schaden (haftungsausfüllender Tatbestand) .....	1196
(1) Differenzhypothese.....	1196
(2) (P) Zerstörung des Betonmischers beruht auf dem zufälligen Meteoriteneinschlag – Haftung für Zufall, § 848 BGB.....	1197
(a) Zur Rückgabe der Sache verpflichtet.....	1197
(b) Zufälliger Untergang.....	1197
(c) Kein Untergang auch ohne Entziehung .....	1197
(d) Zwischenergebnis .....	1197
(3) Schaden .....	1197
4. Ergebnis.....	1197
<b>III. Anspruch der N gegen B auf Schadensersatz gem. §§ 990 Abs. 2, 280 Abs. 1 und 3, 283 BGB i.V.m. § 287 S. 2 BGB wegen des zerstörten Betonmischers .....</b>	<b>1198</b>
1. Vindikationslage.....	1198
2. B = Bösgläubiger Besitzer .....	1198
3. Verzug des bösgläubigen Besitzers mit der Herausgabe der Sache, § 286 Abs. 1 BGB .....	1198
4. Ausschluss der Leistungspflicht (§§ 275 Abs. 1 bis 3 BGB).....	1198
5. Vertretenmüssen .....	1198
a) Fälliger Herausgabeanspruch .....	1198
b) Mahnung oder ggf. Entbehrlichkeit der Mahnung, § 286 Abs. 1, 2 BGB .....	1198
c) Vertretenmüssen des Verzugs, § 286 Abs. 4 BGB .....	1199
d) Rechtsfolge .....	1199
6. Schaden und Ergebnis .....	1199
<b>IV. § 1007 Abs. 3 S. 2 BGB i.V.m. §§ 992, 823 Abs. 1 BGB .....</b>	<b>1199</b>
<b>V. Gesamtergebnis.....</b>	<b>1199</b>



## Ausgangsfall

### Frage 1

#### I. Anspruch der B gegen E auf Herausgabe des Meteoritenstücks gem. § 861 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch der B gegen E auf Herausgabe des Meteoritenstücks aus § 861 Abs. 1 BGB kommt nicht in Betracht, da B mangels Besitzbegründungswille schon kein Besitzer (arg. e § 867 BGB) ist.

#### II. Anspruch der B gegen E auf Herausgabe des Meteoritenstücks gem. § 985 BGB

B könnte gegen E einen Anspruch auf Herausgabe des Meteoritenstücks aus § 985 BGB haben. Dafür müsste E Besitzer des Meteoritenstücks und B Eigentümerin desselben sein. Darüber hinaus dürfte E gegenüber B kein Recht zum Besitz des Meteoritenstücks haben.

##### 1. E = Besitzer, § 854 Abs. 1 BGB

E ist unmittelbarer Eigenbesitzer des Meteoritenstücks i.S.v. § 854 Abs. 1 BGB.

##### 2. B = Eigentümerin des Meteoritenstücks

###### a) Ursprüngliche Eigentumslage

Der Meteorit flog ursprünglich im Weltraum umher und war somit herrenlos.

###### b) Eigentumserwerb der B durch Aufschlag des Meteoriten auf ihrem Grundstück

###### aa) Überfall, § 911 S. 1 BGB

Bei dem Meteoritenstück handelt es sich nicht um Früchte (§ 99 BGB), sodass ein Überfall nach § 911 S. 1 BGB ausscheidet.

###### bb) Inbesitznahme, § 958 Abs. 1 BGB

Allerdings könnte B gem. § 958 Abs. 1 BGB Eigentum an dem Meteoritenstück erworben haben.

###### (1) Eigenbesitz der B, §§ 872, 854 Abs. 1 BGB

Dazu müsste B das Meteoritenstück – eine herrenlose und bewegliche Sache – in Eigenbesitz genommen haben.

###### (a) Objektive Sachherrschaft

Die objektive Sachherrschaft der B liegt vor.

###### (b) Subjektiver Besitzwille

Mangels äußerlicher Manifestation hat B keinen subjektiven Besitzwillen. Der bloße nachträglich behauptete Besitzwille der B ist hier unbedeutsam.

(2) Zwischenergebnis

B hat kein Eigentum am Meteoritenstück durch Inbesitznahme gem. § 958 Abs. 1 BGB erworben.

cc) Verbindung mit Grundstück der B, § 946 BGB

Der Eigentumserwerb der B am Meteoritenstück durch die Verbindung mit dem Grundstück gem. § 946 BGB kommt nicht in Betracht, weil das Meteoritenstück ohne jede Kraftanstrengung vom Grundstück entfernt werden kann.

dd) Verbindung mit Bauschutt, § 947 Abs. 1 BGB

Der Eigentumserwerb der B gem. § 947 Abs. 1 BGB scheidet ebenfalls aus, da das Meteoritenstück zwar kaum erkennbar im Bauschutt liegt, beides aber nicht zu einer einheitlichen Sache zusammengefügt worden ist.

ee) Vermischung, §§ 948 Abs. 1, 947 Abs. 1 BGB

Das Meteoritenstück unterscheidet sich farblich vom Bauschutt, sodass keine Vermischung oder Vermengung gem. §§ 948 Abs. 1, 947 Abs. 1 BGB vorliegt.

ff) Eigentum an getrennten Erzeugnissen und Bestandteilen, § 953 BGB

Auch der Eigentumserwerb nach § 953 BGB scheidet aus.

gg) Zwischenergebnis

B hat kein Eigentum an dem Meteoritenstück durch den Aufschlag des Meteoriten auf ihrem Grundstück erworben.

**c) Eigentumserwerb des E durch Inbesitznahme des Meteoritenstücks am 28. April**

aa) Eigentumserwerb durch Aneignung, § 958 Abs. 1 BGB

In Betracht kommt der Eigentumserwerb des E am 28. April gem. § 958 Abs. 1 BGB, indem er das Meteoritenstück an sich genommen hat.

(1) Bewegliche Sache

Bei dem Meteoritenstück handelt es sich um eine bewegliche Sache.

(2) Herrenlos

Eine Sache ist herrenlos, wenn sie keinen Eigentümer hat.<sup>1</sup> Dabei kann es sich um von Anfang an herrenlose Sachen wie wilde Tiere oder um herrenlos gewordene Sachen, die derelinquiert wurden, handeln.<sup>2</sup> Das Meteoritenstück stand mit seinem Eintritt in die Erdatmosphäre bzw. bei seinem Aufprall in niemandes Eigentum. Das Gestein war somit (von Anfang an) herrenlos.

---

<sup>1</sup> *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 985 Rn. 3; *Kindl*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 958 Rn. 3; *Heinze*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, § 958 Rn. 2.

<sup>2</sup> *Schermaier*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2024, § 958 Rn. 6, 7, 8.

### (3) Inbesitznahme

E hat darüber hinaus den nach § 958 Abs. 1 BGB erforderlichen Eigenbesitz, also die tatsächliche Sachherrschaft (§ 854 Abs. 1 BGB) und Eigenbesitzwillen (§ 872 BGB) an dem Meteoritenstück begründet.

### (4) Kein gesetzliches Verbot oder Aneignungsrechte anderer

Der Aneignung durch E entgegenstehende gesetzliche Verbote oder Aneignungsrechte anderer i.S.d. § 958 Abs. 2 BGB sind nicht ersichtlich.

### (5) (P) Teleologische Reduktion des § 958 Abs. 1 BGB

§ 958 Abs. 1 BGB könnte in Anbetracht der hier im Vordergrund stehenden Entdeckung durch E teleologisch zu reduzieren sein. Eine Norm wird teleologisch reduziert und bleibt damit unangewendet, wenn der Zweck der Norm im konkreten Fall nicht erfüllt und der Wortlaut zu weit gefasst ist.<sup>3</sup> § 958 Abs. 1 BGB stellt auf die Inbesitznahme der Sache ab, während § 984 BGB die Entdeckung der Sache zum Gegenstand hat. Nach § 958 Abs. 1 BGB muss derjenige, der eine herrenlose Sache mit bedeutendem wissenschaftlichen Wert entdeckt, die Sache aktiv von der Fundstelle entfernen. In diesen Fällen geht von § 958 BGB eine die Wertungen des § 984 BGB torpedierende Wirkung aus, da so wissenschaftliche bedeutende Funde nicht der Öffentlichkeit zugeführt werden. Anders gewendet gehen im Falle von Altertumsfunden oder vergleichbaren Funden von § 958 BGB keine Anreize zur Veröffentlichung des Funds aus. Dieser Fall ist vielmehr in § 984 (analog) BGB geregelt, sodass § 984 BGB als *lex specialis* anzusehen ist.<sup>4</sup> Zudem ignoriert § 958 BGB die tatsächliche Nähe desjenigen, auf dessen Grundstück sich die herrenlose Sache befindet. § 958 Abs. 1 BGB ist somit teleologisch zu reduzieren und nicht anwendbar für den Fall der Inbesitznahme herrenloser beweglicher Sachen von besonderem kulturellen oder wissenschaftlichen Interesse.<sup>5</sup>

*Hinweis:* Genauso gut vertretbar ist es, einen Eigentumserwerb nach § 958 Abs. 1 BGB anzunehmen. Dafür spricht insbesondere der Umstand, dass der Finder nach § 984 BGB nicht bessergestellt wird, weil er nur hälftig Eigentum erwirbt; auch von § 984 BGB gehen daher kaum Anreize aus, den Fund zu offenbaren. Auch wenn der Sachverhalt den Schatzfund andeutet, kann nicht erwartet werden, dass die Bearbeiter die Möglichkeit der teleologischen Reduktion erkennen.

### bb) Fund, § 973 Abs. 1 BGB

E könnte gem. § 973 Abs. 1 BGB Eigentum an dem Meteoritenstück erworben haben.

### (1) Meteorit = Verlorene Sache (Fund), § 965 Abs. 1 BGB

Dafür müsste der Meteorit eine verlorene Sache darstellen. Verlorene Sachen sind besitzlos, aber nicht herrenlos.<sup>6</sup> Der Meteorit ist, wie festgestellt, herrenlos und damit nicht verloren i.S.v. § 965 Abs. 1 BGB.

<sup>3</sup> Rütters/Fischer/Birk, *Rechtstheorie*, 12. Aufl. 2022, Rn. 902.

<sup>4</sup> Hermans, *Der Schatzfund*, 2011, S. 63; vgl. auch Dörner, *Zivilrechtliche Probleme der Bodendenkmalspflege*, 1992, S. 35.

<sup>5</sup> Blens-Vandiek, *Das Deutsche Ausgrabungsrecht*, 1964, S. 29; kritisch Süß, *Jura* 2011, 331 (334).

<sup>6</sup> Schermaier, in: *BeckOGK BGB*, Stand: 1.3.2024, § 965 Rn. 26.

(2) Zwischenergebnis

E hat kein Eigentum an dem Meteoritenstück durch Fund gem. § 973 Abs. 1 BGB erworben.

cc) (Mit-)Eigentumserwerb gem. § 984 BGB (Schatzfund)

In Betracht kommt der (Mit-)Eigentumserwerb des E durch Schatzfund nach § 984 BGB.

(1) Meteoritenstück = Schatz, § 984 BGB

Das Meteoritenstück müsste demnach als Schatz i.S.d. § 984 BGB anzusehen sein.

(a) Bewegliche Sache

Die Norm erfasst jede bewegliche Sache, unabhängig von ihrem Wert, sodass auch das Meteoritenstück eine bewegliche Sache darstellt.<sup>7</sup>

(b) E = Entdecker

Entdecker ist, wer die bisher verborgene Sache als Erster wahrnimmt.<sup>8</sup> E hat das Meteoritenstück als Erstes erkannt und ist damit Entdecker.

(c) Verborgene Sache

Das Meteoritenstück muss in einer anderen beweglichen oder unbeweglichen Sache verborgen gewesen sein.<sup>9</sup> Das Meteoritenstück lag zunächst offen auf dem Grundstück der B und war damit sichtbar, sodass die Verborgenheit abzulehnen sein könnte. Allerdings war das Stück, abgesehen von der Farbe, kaum zu unterscheiden vom Bauschutt und damit verborgen.<sup>10</sup>

(d) Eigentümer nicht mehr zu ermitteln

Das Meteoritenstück war von vornherein herrenlos, sodass es keinen nicht mehr zu ermittelnden Eigentümer gibt.

(2) (P) Analoge Anwendung des § 984 BGB auf Gegenstände, an denen archäologisches, historisches oder naturwissenschaftliches Interesse besteht

*Hinweis:* Seit dem 13.4.2022 gehen herrenlose bewegliche Bodendenkmäler mit ihrer Entdeckung in das Eigentum des Landes NRW über, § 18 Abs. 1 DSchG NRW (Schatzregal). Die Norm soll ausweislich des Bearbeitungsvermerks unberücksichtigt bleiben.

(a) Planwidrige Regelungslücke

Der Gesetzgeber hat – ungeachtet bestehender landesrechtlicher Regelungen – keine eigentumszuweisenden Regelungen für herrenlose Sachen, an denen ein archäologisches, historisches oder

<sup>7</sup> Heinze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, § 984 Rn. 1.

<sup>8</sup> Heinze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, § 984 Rn. 8; Kindl, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 984 Rn. 3.

<sup>9</sup> Es ist umstritten, ob es sich dabei um ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal handelt. Dazu Schermaier, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2024, § 984 Rn. 5.1.

<sup>10</sup> A.A. LG Augsburg, Urt. v. 6.7.2007 – 8 O 1758/06 = BeckRS 2007, 150924 Rn. 39.

naturwissenschaftliches Interesse besteht, getroffen.<sup>11</sup> Eine planwidrige Regelungslücke liegt somit vor.

#### (b) Vergleichbare Interessenlage

Der Sinn und Zweck des § 984 BGB besteht darin, besitzlosen Sachen, die aller Voraussicht nach keinem Eigentümer zugewiesen werden können, im Interesse des Rechtsfriedens unmittelbar einem Eigentümer zuzuweisen.<sup>12</sup> Dieses Bedürfnis besteht in gleichem Maße auch für herrenlose Sachen und ist argumentativ durch einen Erst-Recht-Schluss (maiore ad minus) zu begründen: Wenn bereits der nicht mehr ermittelbare Eigentümer seine Rechtsposition durch den Fund eines anderen verliert, muss dies erst recht für Sachen gelten, die seit jeher herrenlos sind und noch nie einen Eigentümer hatten.<sup>13</sup>

Darüber hinaus ist die mit dem Fund einhergehende Anzeigepflicht des § 965 Abs. 2 BGB im Falle von bedeutsamen historischen, archäologischen oder naturwissenschaftlichen Funden auch im Interesse der Öffentlichkeit, da auf diese Weise derartige Funde nicht der Allgemeinheit vorenthalten werden.<sup>14</sup>

Des Weiteren schafft § 984 BGB einen schonenden Interessenausgleich zwischen dem Finder und dem Eigentümer des Grundstücks, der schließlich die (potenziellen) Nachteile eines Meteoriteneinschlags auf sein Grundstück dulden musste und daher auch (teilweise) die Vorteile genießen soll.<sup>15</sup>

#### dd) Zwischenergebnis

E als Finder und B als Grundstückseigentümerin haben gem. § 984 BGB analog jeweils hälftig Miteigentum (§ 1008 BGB) an dem Meteoritenstück erworben.

#### d) Ergebnis

B hat gegen E keinen Anspruch auf Herausgabe des Meteoritenstücks nach § 985 BGB.<sup>16</sup> Sie kann von E lediglich die Verschaffung von Mitbesitz am Meteoritenstück verlangen.

### Fallfortsetzung: Frage 2

#### I. Anspruch des E gegen X aus § 1011 BGB i.V.m. §§ 989, 990 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz

E könnte gegen X einen Anspruch aus Schadensersatz aus §§ 1011 BGB i.V.m. §§ 989, 990 Abs. 1 BGB haben.

---

<sup>11</sup> Heinze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, § 984 Rn. 3a; Hermans, Der Schatzfund, 2011, S. 60.

<sup>12</sup> Schermaier, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2024, § 984 Rn. 2.

<sup>13</sup> Hermans, Der Schatzfund, 2011, S. 60; Nordmeyer/Kassid, Ad Legendum 2011, 30 (35).

<sup>14</sup> Oechsler, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2024, § 984 Rn. 2, 3; Hoeren, in: NK-BGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2022, § 984 Rn. 3; Heinze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, § 984 Rn. 3a; Hermans, Der Schatzfund, 2011, S. 61; kritisch Schermaier, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2024, § 984 Rn. 11; Süß, Jura 2011, 332 (335).

<sup>15</sup> Diese Betrachtungsweise entspricht dem Prinzip quia ferret onera debet habere commoda, Schermaier, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2024, § 984 Rn. 10.3.

<sup>16</sup> § 1011 BGB betrifft nur das Innenverhältnis der Miteigentümer, sodass sich der Anspruch unmittelbar aus § 985 BGB ergibt, Fritzsche, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 1011 Rn. 8; vgl. auch K. Schmidt, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 1011 Rn. 1.

### 1. (P) Anspruchsberechtigung

E ist Eigentümer zur Hälfte (siehe oben) und kann gem. § 1011 BGB die aus dem Eigentum folgenden Ansprüche geltend machen. Fraglich ist aber, ob E eine Schadensersatzleistung an sich allein oder entsprechend §§ 1011 Hs. 2, 432 BGB nur an sich und B gemeinsam fordern kann. Gegen die Anwendung von § 432 BGB könnte sprechen, dass Zahlungsansprüche teilbar sind. Andererseits ist nicht jeder Schadensersatzanspruch auf Zahlung gerichtet (§ 249 Abs. 1 BGB). Hinzu kommt, dass Sekundäransprüche wie §§ 989, 990 BGB letztlich den unteilbaren Herausgabeanspruch ergänzen und potenziell ersetzen.<sup>17</sup> Überzeugender ist es daher, §§ 1011 Hs. 2, 432 BGB anzuwenden. E kann also, wenn die Voraussetzungen des Anspruchs erfüllt sind, Ersatzleistung an sich und B verlangen.

*Hinweis:* Ausführungen zur Anspruchsberechtigung sind nur von besonders aufmerksamen Bearbeitern zu erwarten. Keine Ausführungen sind zu erwarten, wenn die Bearbeitung im Ausgangsfall zum Ergebnis gekommen ist, dass E durch Aneignung Alleineigentümer wurde. Dann ist die Anspruchsberechtigung unproblematisch.

### 2. Vindikationslage im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses: Weiterveräußerung an Y

#### a) X = Besitzer, § 854 Abs. 1 BGB

X war kraft tatsächlicher Sachherrschaft unmittelbarer Besitzer des Meteoritenstücks, § 854 Abs. 1 BGB.

#### b) E = Eigentümer

E müsste (Mit-)Eigentümer sein. Ursprünglich war E – zur Hälfte – Miteigentümer (siehe oben).

Ein Eigentumsverlust durch Übereignung des Unbekannten an X, §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB, scheidet aus, weil die Sache dem alleinbesitzenden Miteigentümer E abhandengekommen ist, § 935 Abs. 1 S. 1 BGB. E ist also nach wie vor hälftiger Miteigentümer.

#### c) Kein Recht zum Besitz, § 986 Abs. 1 BGB

X steht kein Recht zum Besitz gegenüber E zu, § 986 Abs. 1 BGB, weil E ihm kein Besitzrecht übertragen hat und der unbekannte Dieb ihm keine Berechtigung vermitteln konnte. Eine Vindikationslage war daher gegeben.

### 3. Verklagter (§ 989 BGB) oder bösgläubiger Besitzer (§ 990 Abs. 1 S. 1 BGB)

X müsste entweder im Hinblick auf sein fehlendes Besitzrecht bösgläubig (§ 990 Abs. 1 S. 1 BGB) oder auf Herausgabe verklagt (§ 989 BGB) gewesen sein. Beides ist indes nicht der Fall. Insbesondere war X gutgläubig, da ihm das Fehlen seines Besitzrechts nicht bekannt war und keine grobe Fahrlässigkeit i.S.d. § 932 Abs. 2 BGB ersichtlich ist.

<sup>17</sup> Vgl. K. Schmidt, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 1011 Rn. 4.

#### 4. Ergebnis: Kein Anspruch

E hat folglich keinen Anspruch aus § 1011 BGB i.V.m. §§ 989, 990 Abs. 1 BGB.

#### II. Anspruch des E gegen X aus § 1011 BGB (analog) i.V.m. §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 667 BGB

E könnte gegen X einen Anspruch auf Herausgabe des aus der Geschäftsbesorgung Erlangten aus § 1011 BGB (analog) i.V.m. §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 667 BGB haben.

##### 1. Fremdes Geschäft

Die Veräußerung des Meteoritenstücks ist allein dem Rechts- und Interessenkreis der Eigentümer E und B zugewiesen. Daher hat X bei Veräußerung an Y ein objektiv fremdes Geschäft geführt.

##### 2. Kenntnis der Fremdheit und Eigengeschäftsführungswille

X hielt sich gutgläubig für den Eigentümer, ihm fehlt also schon die für § 687 Abs. 2 BGB erforderliche Kenntnis der Fremdheit des Geschäfts.

##### 3. Ergebnis: Kein Anspruch

E hat somit keinen Anspruch aus § 1011 BGB (analog) i.V.m. §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 667 BGB.

*Hinweis:* Angesichts der offensichtlichen Gutgläubigkeit kann auf die Prüfung des § 687 Abs. 2 BGB auch verzichtet werden.

#### III. Anspruch des E gegen X aus § 1011 BGB (analog) i.V.m. § 816 Abs. 1 BGB auf Herausgabe des Erlangten

E könnte gegen X einen Anspruch auf Herausgabe des aus der Verfügung über das Meteoritenstück Erlangten aus § 1011 BGB (analog) i.V.m. § 816 Abs. 1 BGB haben.

##### 1. Anspruchsberechtigung

Der Anspruch aus § 816 Abs. 1 BGB setzt teleologisch die Vindikation fort und ist deshalb analog §§ 1011 Hs. 2, 432 BGB wie diese zu behandeln.<sup>18</sup> E kann also ggf. Herausgabe des Erlangten an sich und B verlangen.<sup>19</sup>

##### 2. Verfügung eines Nichtberechtigten

X müsste als Nichtberechtigter verfügt haben. Die Übereignung des Meteoritenstücks an Y ist eine Verfügung. X war weder Eigentümer (siehe oben) noch sonst verfügungsbefugt.

---

<sup>18</sup> K. Schmidt, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 1011 Rn. 4.

<sup>19</sup> Eine andere Ansicht ist vertretbar mit dem Argument, dass der Anspruch hier nur auf Geldzahlung gerichtet sein kann und deshalb teilbar ist.



### 3. Wirksamkeit gegenüber dem Berechtigten

Wegen § 935 Abs. 1 S. 1 BGB ist die Übereignung eigentlich unwirksam (siehe oben).

E kann die Verfügung gem. § 185 Abs. 2 S. 1 BGB genehmigen, allerdings nur gemeinsam mit B, weil die Entscheidung über die Wirksamkeit der Verfügung nicht teilbar ist (vgl. § 747 S. 2 BGB).

### 4. Rechtsfolge: Herausgabe des Erlangten

Sofern E und B die Übereignung an Y genehmigen, kann E also von X das aufgrund der Übereignung Erlangte an sich und B herausverlangen.

#### a) (P) Was ist das „Erlangte“?

Fraglich ist indessen, worin bei § 816 Abs. 1 BGB das „Erlangte“ besteht.

##### aa) H.M.: Das erlangte Entgelt

Einerseits könnte man mit der h.M. das als Gegenleistung erhaltene Entgelt als das „Erlangte“ i.S.d. § 816 Abs. 1 BGB ansehen, und zwar unabhängig davon, ob das erlangte Entgelt geringer oder höher als der Wert des Gegenstandes ist, über den verfügt worden ist.<sup>20</sup> Danach wären die von Y erhaltenen 20.000 EUR herauszugeben.

##### bb) Andere Ansicht: Befreiung von einer Verbindlichkeit

Nimmt man § 816 Abs. 1 BGB hingegen beim Wort, hat der Verfügende „aufgrund der Verfügung“ nicht die Gegenleistung, sondern lediglich die Befreiung von der aus dem Verpflichtungsgeschäft resultierenden Schuld erlangt.<sup>21</sup> Die Befreiung von der Verbindlichkeit kann allerdings nicht herausgegeben werden, sodass der Verfügende nach dieser Auffassung Wertersatz gem. § 818 Abs. 2 BGB zu leisten hat. X wäre demnach – vorbehaltlich einer Entreichung – zur Zahlung von Wertersatz i.H.v. 150.000 EUR verpflichtet.

##### cc) Stellungnahme

Ein Streitentscheid ist jedoch entbehrlich, wenn beide Ansichten zum selben Ergebnis kommen.

Auf Basis der h.M. hat X hier zunächst 20.000 EUR erlangt. Davon hat er 10.000 EUR für die Tickets ausgegeben; insoweit schuldet er aber Wertersatz, § 818 Abs. 2 BGB. Die VIP-Tickets selbst sind nicht Gegenstand der Herausgabepflicht, weil § 818 Abs. 1 BGB rechtsgeschäftliche Surrogate nicht erfasst.<sup>22</sup>

Auf Basis der Gegenansicht sind aber auch höchstens 20.000 EUR geschuldet, wenn § 818 Abs. 3 BGB angewandt wird und der Schuldner für die Differenz zwischen Erlös und Marktwert als entreichert gilt. Zwar ließe sich auch vertreten, dass der Vorteil der Schuldbefreiung stets im Schuldnervermögen verbleibt und niemals Entreichung eintreten kann.<sup>23</sup> Indessen ist kein Grund dafür ersichtlich, dem redlichen unverklagten Bereicherungsschuldner den Entreichungseinwand prinzipiell

---

<sup>20</sup> Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 11 Rn. 34.

<sup>21</sup> Schwab, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 816 Rn. 41.

<sup>22</sup> So die ganz h.M., Schwab, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 818 Rn. 48. Eine andere Ansicht ist nur mit guter Begründung vertretbar.

<sup>23</sup> So Schwab, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 816 Rn. 45, 53; im Ergebnis auch Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, Bd. 2, 2. Aufl. 2016, S. 245 ff., 412 ff.

abzuschneiden.<sup>24</sup> Eine Mindesthaftung auf den Wert würde vielmehr die auch von §§ 989, 990 BGB anvisierte Privilegierung des gutgläubigen Vindikationsschuldners unterlaufen. § 818 Abs. 3 BGB ist also anwendbar, sodass ein Streitentscheid zwischen den beiden Grundansichten hier entbehrlich ist.

*Hinweis:* Alternativ zu dem in der Lösung skizzierten Aufbau können die Bearbeiter ebenso gut zunächst den Streit um das „Erlangte“ entscheiden und erst im Anschluss danach auf eine mögliche Entreichung eingehen. Kenntnis der Mindermeinung, die eine Anwendung von § 818 Abs. 3 BGB ablehnt und eine Mindesthaftung auf den Wert annimmt, ist nicht zu erwarten.

### b) Entreichung, § 818 Abs. 3 BGB

Fraglich ist, ob X überhaupt (noch) i.H.v. 20.000 EUR bereichert ist. In Betracht kommt hier einerseits ein Abzug des von X an seinen Verkäufer gezahlten Kaufpreises (10.000 EUR), andererseits eine Entreichung durch den Kauf der VIP-Tickets.

#### aa) Abzug des Kaufpreises

Gegen einen Abzug des Kaufpreises spricht entscheidend, dass § 816 Abs. 1 BGB funktional an die Stelle der Vindikation tritt. Gegenüber der Vindikation des E hätte X aber auch keinen Abzug machen können.<sup>25</sup> X ist insoweit auf Rechtsmängelansprüche gegen seinen Verkäufer zu verweisen; ein Abzug im Rahmen des § 818 Abs. 3 BGB scheidet aus.

#### bb) Kauf der VIP-Tickets

Durch den Kauf der VIP-Tickets ist ebenfalls keine Entreichung eingetreten, da das Vermögen des X zwar um die Ausgaben vermindert, aber um einen Gegenwert in gleicher Höhe vermehrt wurde. Auf die Frage der Aufwendungsersparnis und den möglichen Charakter der VIP-Tickets als Luxusaufwendung kommt es nicht an, weil die Tickets noch vorhanden sind und das EM-Finale noch nicht stattgefunden hat.

### c) Zwischenergebnis

X ist noch i.H.v. 20.000 EUR bereichert.

## 5. Ergebnis

E hat gegen X einen Anspruch auf Zahlung von 20.000 EUR aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB.

*Hinweis:* Geprüft werden kann außerdem ein Anspruch aus § 985 BGB i.V.m. § 285 BGB. Allerdings ist nach h.M. § 285 BGB nicht auf die Vindikation anwendbar, da § 816 BGB und §§ 989, 990 BGB insoweit Sonderregelungen bereithalten. Außerdem kann der Kaufpreis, den X von Y erlangt hat, nicht als Surrogat für den nach § 985 BGB zuvor geschuldeten Besitz angesehen werden. Eine Eingriffskondition

<sup>24</sup> Vgl. vom Standpunkt der Werthaftung auch z.B. *Lorenz*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2007, § 816 Rn. 23.

<sup>25</sup> Zur h.M. *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 11 Rn. 35.

des E aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB zu prüfen, wäre nicht falsch. Allerdings ist § 816 Abs. 1 BGB lex specialis, sodass eine ausführliche Prüfung von § 812 BGB deplatziert wäre.

## Abwandlung

### Frage 3

#### I. Anspruch N gegen B auf Schadensersatz gem. §§ 989, 990 Abs. 1 BGB wegen des zerstörten Betonmischers

##### 1. Vindikationslage im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses, § 985 BGB

###### a) B = Besitzerin des Betonmischers, § 854 Abs. 1 BGB

B verfügte zum Zeitpunkt des Meteoriteneinschlags über die tatsächliche Sachherrschaft an dem Betonmischer aus und war folglich unmittelbare Besitzerin i.S.d. § 854 Abs. 1 BGB.

###### b) N = Eigentümerin des Betonmischers, § 903 S. 1 BGB

N war weiterhin Eigentümerin des Betonmischers.

###### c) Kein Recht zum Besitz der B, § 986 Abs. 1 BGB

B hatte gegenüber N hinsichtlich des Betonmischers auch kein Recht zum Besitz i.S.d. § 986 Abs. 1 S. 1 BGB.

###### d) Zwischenergebnis

Im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses, also des Meteoriteneinschlags und der dadurch bedingten Zerstörung des Betonmischers, bestand eine Vindikationslage.

##### 2. B = Verklagter oder bösgläubiger Besitzer (§ 990 Abs. 1 S. 1 BGB)

Als Diebin des Betonmischers hatte B positive Kenntnis von ihrem fehlenden Besitzrecht an dem Betonmischer im Zeitpunkt der Inbesitznahme des Betonmischers.<sup>26</sup> B war demnach bösgläubige Besitzerin, § 990 Abs. 1 BGB.

##### 3. Untergang der Sache, § 989 BGB

Der Betonmischer ist vollständig zerstört und damit untergegangen i.S.d. § 989 BGB.

---

<sup>26</sup> Zum Begriff der Bösgläubigkeit vgl. *Thole*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2023, § 990 Rn. 7; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 5 Rn. 15.

#### 4. Verschulden §§ 989, 276 Abs. 1 BGB

B handelte weder vorsätzlich noch fahrlässig im Hinblick auf die Zerstörung des Betonmischers und hat den Untergang der Sache folglich nicht verschuldet.

#### 5. Ergebnis

N hat gegen B keinen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 989, 990 Abs. 1 BGB.

#### II. Anspruch N gegen B aus § 992 BGB i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz wegen des zerstörten Betonmischers

N könnte gegen B einen Anspruch auf Schadensersatz wegen des zerstörten Betonmischers aus § 992 BGB i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB haben.

##### 1. Vindikationslage

Eine Vindikationslage liegt vor (siehe oben).

##### 2. Besitzverschaffung durch verbotene Eigenmacht oder durch Straftat der B

B hat sich den Besitz am Betonmischer durch Diebstahl (§ 242 Abs. 1 StGB) verschafft.

##### 3. Voraussetzungen der Rechtsgrundverweisung in §§ 823 ff. BGB

###### a) § 823 Abs. 1 BGB

*Hinweis:* Die Bearbeiter sollten erkennen, dass sowohl die Besitzentziehung als auch die Substanzverletzung des Betonmischers eine tatbestandliche Rechtsgutsverletzung (Eigentum) darstellen. Auf Ebene der Kausalität muss erkannt werden, dass die Wegnahme des Betonmischers zwar äquivalent und adäquat kausal für die Besitzentziehung war, nicht aber für die Substanzverletzung.

###### aa) Rechtsgutsverletzung

###### (1) Substanzverletzung durch Zerstörung des Betonmischers

Die Zerstörung des im Eigentum der N stehenden Betonmischers ist eine tatbestandliche Rechtsgutsverletzung.

###### (2) Besitzentziehung

Der Entzug des Besitzes am Betonmischer durch N stellt eine Verletzung des durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten Eigentums dar.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Zur Besitzentziehung als Eigentumsverletzung *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 823 Rn. 302.

### bb) Handlung der B

Die Eigentumsverletzung ist durch die Wegnahme des Betonmischers, also einer Handlung der B, geschehen.

### cc) Kausalität

#### (1) Äquivalenz

Die Wegnahme des Betonmischers vom Grundstück der N durch B kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass die Zerstörung oder die Besitzentziehung entfielen (conditio-sine-qua-non-Formel).<sup>28</sup> Mithin war die Wegnahme äquivalent kausal für beide Rechtsgutsverletzungen.

#### (2) Adäquanz

Nach der Adäquanztheorie sind nur solche Ursachen zu berücksichtigen, die im Allgemeinen und nicht nur unter ganz besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung des Erfolges geeignet sind.<sup>29</sup>

#### (a) Substanzverletzung

Meteoriteneinschläge auf der Erde sind äußerst selten. Noch seltener und damit äußerst unwahrscheinlich ist es daher, dass ein Meteorit genau auf dem Punkt des Erdbodens einschlägt, an dem sich ein gestohlener Betonmischer befindet und der Meteorit auch eine ausreichende Größe hat, um zu einer Zerstörung zu führen. Daher liegt es außerhalb des nach der allgemeinen Lebenserfahrung Erwartbaren, dass ein gestohlener Betonmischer durch einen Meteoriteneinschlag zerstört wird. Für die Substanzverletzung fehlt es mithin an der notwendigen Adäquanz zwischen Verhalten und Rechtsgutsverletzung.

#### (b) Besitzentziehung

Die Wegnahme einer fremden, beweglichen Sache stellt regelmäßig auch eine Besitzentziehung dar. Die Handlung war somit auch adäquat kausal für die Rechtsgutverletzung.

### dd) Rechtswidrigkeit und Verschulden

B handelte rechtswidrig im Hinblick auf Besitzentziehung. Sie handelte auch vorsätzlich und somit schuldhaft.

### ee) Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB liegen vor.

### ff) Schaden (haftungsausfüllender Tatbestand)

#### (1) Differenzhypothese

Der Schaden ist nach der sog. Differenzhypothese zu bestimmen, §§ 249 ff. BGB. Dabei ist ein Vergleich anzustellen zwischen der tatsächlichen Lage, die durch das schädigende Ereignis geschaffen

---

<sup>28</sup> Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 823 Rn. 72.

<sup>29</sup> Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 16 Rn. 140.

wurde, mit der Lage, die bestehen würde, wenn das schädigende Ereignis hinweggedacht würde. Ohne die Besitzentziehung durch B hätte N keine Eigentumsverletzung erlitten. Fraglich ist, inwieweit auch die Zerstörung des Betonmischers ein B zurechenbarer Schaden darstellt.

(2) (P) Zerstörung des Betonmischers beruht auf dem zufälligen Meteoriteneinschlag – Haftung für Zufall, § 848 BGB

Problematisch erscheint vorliegend, dass die Substanzverletzung, also die Zerstörung des Betonmischers, B nicht zurechenbar ist (siehe oben), sodass ein B zurechenbarer Schaden allenfalls im Wege einer Unfallhaftung in Betracht käme. Gem. § 848 BGB ist derjenige, der zur Rückgabe einer Sache verpflichtet ist, die er einem anderen durch eine unerlaubte Handlung entzogen hat, auch für den zufälligen Untergang verantwortlich. Die Folge von § 848 BGB ist, dass es nicht auf die haftungsausfüllende Kausalität ankommt.<sup>30</sup>

(a) Zur Rückgabe der Sache verpflichtet

B ist N zur Herausgabe des Betonmischers verpflichtet gewesen gem. § 985 BGB (siehe oben bei I. 1.).

(b) Zufälliger Untergang

Die Zerstörung des Betonmischers ist auf den Meteoriteneinschlag zurückzuführen, sodass ein zufälliger Untergang i.S.d. § 848 BGB vorliegt.

(c) Kein Untergang auch ohne Entziehung

Die Zerstörung des Betonmischers dürfte nicht auch ohne die Entziehung durch B eingetreten sein, § 848 BGB a.E. Der Betonmischer stünde an anderer Stelle und wäre nicht durch den Meteoriten getroffen worden.

*Hinweis:* In der Literatur wird vertreten, dass § 848 BGB überflüssig sei, weil dasselbe Ergebnis bereits durch § 251 BGB erreicht wird, sofern die vorrangige Naturalrestitution nicht möglich ist.<sup>31</sup> Sollten Bearbeiter hier Problembewusstsein erkennen lassen, ist dies positiv zu bewerten.

(d) Zwischenergebnis

B haftet gem. § 848 BGB auch für zufällige Schäden an dem Betonmischer.

(3) Schaden

N kann von B (Geld-)Ersatz in Höhe des Wertes des zerstörten Betonmischers verlangen.

#### 4. Ergebnis

N hat gegen B einen Anspruch auf Schadensersatz wegen des zerstörten Betonmischers aus § 992 BGB i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB.

<sup>30</sup> Hager, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2023, § 848 Rn. 4; Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 20 Rn. 15.

<sup>31</sup> Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2024, § 848 Rn. 2.

### III. Anspruch der N gegen B auf Schadensersatz gem. §§ 990 Abs. 2, 280 Abs. 1 und 3, 283 BGB i.V.m. § 287 S. 2 BGB wegen des zerstörten Betonmischers

N könnte gegen B einen Anspruch auf Schadensersatz wegen des zerstörten Betonmischers aus §§ 990 Abs. 2, 280 Abs. 1 und 3, 283 BGB i.V.m. § 287 S. 2 BGB haben.

#### 1. Vindikationslage

Eine Vindikationslage liegt vor (siehe oben).

#### 2. B = Bösgläubiger Besitzer

B hatte positive Kenntnis von ihrem mangelnden Besitzrecht an dem Betonmischer und war somit bösgläubige Besitzerin, § 990 Abs. 1 S. 2 BGB.

#### 3. Verzug des bösgläubigen Besitzers mit der Herausgabe der Sache, § 286 Abs. 1 BGB

Gem. § 990 Abs. 2 BGB ist damit eine Haftung der B wegen Verzugs nach allgemeinen Vorschriften möglich. Die Verweisung in § 990 Abs. 2 BGB erfasst dabei einerseits den Ersatz des Verzögerungsschadens nach §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB, andererseits aber auch den Schadensersatz statt der Leistung in der Form der Zufallshaftung gem. § 287 S. 2 BGB.<sup>32</sup> Die Substanzverletzung am Betonmischer der N ist nicht auf die Verzögerung der Herausgabepflicht, sondern auf den zufälligen Untergang durch den Meteoriteneinschlag zurückzuführen, so dass es um Schadensersatz statt der Leistung geht. In Betracht kommt hier der Schadensersatz unter den Voraussetzungen des § 283 BGB.

#### 4. Ausschluss der Leistungspflicht (§§ 275 Abs. 1 bis 3 BGB)

B ist die Herausgabe des zerstörten Betonmischers objektiv unmöglich, so dass ihre Herausgabepflicht (aus § 985 BGB) gemäß § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist.

#### 5. Vertretenmüssen

B müsste den zur Unmöglichkeit führenden Umstand zu vertreten haben, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Verschuldet (§ 276 Abs. 1 BGB) hat sie den Meteoriteneinschlag nicht. Sie haftet aber gemäß § 287 S. 2 BGB auch für Zufall, wenn sie mit der Herausgabe der Sache im Verzug war, § 286 Abs. 1 BGB.

##### a) Fälliger Herausgabeanspruch

N hatte hinsichtlich des Betonmischers einen fälligen und einredefreien Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB gegenüber B.

##### b) Mahnung oder ggf. Entbehrlichkeit der Mahnung, § 286 Abs. 1, 2 BGB

N hat B nicht gemahnt. Die Mahnung ist hier gleichwohl nach § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB entbehrlich. § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB erfasst Fälle, in denen die Leistungsaufforderung nach dem Grundsatz von Treu und

---

<sup>32</sup> Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 29. Aufl. 2023, Rn. 449; sowie zur Anwendbarkeit der §§ 281–283 BGB Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 22. Aufl. 2021, § 39 Rn. 26.



Glauben nicht erwartet werden kann.<sup>33</sup> Der deliktische Besitzer befindet sich auch ohne vorherige Mahnung in Verzug. Es gilt der Grundsatz *fur semper in mora* (Der Dieb ist immer in Verzug).<sup>34</sup>

#### c) Vertretenmüssen des Verzugs, § 286 Abs. 4 BGB

Das Unterlassen der Herausgabe des Betonmischers durch B beruhte nicht auf einem Umstand, den B nicht zu vertreten hat, § 286 Abs. 4 BGB.

#### d) Rechtsfolge

B befand sich somit im Verzug und haftet währenddessen auch für Zufall (§ 287 S. 2 BGB), es sei denn, der Schaden wäre auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten. Letzteres ist nicht der Fall, weil B den Betonmischer bereits vor dem Meteoriteneinschlag hätte zurückgeben müssen. B hat den Untergang des Betonmischers daher zu vertreten.

#### 6. Schaden und Ergebnis

N kann somit für den erlittenen Schaden (siehe oben) aus §§ 990 Abs. 2, 280 Abs. 1 und 3, 283, 287 S. 2 BGB (Geld-)Ersatz verlangen.

#### IV. § 1007 Abs. 3 S. 2 BGB i.V.m. §§ 992, 823 Abs. 1 BGB

N hat als früherer Besitzer des Betonmischers gegen B zudem einen Anspruch aus § 1007 Abs. 3 S. 2 BGB i.V.m. §§ 992, 823 Abs. 1 BGB (siehe oben zu den Voraussetzungen der §§ 992, 823 Abs. 1 BGB).

#### V. Gesamtergebnis

N hat gegen B einen Anspruch auf Schadensersatz wegen des zerstörten Betonmischers aus § 992 BGB i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB, §§ 990 Abs. 2, 280 Abs. 1 und 3, 283, 287 S. 2 BGB sowie aus § 1007 Abs. 3 S. 2 BGB i.V.m. §§ 992, 823 Abs. 1 BGB.

*Schlussbemerkung:* Naheliegend ist zudem ein Anspruch der N gegen B aus § 992 BGB i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB, § 242 Abs. 1 StGB wegen des Diebstahls und der anschließenden Zerstörung des Betonmischers, dessen Voraussetzungen hier gegeben sind. Gleichwohl ist der deliktische Schutz gem. § 823 Abs. 2 BGB nach h.M. in der Rechtsprechung entbehrlich, wenn die Belange des Geschädigten anderweitig abgesichert sind. So liegt der Fall hier, da N bereits nach § 992 BGB i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB Schadensersatz wegen des zerstörten Betonmischers verlangen kann. Sollten die Bearbeiter den Anspruch dennoch prüfen, ist dies nicht negativ zu werten.

<sup>33</sup> Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 286 Rn. 83.

<sup>34</sup> Schulze, in: Schulze u.a., Handkommentar zum BGB, 12. Aufl. 2023, § 286 Rn. 16; Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 286 Rn. 87.

## Zwischenprüfungsklausur: Freundschaft und Vertrauen treffen auf (Vertrags-)Grenzen

Prof. Dr. Katharina Uffmann, Sophie Bachem,  
Eva Maria Beckmann, Jan Hüchtebrock, Felix Klocke, Bochum\*

### Sachverhalt

#### Teil 1

Der 17-jährige M ist leidenschaftlicher Rennradfahrer. Er hat in der Vergangenheit schon einige Räder bei Händler H erworben, weshalb dieser dem M am Freitag zur Probe das neueste Modell der Marke S mit ebenso neuer Schaltgruppe leiht. M könne das Rad über das Wochenende testen und solle es am kommenden Montag zurückbringen. Es handelt sich um einen Dienst für treue Kunden, denn das Rad hat einen Wert von 9.800 €.

M ist begeistert und fährt direkt am Samstag mit dem neuen Rad in ein nahegelegenes Cycle Café. Dort fällt er bei den anderen Anwesenden sofort auf. Die Begeisterung der anderen Rennradfahrer ist so groß, dass K, der M für den Eigentümer des Rades hält, dem M anbietet, ihm das Rad für 10.000 € abzukaufen. M weiß zwar, dass sein Vorgehen nicht richtig ist, wegen des in Aussicht stehenden Geldes nimmt er aber umgehend an. Schon am Sonntag bringt K dem M 10.000 € in bar und darf dafür das Rad mitnehmen.

Als M das Rad am Montag nicht wie vereinbart an H zurückgeben kann, ist dieser entsetzt. M gesteht ihm alles, woraufhin H von ihm die Herausgabe der 10.000 € verlangt. M sieht das nicht ein. Er ist allenfalls bereit, H 9.800 € zu geben.

#### Frage 1

Was kann H von M verlangen?

#### Teil 2

Der mittlerweile volljährige M möchte seine neue Wohnung einrichten. Da er ein großer Fan von Luxusmöbeln ist, aber hierfür nicht das erforderliche Geld hat, fragt er im Januar 2023 seinen vermögenden Freund T, ob er ihm 10.000 € leihen könne. Da T weiß, dass M immer wieder in finanzielle Nöte gerät, erwidert er, dass er ihm nur das Geld gebe, wenn irgendjemand dafür aufkomme, falls M die 10.000 € doch nicht zurückzahlen könne. M fragt kurzerhand seine Freundin F, die erst vor kurzem sehr viel Geld geerbt hat, ob sie dem Wunsch des T nachkommen könne. Diese willigt schwer verliebt ein und sagt M, dass er gerne ein Schreiben für sie aufsetzen könne, in welcher sie sich für die Rückzahlung des Geldes in der entsprechenden Höhe verpflichtet und er dieses dann T übermitteln solle, da sie nun in den Urlaub fahren werde. M setzt das Schreiben im Namen der F auf, übergibt dies in der Folge-

---

\* Die Autorin ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Unternehmensrecht und Recht der Familienunternehmen an der Ruhr-Universität Bochum; Sophie Bachem, Eva Maria Beckmann, Jan Hüchtebrock und Felix Klocke sind (ehemalige) Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl.

zeit T und beide vereinbaren, dass T dem M 10.000 € gewährt. Im Februar 2023 überweist T dem M sodann das Geld und M gibt es sofort für neue Einrichtungsgegenstände aus. Dabei verliert er jedoch im Laufe der Monate das Interesse an einer neu erworbenen Designer Lampe und fragt T im Dezember 2023, ob er die Lampe für einen Freundschaftspreis von 800 € kaufen wolle. T gefällt die Lampe sehr und willigt ein. Den Kaufpreis wollen sie später mit den 10.000 € „verrechnen“.

In der Folgezeit erfährt T, dass die Lampe eigentlich nur 600 € kostet und fühlt sich von M als Freund hintergangen. Wutentbrannt schreibt er M am 2.1.2024 einen Brief, in welchem er ihn auffordert, ihm das Geld bis zum 8.4.2024 zurückzuzahlen. Den Brief übergibt er noch am selben Tag der F, welche er zufällig auf der Straße trifft, und bittet sie, M den Brief auszuhändigen, da F mittlerweile zu M in die Wohnung gezogen ist. F vergisst jedoch zunächst, den Brief an M auszuhändigen, und holt dies erst am 10.1.2024 nach.

Als T am 9.4.2024 immer noch nichts von M gehört hat, sucht er zunächst F auf und verlangt die 10.000 € heraus, da er der Meinung ist, dass er über F eher sein Geld wiedersieht. Diese erwidert, dass sie nicht zahlen werde, da sie von einer bekannten Jurastudentin gehört habe, dass der Vertrag, den M in ihrem Namen abgeschlossen habe, gar nicht wirksam sei und sie daher nichts mit der Sache zu tun habe.

Als er sich anschließend an M wendet, entgegnet ihm dieser, dass er noch gar nicht zahlen müsse und wenn, dann würde er ihm nur 9.200 € wegen der verkauften Lampe geben. T entgegnet, dass der Kauf nicht gültig sei, da er nicht wusste, dass die Lampe eigentlich nur 600 € kosten würde. Er besteht weiterhin auf die 10.000 €.

### Frage 2

Hat T gegen M einen Anspruch auf Rückzahlung der 10.000 €?

### Frage 3

Hat T gegen F einen Anspruch auf Rückzahlung der 10.000 €?

### Bearbeitungsvermerk

Alle Fragen sind ggf. hilfsgutachtlich zu lösen. (Bearbeitungszeit: 180 Minuten)

### Lösungsvorschlag

<b>Frage 1: Was kann H von M verlangen?.....</b>	<b>1203</b>
<b>I. Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB .....</b>	<b>1203</b>
1. Entgeltliche Verfügung eines Nichtberechtigten.....	1203
2. Wirksamkeit der Verfügung gegenüber dem Berechtigten .....	1203
a) Kraft Gesetzes.....	1203
aa) Berechtigter .....	1204
bb) Wirksame Verfügung gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB.....	1204
(1) Einigung und Übergabe.....	1204
(2) Übergabe.....	1204

(3) Verfügungsbefugnis und gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB .....	1204
(a) Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts und Legitimation kraft Rechtsschein .....	1205
(b) Kein Abhandenkommen .....	1205
(c) Keine Bösgläubigkeit .....	1205
(d) Zwischenergebnis .....	1206
b) Kraft Genehmigung .....	1206
c) Zwischenergebnis .....	1206
3. Umfang des Anspruchs .....	1206
<b>II. Ergebnis .....</b>	<b>1207</b>
<b>Frage 2: Hat T gegen M einen Anspruch auf Rückzahlung der 10.000 €? .....</b>	<b>1207</b>
<b>I. Anspruch entstanden .....</b>	<b>1207</b>
1. Wirksamer Darlehensvertrag, § 488 BGB .....	1207
2. Valutierung .....	1207
3. Fälligkeit .....	1207
a) Wirksame Kündigung durch T .....	1208
aa) Kündigungserklärung .....	1208
bb) Zugang .....	1208
b) Kündigungsfrist .....	1209
4. Zwischenergebnis .....	1209
<b>II. Anspruch untergegangen .....</b>	<b>1209</b>
1. Aufrechnungserklärung .....	1209
2. Aufrechnungslage .....	1210
a) Gegenseitigkeit .....	1210
aa) Hauptforderung .....	1210
bb) Gegenforderung .....	1210
(1) Kaufvertrag, § 433 BGB .....	1210
(2) Ex tunc Nichtigkeit wegen Anfechtung, § 142 Abs. 1 BGB .....	1210
(a) Anfechtungserklärung .....	1210
(b) Anfechtungsgrund .....	1211
cc) Zwischenergebnis .....	1211
b) Gleichartigkeit der Forderungen .....	1211
c) Fälligkeit der Gegenforderung, Erfüllbarkeit der Hauptforderung, Aufrechnungsverbot .....	1212

d) Zwischenergebnis.....	1212
<b>III. Endergebnis .....</b>	<b>1212</b>
<b>Frage 3: Hat T gegen F einen Anspruch auf Rückzahlung der 10.000 €?.....</b>	<b>1212</b>
<b>I. Anspruch aus § 765 Abs. 1 BGB .....</b>	<b>1212</b>
1. Wirksamer Bürgschaftsvertrag .....	1212
a) Angebot seitens der F (Bürgschaftserklärung) .....	1212
aa) Eigene Willenserklärung in fremdem Namen .....	1213
bb) Vertretungsmacht .....	1213
2. Zwischenergebnis .....	1214
<b>II. Ergebnis .....</b>	<b>1214</b>

### Frage 1: Was kann H von M verlangen?

#### I. Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB

H könnte gegen M einen Anspruch auf Zahlung von 10.000 € aus § 816 Abs. 1 BGB haben. Dafür müsste M als Nichtberechtigter unentgeltlich über einen Gegenstand verfügt haben und diese Verfügung gegenüber H als Berechtigten wirksam sein.

##### 1. Entgeltliche Verfügung eines Nichtberechtigten

M müsste als Nichtberechtigter entgeltlich über einen Gegenstand verfügt haben. Die Verfügung ist jedes Rechtsgeschäft, das unmittelbar auf die Aufhebung, Übertragung, Belastung oder Veränderung eines bestehenden Rechts gerichtet ist.<sup>1</sup> Eine Verfügung ist entgeltlich, wenn der Erwerber eine Gegenleistung erbracht hat oder erbringen sollte.<sup>2</sup> M gab K das Rad mit. Er wollte ihm hiermit das Eigentum übertragen. Außerdem vereinbarten M und K einen Kaufpreis von 10.000 € als Gegenleistung. Es liegt also eine entgeltliche Verfügung vor. Diese müsste durch einen Nichtberechtigten getroffen worden sein. M war weder Eigentümer ohne Verfügungsbeschränkung, noch verfügungsberechtigter Nichteigentümer und somit Nichtberechtigter.<sup>3</sup> M hat also als Nichtberechtigter über einen Gegenstand verfügt.

##### 2. Wirksamkeit der Verfügung gegenüber dem Berechtigten

###### a) Kraft Gesetzes

Die Verfügung könnte dem Berechtigten gegenüber zunächst gem. §§ 929 S. 1, 932 BGB kraft Gesetzes wirksam sein.

<sup>1</sup> Medicus/Petersen, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, 12. Aufl. 2024, § 3 Rn. 13.

<sup>2</sup> Wendehorst, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 816 Rn. 9.

<sup>3</sup> Vgl. Wendehorst, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 816 Rn. 10.

### aa) Berechtigter

Ursprünglicher Eigentümer des Rennrads und somit Inhaber desjenigen Rechts, über das verfügt wurde, war H. Er ist Berechtigter i.S.d. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB.<sup>4</sup>

### bb) Wirksame Verfügung gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB

K könnte das Eigentum an dem Rad durch Verfügung des M gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB erworben haben.

#### (1) Einigung und Übergabe

Voraussetzung dafür ist zunächst eine Einigung darüber, dass das Eigentum übergehen soll. Diese Einigung ist ein Rechtsgeschäft<sup>5</sup> und kommt durch zwei inhaltlich übereinstimmende Willenserklärungen zustande.<sup>6</sup> In der Mitnahme des Rads durch K liegt eine konkludente, auf die Übereignung des Gegenstands gerichtete Erklärung.

Ebenso bringt M durch das Überlassen des Rads an K schlüssig seinen auf den Übergang des Eigentums gerichteten Willen zum Ausdruck. M ist als Minderjähriger allerdings gem. § 106 BGB nach Maßgabe der §§ 107–113 BGB in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt, sodass seine Erklärung nichtig sein könnte. Die Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters ist gem. § 107 BGB jedoch bei einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, nicht erforderlich. M hat über einen Gegenstand verfügt, der nicht in seinem Eigentum stand. Aus dem Geschäft ist ihm weder ein rechtlicher Vorteil noch ein rechtlicher Nachteil erwachsen. Sein Vermögen blieb vielmehr unverändert. Obwohl diese Konstellation nicht vom Wortlaut des § 107 BGB umfasst ist, ist die Willenserklärung in einem solchen Fall des sog. neutralen Geschäfts trotzdem wirksam, da der Minderjährige hier ebenfalls nicht schutzbedürftig ist. Eine entsprechende Wertung hat der Gesetzgeber in § 165 BGB, wonach ein beschränkt Geschäftsfähiger Stellvertreter sein kann, ausdrücklich vorgenommen.<sup>7</sup> Im Ergebnis liegen also zwei inhaltlich übereinstimmende, auf den Übergang des Eigentums an dem Fahrrad gerichtete Willenserklärungen, mithin eine dingliche Einigung vor.

#### (2) Übergabe

Dadurch, dass M dem K das Fahrrad überlassen hat, hat Veräußerer M jeden Besitz an der Sache aufgegeben, Erwerber K auf Veranlassung des Veräußerers unmittelbaren Eigenbesitz an der Sache erlangt und der Gewahrsam an der Sache ist gewechselt.<sup>8</sup> Die Sache wurde übergeben.

#### (3) Verfügungsbefugnis und gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB

M war jedoch nicht berechtigt, über das Eigentum an dem Rennrad zu verfügen. K könnte aber dennoch gem. § 932 Abs. 1 S. 1 BGB im Wege des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten das Eigentum an dem Rad erlangt haben.

<sup>4</sup> Vgl. *Wendehorst*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 816 Rn. 11.

<sup>5</sup> *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 929 Rn. 23.

<sup>6</sup> *H.-W. Eckert*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 145 Rn. 2.

<sup>7</sup> Statt vieler *Spickhoff*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 107 Rn. 54; Uneinigkeit besteht darüber, ob § 107 BGB in diesem Fall teleologisch reduziert oder analog angewendet wird.

<sup>8</sup> Vgl. *Klinck*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.9.2024, § 929 Rn. 69; ob das Gewahrsam an der Sache wirklich wechseln muss, ist umstritten, gegen eine derartige Publizität *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 929 Rn. 59 m.w.N.

### (a) Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts und Legitimation kraft Rechtsschein

Die Verfügung des Nichtberechtigten M stellt ein Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts dar, da Veräußerer M und Erwerber K nicht nur formal, sondern auch wirtschaftlich personenverschieden waren.<sup>9</sup> Indem M im Besitz des Rennrads war, war er als Verfügender kraft Rechtsschein legitimiert.<sup>10</sup>

### (b) Kein Abhandenkommen

Ferner dürfte das Rad nicht gem. § 935 Abs. 1 BGB abhandengekommen sein. Dies setzt voraus, dass der unmittelbare Besitzer den Besitz ohne seinen Willen verloren hat.<sup>11</sup> H hat M das Rennrad freiwillig zum Zwecke einer Probefahrt überlassen. Zu diesem Zeitpunkt hatte M auch tatsächlich vor, das Rad nur für die Probefahrt zu verwenden. Eine etwaige Unfreiwilligkeit des Besitzverlustes aufgrund einer Täuschung über die wahren Absichten des M kommt also nicht in Betracht.<sup>12</sup> Das Rennrad ist also nicht gem. § 935 Abs. 1 S. 1 BGB abhandengekommen.

### (c) Keine Bösgläubigkeit

K dürfte zum Zeitpunkt des etwaigen Eigentumserwerbs nicht bösgläubig gewesen sein. Gem. § 932 Abs. 2 BGB ist der Erwerber nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört. K hat M für den Eigentümer des Rads gehalten. Er war gemäß dem Wortlaut des § 932 Abs. 2 BGB gutgläubig. K würde also das Eigentum an dem Rennrad erwerben. Es ist jedoch zu beachten, dass K an die Eigentümerstellung des M glaubt, einen Umstand, der bei tatsächlichem Vorliegen dazu führen würde, dass die Übereignung kein neutrales Geschäft, sondern rechtlich nachteilhaft für M wäre, sodass dessen Erklärung mangels Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters gem. § 107 BGB nichtig wäre. Wenn der minderjährige M also tatsächlich der Eigentümer des Rads wäre, könnte K das Eigentum an diesem schon deshalb nicht erwerben. Teilweise werden die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb aus diesem Grund bei neutralen Geschäften derart teleologisch reduziert, dass das Eigentum nicht erworben werden kann. Die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb würden den Erwerber nur so stellen wollen, wie er bei Richtigkeit seiner Vorstellungen stünde. Der Schutz des bisherigen Eigentümers könne nicht hinter dem Schutz des Erwerbers, der auch bei Richtigkeit seiner Vorstellungen nicht hätte erwerben können, zurücktreten.<sup>13</sup> Dem kann aber entgegengehalten werden, dass sich bei diesem Ansatz der Minderjährigenschutz nicht zugunsten des Minderjährigen, der hier nicht schutzbedürftig ist, sondern zugunsten des Eigentümers auswirken würde. Dies ist nicht der Zweck des Minderjährigenschutzes. Wie weit der Eigentümer im Falle der Veräußerung seines Eigentums durch einen Nichtberechtigten geschützt werden soll, ist vielmehr in den §§ 932 ff. BGB geregelt.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> Vgl. *Kindl*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 932 Rn. 3; a.A. *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 932 Rn. 36.

<sup>10</sup> Vgl. BGH NJW 1971, 1453 (1454).

<sup>11</sup> RG BeckRS 1909, 100257; BGH NJW 2014, 1524 (1525) m.w.N.

<sup>12</sup> Auch bei einer solchen Täuschung würde die Freiwilligkeit nicht entfallen, siehe nur BGH NJW 2020, 3711.

<sup>13</sup> *Medicus/Petersen*, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, 12. Aufl. 2024, Rn. 542; *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 932 Rn. 11 verneint in diesen Fällen schon das Vorliegen eines neutralen Geschäfts.

<sup>14</sup> *Duden*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2024, § 107 Rn. 87; *Spickhoff*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 107 Rn. 54; v. *Olshausen*, AcP 189 (1989), 223 (232 ff.).

#### (d) Zwischenergebnis

Ob hier ein Erwerb vom Nichtberechtigten nach § 932 Abs. 1 S. 1 BGB möglich ist, kann indes dahinstehen, wenn ein Eigentumserwerb kraft Genehmigung stattgefunden hat.

#### b) Kraft Genehmigung

Die Verfügung des nichtberechtigten M wird gem. § 185 Abs. 1 Var. 1 BGB wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt. Eine Genehmigung ist gem. § 184 Abs. 1 BGB die nachträgliche Zustimmung. Ausdrücklich liegt eine solche nicht vor. H hat jedoch von M die Herausgabe der 10.000 € verlangt, die M als Gegenleistung für die Übereignung des Rennrads erhalten hat. Gem. §§ 133, 157 BGB kann dies dahingehend verstanden werden, dass H damit die Verfügung genehmigen möchte, damit diese H gegenüber wirksam wird und das durch die Verfügung Erlangte gem. § 816 Abs. 1 S.1 BGB herausverlangt werden kann. Folglich liegt eine konkludente Genehmigung der Verfügung gem. § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB vor.

#### c) Zwischenergebnis

Die entgeltliche Verfügung über das Eigentum an dem Rennrad durch den nichtberechtigten M ist H gegenüber gem. § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB wirksam.

### 3. Umfang des Anspruchs

Fraglich ist, was genau mit dem „Erlangten“ gemeint ist, das H herausverlangen kann. Überwiegend wird darunter die Gegenleistung, die der Verfügende von dem Erwerber erhalten hat, verstanden.<sup>15</sup> M hat von K als Gegenleistung für die Verfügung über das Eigentum an dem Rennrad 10.000 € erhalten. Dies könnte H nach der herrschenden Auffassung herausverlangen. Dafür streitet zum einen der Wortlaut des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB, der von dem „durch die Verfügung Erlangten“ und nicht etwa von dem „durch die Verfügung Erlangten Gegenstand“ spricht.<sup>16</sup>

Andere legen das „Erlangte“ i.S.d. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB dahingehend aus, dass nur der objektive Verkehrswert der Sache, über die verfügt wurde, herausverlangt werden kann.<sup>17</sup> Das Rad hat einen Wert von 9.800 €. Diesen könnte H demnach herausverlangen. Begründet wird dies damit, dass der Veräußerer schließlich nur die Befreiung von der gegen ihn gerichteten Forderung durch seine Verfügung erlange. Da dieser Wert nicht herausgegeben werden könne, müsse der Verkäufer den Wert nach § 818 Abs. 2 BGB ersetzen. Dieser Wert bestimme sich nach dem objektiven Verkehrswert des Gegenstandes.<sup>18</sup>

Im Ergebnis überzeugt aber die erstgenannte Auffassung nicht zuletzt dadurch, dass demnach der über dem objektiven Wert liegende Mehrerlös der Veräußerung des Gegenstands als Teil der Gegenleistung herausverlangt werden kann. Zwar ist der höhere Kaufpreis regelmäßig auf die besondere Geschäftstüchtigkeit des Verfügenden zurückzuführen, jedoch handelt es sich dabei letztlich um die Verfügung über fremde Rechte, sodass es unbillig ist, diesen Erlös dem Veräußerer zuzusprechen.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Statt vieler *Wendehorst*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 816 Rn. 16.

<sup>16</sup> BeckRS 1959, 31198289; *Wendehorst*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 816 Rn. 17.

<sup>17</sup> *Medicus/Petersen*, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, 12. Aufl. 2024, Rn. 723; *Schwab*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 816 Rn. 45.

<sup>18</sup> *Medicus/Petersen*, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, 12. Aufl. 2024, Rn. 723.

<sup>19</sup> *Koppensteiner/Kramer*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1975, S. 130.



Folglich kann H von M die Zahlung von 10.000 € als Herausgabe des Erlangten i.S.d. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB verlangen.<sup>20</sup>

## II. Ergebnis

H hat gegen M einen Anspruch auf Zahlung von 10.000 € gem. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB.

### Frage 2: Hat T gegen M einen Anspruch auf Rückzahlung der 10.000 €?

#### I. Anspruch entstanden

T könnte einen Anspruch gegen M auf Rückzahlung der 10.000 € aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB haben.

##### 1. Wirksamer Darlehensvertrag, § 488 BGB

Dies setzt zunächst voraus, dass ein wirksamer Darlehensvertrag zwischen T und M geschlossen wurde. Ein Darlehensvertrag besteht als Konsensualvertrag<sup>21</sup> aus zwei korrespondierenden Willenserklärungen, Angebot und Annahme (§§ 145 ff. BGB).<sup>22</sup> Bei einem Darlehensvertrag ist hierfür gem. § 488 Abs. 1 BGB erforderlich, dass der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer einen Geldbetrag zur Verfügung stellt und der Darlehensnehmer zur Rückzahlung des Darlehens verpflichtet ist. T und M haben sich auf die Auszahlung eines zinslosen Darlehens i.H.v. 10.000 € geeinigt. Ein wirksamer Darlehensvertrag liegt mithin vor.

##### 2. Valutierung

Für den Anspruch aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB müsste das Darlehen auch valuiert, ergo zur Verfügung gestellt worden sein.<sup>23</sup> Eingeschlossen sind dabei alle Formen der Auszahlung, wie etwa die Übergabe von Bargeld oder die Bereitstellung durch bargeldlosen Zahlungsverkehr.<sup>24</sup> Im vorliegenden Fall hat T dem M das Geld im Februar 2023 überwiesen. Damit wurde das Darlehen auch valuiert.

##### 3. Fälligkeit

Schließlich müsste die Darlehensvaluta auch zur Rückzahlung fällig sein. Bei Darlehen mit bestimmter Laufzeit ist dies dann der Fall, wenn die Laufzeit zu Ende ist; anderenfalls, wenn eine der Vertrags-

---

<sup>20</sup> Wenngleich die überzeugenderen Argumente klar für die Auffassung der h.M. sprechen, spielt es zu diesem Zeitpunkt der Prüfung keine Rolle mehr, wenn Studierende mit überzeugender Argumentation eine andere Auffassung vertreten.

<sup>21</sup> Die frühere Lehre vom sog. Realvertrag ist durch die Regelungen des § 488 BGB zum Darlehensvertrag überholt, vgl. *Berger*, in: *Jauernig, Kommentar zum BGB*, 19. Aufl. 2023, § 488 Rn. 5; zur früher vertretenen Realvertragstheorie *Milbert*, *AcP* 192 (1992), 447 (449).

<sup>22</sup> Daher finden die allgemeinen Vorschriften der §§ 130 ff., 145 ff. BGB Anwendung. Ein Darlehensvertrag kann somit nicht nur durch ausdrückliche Willenserklärungen, sondern auch durch schlüssiges Verhalten, wie die Auszahlung und Nutzung der Darlehenssumme, zustande kommen, vgl. *K.P. Berger*, in: *MüKo-BGB*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, § 488 Rn. 2.

<sup>23</sup> Diese Voraussetzung ergibt sich aus dem Wortlaut der Vorschrift („[...] das zur Verfügung gestellte Darlehen“), näher hierzu *K.P. Berger*, in: *MüKo-BGB*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, § 488 Rn. 25 ff.

<sup>24</sup> *Rohe*, in: *BeckOK BGB*, Stand: 1.8.2024, § 488 Rn. 15; siehe auch *Begr. GE, BT-Drs.* 14/6040, S. 253.

parteien den Darlehensvertrag kündigt, § 488 Abs. 3 S. 1 BGB. Ein Laufzeitende wurde vorliegend nicht vereinbart, sodass die Fälligkeit von der Kündigung abhängt.

### a) Wirksame Kündigung durch T

#### aa) Kündigungserklärung

Fraglich ist, ob T den Darlehensvertrag wirksam gekündigt hat. Die Kündigung ist eine empfangsbedürftige, bedingungsfeindliche Willenserklärung.<sup>25</sup> Demnach kann sie auch stillschweigend erklärt werden, solange sich aus der Erklärung der Wille des Kündigenden ergibt, das Rechtsverhältnis zu beenden.<sup>26</sup> Hieraus folgt, dass für eine wirksame Kündigungserklärung das Verlangen einer Partei genügt, dass die Darlehenssumme nunmehr zurückgezahlt werden müsse.<sup>27</sup> T schrieb M einen Brief, in welchem er ihn auffordert, ihm das Geld bis zum 8.4.2024 zurückzuzahlen. Hieraus geht das Rückzahlungsverlangen des T eindeutig hervor. Eine entsprechende Kündigungserklärung liegt mithin vor.

#### bb) Zugang

Diese Kündigungserklärung müsste allerdings auch zugegangen sein, § 130 Abs. 1 S. 1 BGB. Der Zugang einer Willenserklärung ist dann anzunehmen, wenn die Erklärung so in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass für den Empfänger unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht.<sup>28</sup> Unter Abwesenden gelangt die Willenserklärung in den Machtbereich des Adressaten, wenn sie dessen Empfangseinrichtung erreicht, der Brief etwa in den Briefkasten eingeworfen oder in das Postfach gelegt wird. Ausreichend ist auch, wenn die Erklärung auf andere Weise in den Machtbereich des Empfängers gelangt, etwa der Brief unter der Haustür in die Wohnung des Empfängers geschoben wird.<sup>29</sup>

M wurde der Brief erst am 10.1.2023 durch F ausgehändigt. Ein zeitlich vorgelagerter Zugang läge nur dann vor, wenn F als Empfangsbotin des M anzusehen wäre, wodurch der Brief bereits mit der Übergabe an F in den Machtbereich des M gelangt wäre. Der Empfangsbote hat die Funktion einer personifizierten Empfangseinrichtung. Daher ist Zugang anzunehmen, wenn nach den gewöhnlichen Umständen mit der Weitergabe des Schriftstücks vom Empfangsboten an den Empfänger gerechnet werden kann.<sup>30</sup>

Fraglich ist demgemäß, ob F als Empfangsbotin zu qualifizieren ist. Empfangsbote ist, wer entweder vom Empfänger zur Entgegennahme von Erklärungen ermächtigt worden ist oder wer nach der Verkehrsauffassung als ermächtigt anzusehen ist, Erklärungen mit Wirkung für den Erklärungsempfänger entgegenzunehmen und zur Übermittlung an den Empfänger geeignet und bereit ist.<sup>31</sup> Im privaten Bereich ordnet die Verkehrsanschauung Eheleute,<sup>32</sup> aber auch eingetragene Lebenspartner sowie die Beteiligten nichtehelicher und nichtpartnerschaftlicher Lebensgemeinschaften als

<sup>25</sup> Berger, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 19. Aufl. 2023, § 488 Rn. 27.

<sup>26</sup> BGH WM 1965, 767 (768).

<sup>27</sup> K.P. Berger, in: MüKo-BGB, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, § 488 Rn. 229; so auch OLG Dresden WM 2015, 1191 (1992).

<sup>28</sup> Vgl. Einsele, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 130 Rn. 16.

<sup>29</sup> Vgl. Dörner, in: Schulze u.a., Handkommentar zum BGB, 12. Aufl. 2024, § 130 Rn. 3 f.; BGH NJW 2003, 3270; ArbG Hagen DB 1976, 1159.

<sup>30</sup> Vgl. BGH NJW 1965, 965 (966); BGH NJW-RR 1989, 757 (758); BAG NJW 2011, 2604; vgl. auch Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 12. Aufl. 2024, Rn. 285; Einsele, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 130 Rn. 25.

<sup>31</sup> Gomille, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.9.2022, § 130 Rn. 104; Köhler, BGB, Allgemeiner Teil, 48. Aufl. 2024, § 6 Rn. 16.

<sup>32</sup> BGH NJW 1994, 2613 (2614).

wechselseitige Empfangsboten ein.<sup>33</sup> F ist als feste Partnerin von M, mit dem sie in einer häuslichen Lebensgemeinschaft lebt, als Empfangsbotin zu qualifizieren. Unter Zugrundelegung gewöhnlicher Umstände ist zudem davon auszugehen, dass F den ihr am 2.1.2024 ausgehändigten Brief spätestens am Folgetag an M übergeben würde. Somit ist die Kündigungserklärung M am 3.1.2024 zugegangen.

#### b) Kündigungsfrist

Darüber hinaus müsste T die gesetzlich vorgeschriebene Kündigungsfrist eingehalten haben. Gem. § 488 Abs. 3 S. 2 BGB beträgt die Kündigungsfrist drei Monate. Maßgeblich ist insoweit der Zugang der Kündigung.<sup>34</sup> Geht man demnach von einem Zugang am 3.1.2024 aus, beginnt die Frist am 4.1.2024 um 0:00 Uhr zu laufen, vgl. § 187 Abs. 1 BGB. Die Frist endet gem. § 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB am 3.4.2024 um 24:00 Uhr. Damit ist das Rückforderungsverlangen ab dem 9.4.2024 fristgerecht.

#### 4. Zwischenergebnis

Der Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB ist entstanden.

### II. Anspruch untergegangen

Damit der Anspruch fortbesteht, dürfte die Verbindlichkeit aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB nicht erloschen sein. Allerdings könnte der Anspruch durch eine Aufrechnung seitens M gem. § 389 BGB teilweise untergegangen sein. Die Aufrechnung wirkt gem. § 389 BGB rückwirkend auf den Zeitpunkt, zu dem die zur Aufrechnung gestellten Forderungen erstmals aufrechenbar einander gegenüberstanden.

#### 1. Aufrechnungserklärung

Fraglich ist zunächst, ob M die Aufrechnung erklärt hat. Die Aufrechnung als einseitiges Rechtsgeschäft bedarf einer Aufrechnungserklärung, § 388 S. 1 BGB.<sup>35</sup> Dies ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die den Aufrechnungswillen des Erklärenden klar zum Ausdruck bringen muss.<sup>36</sup> Eine ausdrückliche Erklärung ist jedoch nicht erforderlich; auch das Wort „Aufrechnen“ muss nicht notwendig verwendet werden.<sup>37</sup> M erklärte gegenüber T eine „Verrechnung“ der Ansprüche. Dies ist nach §§ 133, 157 BGB anhand des maßgeblichen objektiven Empfängerhorizontes auszulegen und lässt den Aufrechnungswillen deutlich werden. Eine Aufrechnungserklärung liegt demnach vor.

---

<sup>33</sup> BAG NJW 2011, 2604; BAG NJW 2011, 2604 f. Dies wird mit der Lebenserfahrung begründet, dass in der Regel davon auszugehen ist, dass eine für einen Ehepartner bestimmte Erklärung durch die Übergabe an den anderen Partner in dessen Macht- und Zugriffsbereich gelangt, sodass dieser Kenntnis davon nehmen kann, vgl. auch *Gomille*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.9.2022, § 130 Rn. 106.

<sup>34</sup> Vgl. *Rohe*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 488 Rn. 35 f.; *K.P. Berger*, in: MüKo-BGB, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, § 488 Rn. 222.

<sup>35</sup> Die Aufrechnungserklärung ist als empfangsbedürftige Willenserklärung ein einseitiges Rechtsgeschäft mit rechtsgestaltender Wirkung und bedingungsfeindlich, vgl. § 388 Abs. 1 S. 2 BGB, hierzu *Stürner*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 19. Aufl. 2023, § 388 Rn. 1; *Schlüter*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 388 Rn. 3.

<sup>36</sup> Vgl. *Dennhardt*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 388 Rn. 1. Der Wirksamkeit steht auch nicht entgegen, dass F die Aufrechnung mündlich erklärt hat, da die Aufrechnungserklärung grundsätzlich an keine Form gebunden ist, vgl. *Skamel*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2024, § 388 Rn. 8.

<sup>37</sup> Vgl. *Schlüter*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 388 Rn. 1 ff.

## 2. Aufrechnungslage

Zudem müsste eine Aufrechnungslage bestanden haben. Eine Aufrechnungslage ist gem. § 387 BGB gegeben, wenn zwei Personen einander Leistungen schulden (Gegenseitigkeit), die ihrem Gegenstand nach gleichartig sind (Gleichartigkeit) und der Aufrechnende die ihm gebührende Leistung fordern (fällige und durchsetzbare Gegenforderung) und die ihm obliegende Leistung bewirken kann (erfüllbare Hauptforderung).

### a) Gegenseitigkeit

Zunächst gilt also zu prüfen, ob gegenseitige Forderungen von T und M bestehen. Gegenseitigkeit der Forderungen bedeutet, dass sich die Parteien wechselseitig als Gläubiger und Schuldner gegenüberstehen.<sup>38</sup>

#### aa) Hauptforderung

Es bestand – wie oben gezeigt – ein Anspruch auf Rückzahlung eines Darlehens des T gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB als Hauptforderung.

#### bb) Gegenforderung

##### (1) Kaufvertrag, § 433 BGB

Darüber hinaus müsste M auch eine Gegenforderung, mit der gegen die Hauptforderung aufgerechnet werden soll, zustehen. In Betracht kommt hierfür ausschließlich ein Anspruch auf Kaufpreiszahlung gem. § 433 Abs. 2 Alt. 1 BGB. Dafür müssten sich die Parteien wirksam auf den Abschluss eines Kaufvertrages über die Lampe zu einem Kaufpreis von 800 € geeinigt haben. Voraussetzung für das Zustandekommen eines Kaufvertrages ist auch hier eine Einigung; ergo müssten zwei kongruente Willenserklärungen, Angebot und Annahme, §§ 145 ff. BGB, vorliegen.<sup>39</sup> Ein Angebot des M ergibt sich aus seiner an T gerichteten Frage im Dezember 2023, ob dieser die Lampe für einen Freundschaftspreis von 800 € kaufen wolle. Dieses Angebot hat T durch seine Mitteilung angenommen, dass ihm die Lampe sehr gefalle und er damit einverstanden sei.<sup>40</sup>

##### (2) Ex-tunc-Nichtigkeit wegen Anfechtung, § 142 Abs. 1 BGB

T könnte den Vertragsschluss jedoch wirksam mit der Rechtsfolge angefochten haben, dass dieser als von Anfang an (ex tunc) nichtig anzusehen ist, § 142 Abs. 1 BGB.

#### (a) Anfechtungserklärung

Dafür müsste T die Anfechtung erklärt haben. Gem. § 143 Abs. 1 BGB erfolgt die Anfechtung durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil. Auch insoweit gelten die allgemeinen Auslegungsregeln für

---

<sup>38</sup> Schlüter, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 387 Rn. 6; Stürner, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 19. Aufl. 2023, § 387 Rn. 3 ff.

<sup>39</sup> Berger, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 19. Aufl. 2023, § 433 Rn. 3 f.

<sup>40</sup> Da an dieser Stelle der Schwerpunkt zweifellos nicht auf der Problematik des Zugangs gerichtet ist, wäre es nicht zuträglich, im Einzelnen auf die Abgabe und den Zugang der Willenserklärung einzugehen. Auch eine eingehendere Auseinandersetzung mit den Willenserklärungen von Angebot und Annahme war an dieser Stelle nicht erforderlich; gleichwohl wäre sie nicht negativ bewertet worden.

Willenserklärungen.<sup>41</sup> Die Anfechtungserklärung muss auf Grund ihres objektiven Erklärungswerts erkennen lassen, dass der Anfechtungsberechtigte seine vorangehende Erklärung nicht gelten lassen will.<sup>42</sup> Es ist unerheblich, ob der Begriff „anfechten“ verwendet wird. Ausschlaggebend ist vielmehr, dass die Willenserklärung in unmissverständlicher Weise erkennen lässt, dass ein Rechtsgeschäft aufgrund eines Fehlers, insbesondere eines Willensmangels, aufgehoben werden soll.<sup>43</sup> In der vorliegenden Konstellation führt T aus, dass der Kaufvertrag nicht gültig sei, da er nicht wusste, dass die Lampe tatsächlich nur 600 € kosten würde. Aus diesen Worten geht unmissverständlich hervor, dass er seine vorangehende Erklärung nicht gelten lassen will. Eine Anfechtungserklärung liegt mithin vor.

#### (b) Anfechtungsgrund

Weiterhin bedarf es eines tauglichen Anfechtungsgrundes. In Betracht kommt vorliegend ein Eigenschaftsirrthum gem. § 119 Abs. 2 BGB. Danach gilt als Irrtum über den Inhalt der Erklärung auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden.<sup>44</sup> Verkehrswesentliche Eigenschaften eines Gegenstands sind gegenwärtige, prägende Merkmale tatsächlicher oder rechtlicher Art, die in der Person oder dem Gegenstand selbst begründet sind und eine gewisse Beständigkeit aufweisen.<sup>45</sup> Keine Eigenschaft hingegen ist der Preis (Wert); er enthält lediglich ein Werturteil, das auf Eigenschaften beruht.<sup>46</sup> Hier irrte der T indes über den Preis. Ein Anfechtungsgrund liegt mithin nicht vor.

#### cc) Zwischenergebnis

Der Kaufvertrag wurde mangels eines tauglichen Anfechtungsgrundes nicht angefochten; er besteht mithin fort. Damit stehen sich gegenseitige Forderungen in Gestalt eines Rückzahlungsanspruchs aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB (Hauptforderung) sowie einer Kaufpreiszahlung aus § 433 Abs. 2 Alt. 1 BGB (Gegenforderung) gegenüber.

#### b) Gleichartigkeit der Forderungen

Weiterhin müssten die Forderungen auch gleichartig sein. Gleichartig sind die Forderungen, wenn der Leistungsgegenstand gleichartig ist.<sup>47</sup> Beide Forderungen sind auf die Zahlung einer Geldsumme gerichtet und somit gleichartig. Dabei ist unerheblich, dass die Geldsummen unterschiedlich hoch sind; dies gilt es einzig auf Rechtsfolgenseite zu berücksichtigen, vgl. § 389 BGB („soweit sie sich decken“).

---

<sup>41</sup> Siehe hierzu oben unter II. 1. zur Aufrechnungserklärung; eingehend auch BGH NJW 1984, 2279 m. Anm. *Canaris*.

<sup>42</sup> *Busche*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 143 Rn. 3.

<sup>43</sup> OLG Düsseldorf NJW-RR 2016, 1073 f.; BGH NJW 1984, 2279; *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 41 Rn. 13; *Busche*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 143 Rn. 3.

<sup>44</sup> Es handelt sich insoweit um einen ausnahmsweise beachtlichen Motivirrtum, vgl. *Ellenberger*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 119 Rn. 23; *Lieder/Berneith*, JuS 2016, 673 (678).

<sup>45</sup> *Mansel*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 19. Aufl. 2023, § 119 Rn. 13. Ein Beispiel ist etwa das Alter eines Gebrauchtwagens oder Mähdreschers, vgl. BGHZ 78, 221; OLG Stuttgart NJW 1989, 2547.

<sup>46</sup> BGH BB 1963, 285.

<sup>47</sup> *Dennhardt*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 387 Rn. 27 f.; *Stürner*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 19. Aufl. 2023, § 387 Rn. 6.

### c) Fälligkeit der Gegenforderung, Erfüllbarkeit der Hauptforderung, Aufrechnungsverbot

Die Gegenforderung von M ist auch gem. § 271 Abs. 1 Alt. 1 BGB fällig und die Hauptforderung von T gem. § 271 Abs. 1 Alt. 2 BGB erfüllbar, § 387 BGB a.E. Ein Aufrechnungsausschluss<sup>48</sup> ist zudem nicht ersichtlich.

### d) Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen der Aufrechnungslage liegen vor. Die Aufrechnung führt zum Erlöschen der Forderungen im Zeitpunkt der Entstehung der Aufrechnungslage. Die Forderungen erlöschen, soweit sie sich decken, § 389 BGB. Der Rückzahlungsanspruch i.H.v. 10.000 € ist damit durch Aufrechnung i.H.v. 800 € untergegangen.

## III. Endergebnis

T hat gegen M einen Anspruch auf Rückzahlung i.H.v. 9.200 € aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB.

### Frage 3: Hat T gegen F einen Anspruch auf Rückzahlung der 10.000 €?

#### I. Anspruch aus § 765 Abs. 1 BGB

T könnte gegen F einen Anspruch auf Rückzahlung der 10.000 € aus § 765 Abs. 1 BGB haben.

##### 1. Wirksamer Bürgschaftsvertrag

Voraussetzung dafür ist, dass zwischen T als Gläubiger der Hauptforderung und F als Bürgin ein wirksamer Bürgschaftsvertrag gem. § 765 Abs. 1 BGB besteht.<sup>49</sup>

##### a) Angebot seitens der F (Bürgschaftserklärung)

Das durch M im Namen der F aufgesetzte Schreiben könnte ein Angebot gem. § 145 BGB darstellen. Dieses Schreiben enthält alle vertragswesentlichen Bestandteile eines Bürgschaftsvertrags und ist demnach ohne durch bloße Zustimmung annahmefähig.<sup>50</sup>

F hat allerdings nicht selbst gehandelt. Das Schreiben wurde vielmehr durch M aufgesetzt. Die Erklärung könnte aber gem. § 164 Abs 1 S. 1 BGB für und gegen die F gelten.

---

<sup>48</sup> So begründet etwa § 392 BGB ein Aufrechnungshindernis bezüglich der beschlagnahmten Hauptforderung. Unter „Beschlagnahme“ ist die Pfändung einer Forderung durch einen Dritten zu verstehen. § 393 BGB schafft ein Aufrechnungshindernis hinsichtlich einer Forderung, die aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung resultiert. Diese Regelung dient dem Zweck, eine Privatrache gegenüber einem zahlungsunfähigen Schuldner zu verhindern. Von Bedeutung ist hierbei, dass ausschließlich vorsätzliches und nicht grob fahrlässiges Verhalten erfasst wird. Darüber hinaus bleibt eine Aufrechnung mit einer deliktischen Forderung grundsätzlich stets möglich, hierzu eingehend *Schlüter*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 393 Rn. 1 ff.

<sup>49</sup> Ein Bürgschaftsvertrag kann etwa auch gem. § 328 Abs. 1 BGB zwischen dem Bürgen und dem Schuldner der Hauptforderung zugunsten des Gläubigers geschlossen werden, *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 765 Rn. 12; vorliegend ist ein dahingehender Wille der Parteien aber nicht ersichtlich, §§ 133, 157 BGB.

<sup>50</sup> *H.-W. Eckert*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 145 Rn. 34; *Busche*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 145 Rn. 6.

### aa) Eigene Willenserklärung in fremdem Namen

M hat das Schreiben im Namen der F aufgesetzt und somit eine eigene Willenserklärung in fremdem Namen abgegeben.

### bb) Vertretungsmacht

M müsste die Erklärung innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht abgegeben haben.

Dafür müsste M zunächst überhaupt Vertretungsmacht innegehabt haben. Indem F dem M sagt, er könne gerne ein Schreiben für sie aufsetzen, hat sie ihm mündlich durch Rechtsgeschäft die Vertretungsmacht gem. § 167 Abs. 1 BGB erteilt. M handelte im Rahmen dieser Vertretungsmacht.

Die Vollmacht könnte aber gem. § 125 S. 1 BGB als Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, nichtig sein. Gem. § 766 S. 1 BGB bedarf die Bürgschaftserklärung als solche zwar der Schriftform. Die Erteilung der Vollmacht bedarf hingegen gem. § 167 Abs. 2 BGB nicht der Form, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht. Dem Wortlaut des Gesetzes nach, wäre die M von der F mündlich erteilte Vollmacht zur (schriftlichen) Abgabe einer Bürgschaftserklärung also wirksam. Dieses Ergebnis erscheint jedoch unbillig. § 766 S. 1 BGB hat den Zweck, dem Bürgen Inhalt und Umfang seiner Haftung vor Augen zu führen. Der bezweckte Schutz des Bürgen würde ins Leere laufen, wenn es möglich wäre, dass der Bürge formlos die Vollmacht zur Abgabe der Bürgschaftserklärung ausstellen könnte.<sup>51</sup> Aus diesem Grund bedarf auch die Erteilung der auf die Abgabe einer Bürgschaftserklärung gerichteten Vollmacht der Schriftform gem. § 766 S. 1 BGB.<sup>52</sup>

Zum Teil wird hierzu indes einschränkend vertreten, dies solle nur dann gelten, wenn die Vollmacht unwiderruflich erteilt worden sei.<sup>53</sup> Im Einklang mit den zur Vollmachtserteilung bei Grundstücksgeschäften entwickelten Grundsätzen<sup>54</sup> sei daher auch im Hinblick auf die Verbürgung die Vollmachtserteilung nur dann als formbedürftig anzusehen, wenn mit ihr bereits eine endgültige Bindungswirkung für den Bürgen einhergeht. Dies sei nur der Fall, wenn die Vollmacht unwiderruflich erteilt werde.<sup>55</sup>

Dem kann indes nicht gefolgt werden. Einerseits kann der Vollmachtgeber regelmäßig nicht abschätzen, ob sein Widerruf auch rechtzeitig vor der Ausübung der Vollmacht erfolgt.<sup>56</sup> Zum anderen würde der Zweck der Schutzvorschrift des § 766 BGB, dem Bürgen Inhalt und Umfang seiner Haftung deutlich vor Augen zu führen, ausgehöhlt, wenn man es ausreichen ließe, dass der Bürge – insbesondere Hauptschuldner oder Gläubiger – mündlich ermächtigt. Ließe man die uneingeschränkte Geltung des § 167 Abs. 2 BGB im Fall einer (lediglich) widerrufenen Vollmacht zu, könnte die gesetzliche Formvorschrift ihre Warnaufgabe dem Bürgen gegenüber nicht erfüllen. Demnach ist die vorliegende, mündlich erteilte Vollmacht wegen Ermangelung der gesetzlich vorgeschriebenen Form gem. § 125 S. 1 BGB nichtig.<sup>57</sup>

<sup>51</sup> Habersack, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 766 Rn. 21.

<sup>52</sup> BGH NJW 1996, 1467 (1468); Habersack, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 766 Rn. 21 m.w.N.

<sup>53</sup> Eine generelle Formbedürftigkeit ablehnend Keim, NJW 1996, 2774 (2775); ebenfalls einschränkend Gröschler, in: Soergel, Kommentar zum BGB, Bd. 19, 14. Aufl. 2024, § 766 Rn. 23.

<sup>54</sup> Vgl. hierzu die Rechtsprechung zu § 311b Abs. 1 S. 1 BGB (BGH NJW 1952, 1210 [1211]; BGH NJW 1979, 2306 f.), wonach dieses Formgebot nur bei unwiderruflicher Vollmacht Anwendung findet.

<sup>55</sup> Rösler, NJW 1999, 1150 (1952); Schubert, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 167 Rn. 29; Gröschler, in: Soergel, Kommentar zum BGB, Bd. 19, 14. Aufl. 2024, § 766 Rn. 23.

<sup>56</sup> Madaus, in: BeckOGK BGB, Stand: 15.5.2024, § 766 Rn. 20.

<sup>57</sup> Sollten Studierende bei § 167 Abs. 2 BGB verbleiben, müssten sie weiterprüfen und § 138 Abs. 1 BGB wegen einer Angehörigenbürgschaft anprüfen, aber ablehnen, da F viel Geld geerbt hat und deswegen keine krasse finanzielle Überforderung des Bürgen zu erkennen ist (vgl. BGH NJW 1994, 1278). Weiter müsste das Bestehen

M hat somit ohne Vertretungsmacht gehandelt. Gem. § 177 Abs. 1 BGB hängt die Wirksamkeit des Vertrags für und gegen den Vertretenen von dessen Genehmigung ab. Der Vertrag ist mithin schwebend unwirksam. Als T sich an F wendet und von ihr die Rückzahlung der 10.000 € verlangt, erwidert diese mit Verweis auf die Unwirksamkeit der Bürgschaftsvertrags, dass sie nicht zahlen werde. Gem. §§ 133, 157 BGB kann dies als Verweigerung der Genehmigung ausgelegt werden, da dies die Unwirksamkeit des Vertrags herbeiführt. Der Bürgschaftsvertrag ist also endgültig unwirksam.

## 2. Zwischenergebnis

Zwischen T und F besteht kein Bürgschaftsvertrag gem. § 765 Abs. 1 BGB.

## II. Ergebnis

T hat gegen F keinen Anspruch auf Rückzahlung der 10.000€ aus § 765 Abs. 1 BGB.

---

der Verbindlichkeit aus dem Darlehensvertrag schon hier geprüft werden und die Aufrechnung über § 770 Abs. 2 BGB angesprochen werden; danach muss die Einrede der Vorausklage gem. § 771 S. 1 BGB angenommen werden, welche der Durchsetzbarkeit des Anspruchs entgegensteht.



## Zwischenprüfungsklausur: Verhängnisvoller Zahlendreher

*Prof. Dr. Jörg Ennuschat, Wiss. Mitarbeiter Nils-Raphael Paus, Bochum\**

*Diese Klausur wurde im Sommersemester 2024 von Prof. Dr. Jörg Ennuschat als Zwischenprüfungsklausur an der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum gestellt. Die Bearbeitungszeit belief sich auf 180 Minuten.*

### Sachverhalt

A ist Busunternehmer mit Sitz in Bochum. Zum Schutz seines Fuhrparks vor witterungsbedingten Einflüssen hat er erst jüngst auf seinem Betriebsgrundstück eine Fahrzeughalle samt Flachdach errichtet. Dabei wird er auf ein vom Ministerium für Wirtschaft, Industrie, Klimaschutz und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen aufgesetztes Förderprogramm aufmerksam, dessen Ziel der Ausbau von Photovoltaik (sog. Solaranlagen) auf gewerblich genutzten Frei- oder Dachflächen ist. Entschließt sich der Gewerbetreibende zur Anschaffung und Inbetriebnahme solcher Anlagen, soll dies durch Landesmittel, die auch im Haushaltsplan des Jahres 2022 ausgewiesen sind, subventioniert werden. Dabei heißt es in der zur Regelung der Vergabe erlassenen und regelmäßig angewandten Richtlinie:

„§ 1 Voraussetzung und Umfang der Förderung

(1) Auf Antrag ist der Inhaberin oder dem Inhaber eines Gewerbebetriebs eine Förderung (verlorener Zuschuss) i.H.v. 10.000 € pro 1.000 Quadratmeter von einer neu anzuschaffenden und in Betrieb zu nehmenden Photovoltaik zu gewähren. [...]

§ 2 Zuständige Bewilligungs- und Auszahlungsstellen

Zuständige Bewilligungs- und Auszahlungsstellen sind die Landrätinnen und Landräte der Kreise und die Oberbürgermeisterinnen und Oberbürgermeister der kreisfreien Städte.“

In zutreffender Weise entnimmt A aus der Vergaberichtlinie, dass auch er zu deren Adressatenkreis gehört, und entschließt sich daraufhin, seinen Betrieb zukünftig mit selbst produzierter und auf Dauer kostensparender Sonnenenergie zu versorgen. Auf dem für die Antragstellung auszufüllenden Formular wird ihm die Frage gestellt, welche Fläche seine geplante Photovoltaikanlage einnehmen wird. Um einen möglichst großen Ertrag zu generieren, beabsichtigt er, die gesamte Dachfläche der Fertigungshalle zu nutzen. Nach kurzem Überlegen meint A, sich an eine Äußerung der Architektin erinnern zu können, die Halle selbst, und damit auch das Dach, seien 5.300 Quadratmeter groß. Diese Zahl trägt er dann auch in das dafür vorgesehene Feld ein.

Daraufhin erlässt der Oberbürgermeister der Stadt Bochum im Januar 2022 einen Bescheid, in dem A eine Subvention von 53.000 € gewährt wird. Im Februar 2022 wird das Geld ausgezahlt. Nachdem A die Photovoltaikanlage auf seinem Dach errichtet hat, fällt dem zuständigen Behördenmitarbeiter W bei einer Stichprobenkontrolle im März 2023 auf, dass die Angaben des A unzutreffend sind: Der Vergleich mit dem Baunterlagen zeigt, dass die Dachfläche der Fertigungshalle lediglich

---

\* Prof. Dr. Jörg Ennuschat ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht an der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum. Nils-Raphael Paus ist dort Wiss. Mitarbeiter.

3.500 Quadratmeter groß ist und demnach auch die Photovoltaikanlage nicht größer sein kann. Obwohl ihm die Umstände insoweit klar sind, möchte W sich mit eigenen Augen ein Bild von der Lage machen und führt daher im Oktober 2023 einen Ortstermin durch, bei dem auch A anwesend ist. Auf Nachfrage des W, wie es zu dieser offensichtlich falschen Eintragung der Fläche hat kommen können, entgegnet der sichtlich verdutzte A, dass ihm wohl ein „Zahlendreher“ unterlaufen sei.

Aufgrund chronischer Unterbesetzung und Arbeitsüberlastung der kommunalen Verwaltung kommt W erst im April 2024 dazu, einen Aufhebungs- und einen Rückzahlungsbescheid i.H.v. 18.000 € zu erstellen, die in einem Schreiben zusammengefasst sind, das dem A wenig später zugeht. In der ansonsten ordnungsgemäß erfolgten Begründung heißt es, dass man sich aufgrund des gegenwärtigen Sachverhalts zu einer solchen Entscheidung „gezwungen“ sehe.

A ist empört. Er könne die teilweise Aufhebung des Bescheides nicht nachvollziehen und sehe sich nicht in der Lage, das Geld zurückzuzahlen, da es bereits in der Solaranlage investiert sei und auch im Übrigen seine geringe Liquidität dies nicht hergebe. Er bittet Sie, die Rechtmäßigkeit sowohl des Aufhebungs- als auch des Rückzahlungsbescheides zu prüfen.

### Bearbeitungsvermerk

Es ist auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Fragen – ggf. hilfsgutachtlich – einzugehen.

### Lösungsvorschlag

<b>A. Rechtmäßigkeit des Aufhebungsbescheides .....</b>	<b>1217</b>
<b>I. Ermächtigungsgrundlage des Aufhebungsbescheides.....</b>	<b>1218</b>
<b>II. Formelle Rechtmäßigkeit der Aufhebung .....</b>	<b>1218</b>
1. Zuständigkeit.....	1218
2. Verfahren.....	1218
3. Form .....	1219
4. Zwischenergebnis .....	1219
<b>III. Materielle Rechtmäßigkeit des Aufhebungsbescheides .....</b>	<b>1219</b>
1. Tatbestandsvoraussetzungen des § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG NRW .....	1219
a) (Erst-)Verwaltungsakt.....	1219
b) Rechtswidrigkeit des Subventionsbescheides .....	1219
aa) Ermächtigungsgrundlage des Subventionsbescheides .....	1219
a) Formelle Rechtmäßigkeit des Subventionsbescheides .....	1220
b) Materielle Rechtmäßigkeit des Subventionsbescheides.....	1220
(1) Rechtswidrigkeit schon infolge eines Verstoßes gegen eine Verwaltungsvorschrift?.....	1220
(2) Voll- oder Teilrechtswidrigkeit?.....	1221
c) Zwischenergebnis.....	1221
2. Rechtsfolgenseite.....	1221

a) Rücknahmeausschluss gem. § 48 Abs. 1 S. 2 VwVfG NRW i.V.m. § 48 Abs. 2 VwVfG NRW .....	1221
aa) Begünstigender Verwaltungsakt als Geldleistungs-Verwaltungsakt .....	1221
bb) Schutzwürdiges Vertrauen auf Bestand des Verwaltungsakts .....	1222
(1) Bestandsvertrauen als subjektiver Vertrauensstatbestand.....	1222
(2) Schutzwürdigkeit des Bestandsvertrauens .....	1222
(a) Erwirken durch unrichtige Angaben, § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 VwVfG NRW .....	1222
(b) Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der Rechtswidrigkeit, § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 VwVfG NRW .....	1223
(c) Erwirken durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung, § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 VwVfG NRW .....	1223
cc) Zwischenergebnis.....	1223
b) Rücknahmeausschluss gem. § 48 Abs. 4 VwVfG NRW: Bearbeitungs- oder Entscheidungsfrist?.....	1223
c) Intendiertes Ermessen gem. § 48 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 4 VwVfG NRW .....	1224
d) Zwischenergebnis.....	1225
<b>IV. Ergebnis .....</b>	<b>1225</b>
<b>B. Rechtmäßigkeit des Rückzahlungsbescheides .....</b>	<b>1225</b>
<b>I. Ermächtigungsgrundlage für die Rückzahlungsaufforderung.....</b>	<b>1225</b>
<b>II. Formelle Rechtmäßigkeit der Festsetzung.....</b>	<b>1225</b>
1. Zuständigkeit.....	1225
2. Verfahren.....	1225
3. Form .....	1226
4. Zwischenergebnis .....	1226
<b>III. Materielle Rechtmäßigkeit der Festsetzung.....</b>	<b>1226</b>
1. Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage.....	1226
2. Rechtsfolgenseite: gebundene Entscheidung; Umfang der Erstattungspflicht .....	1226
<b>IV. Ergebnis .....</b>	<b>1226</b>
<b>C. Gesamtergebnis.....</b>	<b>1226</b>

Fraglich ist, ob der Aufhebungs- und der Rückzahlungsbescheid rechtmäßig sind.

#### A. Rechtmäßigkeit des Aufhebungsbescheides

Die teilweise Aufhebung der Bewilligung ist rechtmäßig, soweit sie auf einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage beruht und sowohl formell als auch materiell rechtmäßig ist.

## I. Ermächtigungsgrundlage des Aufhebungsbescheides

Mangels spezialgesetzlicher Normen kommt § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG NRW als Ermächtigungsgrundlage in Betracht.

*Hinweis:* Nach einem verbreiteten Prüfungsaufbau folgt an dieser Stelle die Abgrenzung zwischen einer Rücknahme gem. § 48 VwVfG NRW und einem Widerruf gem. § 49 VwVfG NRW. Inzident wird dazu im Rahmen des Prüfungspunktes „Ermächtigungsgrundlage“ die Rechtmäßigkeit des Erst-Verwaltungsaktes geprüft.<sup>1</sup> Dies läuft zwar auf eine methodisch nicht überzeugende Vorprüfung hinaus, ist aber dennoch vertretbar.

## II. Formelle Rechtmäßigkeit der Aufhebung

Die Aufhebung müsste formell rechtmäßig sein. Dazu müsste sie von der zuständigen Behörde in einem ordnungsgemäßen Verfahren formgerecht ergangen sein.

### 1. Zuständigkeit

Der Oberbürgermeister der Stadt Bochum ist nach § 2 der Vergaberichtlinie die zuständige Behörde für die Bewilligung und deshalb sachlich zuständig für die Aufhebung der Bewilligung.

*Hinweis:* § 48 Abs. 5 VwVfG NRW i.V.m. § 3 VwVfG NRW regelt nur die örtliche Zuständigkeit. Die innerbehördliche Organisation ist an dieser Stelle unerheblich.

### 2. Verfahren

Die Subventionsgewährung ist eine hoheitliche Maßnahme des Oberbürgermeisters (einer Behörde i.S.d. § 1 Abs. 2 VwVfG NRW) zur Regelung eines Einzelfalls mit Außenwirkung und deshalb ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG NRW. Dasselbe gilt dann für die Aufhebung (sog. Kehrseitentheorie). Deshalb müssen die Verfahrensanforderungen für Verwaltungsakte beachtet werden.

A wurde der Aufhebungsbescheid bekanntgeben (§ 41 Abs. 1 und 2 VwVfG NRW). Fraglich ist, ob er vor Erlass des Bescheides auch angehört wurde (§ 28 Abs. 1 VwVfG NRW). W trifft im Oktober 2023 im Zuge des Ortstermins auf A. Dort fragt W den A nach den näheren Umständen der Antragstellung und wie es zu dieser falschen Flächenangabe kommen konnte. Damit gab ihm W die Gelegenheit, sich zu den entscheidungserheblichen Tatsachen zu äußern. Eine Anhörung wurde mithin durchgeführt. Die Begründungsanforderungen des § 39 Abs. 1 S. 1 VwVfG NRW wurden ebenfalls gewahrt.

*Hinweis:* Mit entsprechender Begründung ist es vertretbar, hierin keine hinreichende Anhörung des A zu sehen. Dann wäre nach Subsumtion unter § 28 Abs. 1 und 2 VwVfG NRW auf die Heilungsmöglichkeit nach § 45 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 VwVfG NRW durch Nachholung bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens einzugehen.

---

<sup>1</sup> Wie hier *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 11 Rn. 29; ausdrücklich auf eine bloß „gedankliche“ Vorprüfung hinweisend *Schmidt*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 24. Aufl. 2024, S. 304.

### 3. Form

Der Aufhebungsbescheid ist schriftlich ergangen, sodass die Form gewahrt ist (vgl. § 37 Abs. 2 S. 1 VwVfG NRW).

### 4. Zwischenergebnis

Der Aufhebungsbescheid ist formell rechtmäßig.

## III. Materielle Rechtmäßigkeit des Aufhebungsbescheides

Der Aufhebungsbescheid müsste materiell rechtmäßig sein.

### 1. Tatbestandsvoraussetzungen des § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG NRW

Auf Tatbestandsseite muss ein rechtswidriger Verwaltungsakt vorliegen.

#### a) (Erst-)Verwaltungsakt

Die Subventionsgewährung ist ein Verwaltungsakt (siehe oben II. 2.).

#### b) Rechtswidrigkeit des Subventionsbescheides

##### aa) Ermächtigungsgrundlage des Subventionsbescheides

Als taugliche Ermächtigungsgrundlage für die Subventionsbewilligung kommt § 1 Abs. 1 der Vergaberichtlinie in Betracht. Sie wurde durch das Wirtschaftsministerium NRW erlassen, jedoch weder als Parlamentsgesetz (formell-materielles Gesetz) noch als Satzung oder Verordnung (rein materielles Gesetz), sondern als Verwaltungsvorschrift. Die Wirkung einer Verwaltungsvorschrift ist grundsätzlich auf den verwaltungsinternen Bereich beschränkt. Sie entfaltet keine Außenwirkung und ist daher nur für die adressierten Behörden verbindlich. Dritte werden von ihr allenfalls mittelbar betroffen. Ähnliches gilt für den Haushaltsplan in Form des Haushaltsgesetzes (Art. 81 Abs. 3 S. 1 LV NRW) als lediglich formelles Gesetz.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die Bewilligung auf Grundlage der Vergaberichtlinie mit dem Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG vereinbar ist.

Hinsichtlich der Reichweite des Vorbehalts des Gesetzes ist zwischen Eingriffs- und Leistungsverwaltung zu unterscheiden. In der Eingriffsverwaltung ist stets eine gesetzliche Grundlage erforderlich. Grundsätzlich genügt dabei ein materielles Gesetz. Wenn es sich um eine wesentliche Angelegenheit handelt, greift der Parlamentsvorbehalt, d.h. der Eingriff muss auf einem Parlamentsgesetz beruhen. Manche übertragen diese Linie auch auf die Leistungsverwaltung – anders die h.L., die im Regelfall keine gesetzliche Grundlage verlangt. Nur im Falle der Wesentlichkeit sei ein Gesetz erforderlich, grundsätzlich ein materielles Gesetz, bei besonders wichtigen Fragen sogar ein Parlamentsgesetz.

Was bedeutet dies für die Subventionsvergabe? Nach herrschender Ansicht reicht im Bereich der Subventionsvergabe jede parlamentarische Willensäußerung aus, auch solche ohne Außenwirkung. Werden die Mittel also im Haushaltsplan ausgewiesen und sind damit Gegenstand des Haushalts-

gesetzes, ist dem Vorbehalt des Gesetzes hiermit Genüge getan.<sup>2</sup> Die Vergabe selbst kann dann über Verwaltungsvorschriften erfolgen.<sup>3</sup> Etwas anderes gilt nur im Falle der Wesentlichkeit der Subventionsvergabe oder dann, wenn die Subventionierung des einen sich als Eingriff in Grundrechte des anderen auswirkt.<sup>4</sup>

Die Förderungsmöglichkeiten stehen im Ausgangspunkt jedem Gewerbetreibenden offen, es kommt der Behörde also gerade nicht auf die Bevorteilung eines bestimmten Akteurs an. Somit werden Konkurrenten durch die Subventionierung des A nicht in ihren Rechten beeinträchtigt; auch im Übrigen ist keine Wesentlichkeit gegeben. Das Haushaltsgesetz wird damit den in der Leistungsverwaltung herrschenden Anforderungen des Gesetzesvorbehalts gerecht und dient in Verbindung mit den Vergaberichtlinien als taugliche Ermächtigungsgrundlage für die Subventionsbewilligung.

#### a) Formelle Rechtmäßigkeit des Subventionsbescheides

A hat einen Antrag auf Erlass des Subventionsbescheides an die zuständige Stelle gerichtet.

#### b) Materielle Rechtmäßigkeit des Subventionsbescheides

Die materielle Rechtswidrigkeit des Subventionsbescheides könnte sich dadurch ergeben, dass die Bewilligung entgegen den in § 1 Vergaberichtlinie aufgestellten Voraussetzungen erteilt wurde. Darin ist vorgesehen, dass der im Bescheid zu bewilligende Subventionsbetrag 10.000 € pro 1.000 Quadratmeter Anlagensfläche betragen soll. Das Dach und damit die Anlage des A hat eine Fläche von 3.500 Quadratmeter. Jedoch wurden ihm 53.000 € bewilligt. Der Bescheid verstößt also gegen die Vergaberichtlinie.

#### (1) Rechtswidrigkeit schon infolge eines Verstoßes gegen eine Verwaltungsvorschrift?

Fraglich ist jedoch erstens, ob die Missachtung einer Verwaltungsvorschrift eine Rechtswidrigkeit i.S.d. § 48 Abs. 1 VwVfG NRW begründen kann. Dagegen spricht, dass der Verwaltungsvorschrift Außenwirkung fehlt.<sup>5</sup> Wenn die Verwaltung aber die Verwaltungsvorschrift beachtet und anwendet, schafft sie eine ständige Verwaltungspraxis. Setzt sie sich im Einzelfall ohne rechtfertigenden Grund über diese Praxis hinweg und gewährt trotz des Fehlens der ansonsten geforderten Voraussetzungen die Leistung, verletzt sie das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG in seiner objektiv-rechtlichen Funktion.<sup>6</sup> Die Rechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheides ergibt sich also durch den Verstoß gegen die ständige Verwaltungspraxis, die durch die Vergaberichtlinie konturiert wird.

---

<sup>2</sup> BVerwGE 6, 282 (287); einschränkend auch BVerwGE 90, 112 (126); *Mußgnug*, VVDStRL 47 (1989), 113 (122 ff.); *Degenhart*, Staatsorganisationsrecht, 40. Aufl. 2024, Rn. 326; a.A. sog. Lehre vom Totalvorbehalt: *Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, S. 502; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 6 Rn. 21; *Sommermann*, in: *Huber/Voßkuhle*, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 281.

<sup>3</sup> *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, Rn. 286.

<sup>4</sup> BVerfGE 80, 124 (132); BVerwGE 75, 109 (117); 90, 112 (126 f.); *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 6 Rn. 15 f.; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 75.

<sup>5</sup> Keine Rechtswidrigkeit durch bloße *Richtlinien*widrigkeit deshalb BVerwG NVwZ 2003, 1384 (1384); VGH Mannheim BeckRS 2014, 52253 Rn. 33; *Schoch*, in: *Schoch/Schneider*, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, Stand: Juli 2020, § 48 Rn. 83.

<sup>6</sup> Dann eine Rechtswidrigkeit als *Verfassungsrechtswidrigkeit* BVerwG NVwZ 2003, 1384 (1384); OVG Münster NVwZ-RR 1997, 585 (587 f.); *Müller*, in: *BeckOK VwVfG*, Stand: 1.7.2024, § 48 Rn. 30; *Müller*, in: *Huck/Müller*, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2020, § 48 Rn. 6; *Peuker*, in: *Knack/Henneke*, VwVfG, Kommentar, 11. Aufl. 2019, § 48 Rn. 48.

## (2) Voll- oder Teilrechtswidrigkeit?

Zweitens ist fraglich, inwieweit der Verwaltungsakt rechtswidrig ist. Richtlinienwidrig ist lediglich die Gewährung der überschießenden Summe i.H.v. 18.000 €. Führt ein Teilverstoß gegen die Verwaltungsvorschrift zur Voll- oder zur Teilrechtswidrigkeit?

In Anlehnung an die Rechtsgedanken aus § 44 Abs. 4 VwVfG NRW, § 139 BGB ist Teilrechtswidrigkeit dann anzunehmen, wenn (1.) die Leistung teilbar ist und (2.) davon ausgegangen werden kann, dass die Behörde den Verwaltungsakt ohne den rechtswidrigen Teil erlassen hätte. Auf Geldleistung gerichtete Verwaltungsakte sind teilbar. Vorliegend sind die Voraussetzungen für eine Bewilligung der Förderung i.H.v. 35.000 € gegeben. In dieser Höhe hätte die Behörde die Subvention deshalb bewilligen müssen.

Der Subventionsbescheid ist mithin bloß teilrechtswidrig.

## c) Zwischenergebnis

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG NRW für eine Teilrücknahme des Subventionsbescheides i.H.v. 18.000 € liegen vor.

*Hinweis:* Die Behörde ist von vornherein auf eine Teilrücknahme beschränkt. Eine vollständige Rücknahme des Subventionsbescheides – i.H.v. 53.000 € – bei bloßer Teilrechtswidrigkeit wäre dagegen rechtswidrig. Grund dafür ist wohl schon die fehlende Tatbestandsmäßigkeit des § 48 Abs. 1 VwVfG NRW (nur soweit auch tatsächlich rechtswidrig). Jedenfalls wäre die Rücknahmeentscheidung aber ermessensfehlerhaft (weil unverhältnismäßig, da nicht erforderlich).

## 2. Rechtsfolgenseite

Die Rücknahmeentscheidung steht im Ermessen der Behörde. Sie ist nur dann zulässig, wenn alle Ermessensgrenzen beachtet und auch im Übrigen das Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt wurde.

*Hinweis:* Nach hier vertretender Ansicht handelt es sich bei den Rücknahmeeinschränkungen der § 48 Abs. 1 S. 2 VwVfG NRW i.V.m. § 48 Abs. 2–4 VwVfG NRW nicht um Tatbestandsvoraussetzungen des § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG NRW, sondern um Ermessensgrenzen. Sie sind daher erst hier unter dem Prüfungspunkt „Rechtsfolge“ anzusprechen. Sollte der/die Bearbeiter/-in an dieser Stelle einen anderen Aufbau wählen, ist dies jedoch ebenso vertretbar.

### a) Rücknahmeausschluss gem. § 48 Abs. 1 S. 2 VwVfG NRW i.V.m. § 48 Abs. 2 VwVfG NRW

Vorliegend könnte das Ermessen insoweit begrenzt sein, dass die Rücknahme gem. § 48 Abs. 1 S. 2 VwVfG NRW i.V.m. § 48 Abs. 2 VwVfG NRW ausgeschlossen ist.

#### aa) Begünstigender Verwaltungsakt als Geldleistungs-Verwaltungsakt

Zunächst müsste im Subventionsbescheid ein begünstigender Verwaltungsakt liegen, der auf Gewährung einer einmaligen oder laufenden Geldleistung oder teilbaren Sachleistung gerichtet ist. Vorliegend wird durch den Subventionsbescheid das Recht des A begründet, von der zuständigen Stelle die Auszahlung des Subventionsbetrags i.H.v. 53.000 € verlangen zu können (= Anspruch). Hierin liegt die Gewährung einer einmaligen Geldleistung.



## bb) Schutzwürdiges Vertrauen auf Bestand des Verwaltungsakts

Damit der Rücknahmeausschluss gem. § 48 Abs. 1 S. 2 VwVfG NRW i.V.m. § 48 Abs. 2 VwVfG NRW greift, muss A des Weiteren in schutzwürdiger Weise auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut haben.

### (1) Bestandsvertrauen als subjektiver Vertrauenstatbestand

Subjektiv ist es zunächst notwendig, dass der Betroffene tatsächlich auf den Bestand des Verwaltungsakts vertraut hat. Davon ist dann auszugehen, wenn A sein Vertrauen in irgendeiner Weise nach außen hin wahrnehmbar betätigt hat, also einen sog. Vertrauenstatbestand geschaffen hat.<sup>7</sup> Bei Geldleistungs-Verwaltungsakten kommen dafür etwa von ihm getätigte Vermögensdispositionen in Frage. In Abgrenzung zu Satz 2 müssen diese aber gerade nicht irreversibel sein.<sup>8</sup> Zum Zeitpunkt der Rücknahme hat A die Photovoltaikanlage auf seinem Dach bereits errichtet und die Kosten dafür mit den Subventionsmitteln gegenfinanziert. A vertraut auf den Bestand des Subventionsbescheides.

### (2) Schutzwürdigkeit des Bestandsvertrauens

Ob A auch in schutzwürdiger Weise auf den Bestand des Subventionsbescheides vertraut, entscheidet sich gem. § 48 Abs. 2 S. 1 VwVfG NRW unter Abwägung seines Bestandsinteresses und des öffentlichen Rücknahmeinteresses. Für den Fall, dass der Begünstigte die gewährten Leistungen bereits verbraucht oder, wie hier, eine (praktisch) irreversible Vermögensdisposition in Form der Investition getroffen hat, trifft der Gesetzgeber in Satz 2 die Regelvermutung der Schutzwürdigkeit. Diese und jedes weitere Bestandsinteresse kann aber nur so weit reichen, wie keine der Alternativen des § 48 Abs. 2 S. 3 Nrn. 1–3 VwVfG NRW einschlägig ist. In diesen Fällen hält der Gesetzgeber eine Berufung auf das Vertrauen jedenfalls für unzulässig und gibt damit dem öffentlichen Rücknahmeinteresse den Vorzug.

#### (a) Erwirken durch unrichtige Angaben, § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 VwVfG NRW

Fraglich ist, ob A den Verwaltungsakt durch Angaben erwirkt hat, die in wesentlicher Beziehung unrichtig sind. Im Zuge der Antragstellung gibt A auf dem Formular an, dass die von ihm geplante Photovoltaikanlage eine Fläche von 5.300 Quadratmeter haben wird. Das dafür vorgesehene Dach ist aber lediglich 3.500 Quadratmeter groß und die für die Anlage genutzte Fläche dementsprechend kleiner. Die Angaben des A stimmen nicht mit der Wirklichkeit überein und sind insoweit objektiv unrichtig. Darüber hinaus muss er den Verwaltungsakt *durch* die unrichtigen Angaben erwirkt haben. Wie sich aus der Vergaberichtlinie erkennen lässt, ist die geplante Fläche der jeweiligen Anlage Berechnungsgrundlage für die Subventionssumme. Aus der unrichtigen Angabe der Fläche resultiert die unrichtige Berechnung der Subvention und schließlich auch die richtlinienwidrige und also rechtswidrige Subventionsgewährung.

Fraglich ist, ob Nr. 2 Verschulden verlangt. Dagegen spricht, dass in Nr. 1 („arglistig“ = vorsätzlich) und in Nr. 3 („Fahrlässigkeit“) Verschulden ausdrücklich als Merkmal angeführt wird, nicht aber in Nr. 2. Es genügt daher, dass die fehlerhafte Angabe in den Verantwortungsbereich des A fällt.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Eine bloße Vertrauensbildung ohne dessen Betätigung genügt nicht, BVerwGE 24, 294 (296); 48, 87 (93); 68, 159 (164); *Schoch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, Stand: Juli 2020, § 48 Rn. 135; *Suerbaum*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2019, § 48 Rn. 127; *Knoke*, Rechtsfragen der Rücknahme von Verwaltungsakten, 1989, S. 148 f.; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 40 Rn. 135 und in Fn. 326 m.w.N. dafür und dagegen.

<sup>8</sup> *Kastner*, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2021, VwVfG § 48 Rn. 43.

<sup>9</sup> Im Ergebnis auch BVerwGE 74, 357 (364); OVG Magdeburg BeckRS 2023, 2570, Rn. 35; *Ehlers/Kallerhoff*, Jura 2009, 823 (830); *Martini*, JA 2016, 830 (831); *Müller*, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.7.2024, § 48 Rn. 63; *Schoch*, in:



Im Übrigen dürfte bei A ohnehin Fahrlässigkeit zu bejahen sein.

**(b) Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der Rechtswidrigkeit, § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 VwVfG NRW**

Zudem könnte A sich auch deshalb nicht auf Vertrauen berufen, wenn er zum Zeitpunkt der Subventionserteilung die Rechtswidrigkeit des Bescheides kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte. Hierfür bedarf es einer Parallelwertung in der Laiensphäre:<sup>10</sup> Hätte A erkennen müssen, dass die Gewährung des übersetzten Betrags nicht erfolgen durfte?

*Hinweis:* Mit entsprechender Begründung ist es gleichermaßen vertretbar, bei A nur von grob fahrlässiger Unkenntnis hinsichtlich der Umstände (Nr. 3 wäre nicht erfüllt) oder auch grob fahrlässiger Unkenntnis hinsichtlich der Rechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheides (Nr. 3 wäre erfüllt) auszugehen.

**(c) Erwirken durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung, § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 VwVfG NRW**

Eine arglistige, also vorsätzliche Täuschungshandlung des A ist nicht ersichtlich.

**cc) Zwischenergebnis**

Das Vertrauen des A auf Bestand des Subventionsbescheides ist jedenfalls wegen seines Einwirkens auf die Rechtswidrigkeit durch unrichtige Angaben nicht schutzwürdig (§ 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 VwVfG NRW).

**b) Rücknahmeausschluss gem. § 48 Abs. 4 VwVfG NRW: Bearbeitungs- oder Entscheidungsfrist?**

Ferner dürfte die Rücknahme nicht deshalb ausgeschlossen sein, weil die Frist aus § 48 Abs. 4 VwVfG NRW abgelaufen ist. Erhält die Behörde demnach von Tatsachen Kenntnis, welche die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts rechtfertigen, so ist die Rücknahme nur innerhalb eines Jahres seit dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme zulässig.

Hier stellt sich zunächst die Frage des Fristbeginns. Teile der Literatur qualifizieren die Jahresfrist als sog. Bearbeitungsfrist, d.h. ihr Beginn richtet sich danach, wann von den die Rechtswidrigkeit begründenden Tatsachen Kenntnis genommen wird.<sup>11</sup> Die Behörde hätte ab diesem Zeitpunkt ein Jahr Zeit, die weiteren Voraussetzungen der Rücknahme zu prüfen. Überwiegend wird jedoch für den Fristbeginn der Zeitpunkt angesetzt, in dem bereits die sog. Entscheidungsreife hergestellt ist, also der Behörde neben den die Rechtswidrigkeit begründenden Tatsachen auch alle übrigen für die Rücknahmeentscheidung erheblichen Tatsachen bekannt sind.<sup>12</sup> Die Jahresfrist ist so verstanden

---

Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, Stand: Juli 2020, § 48 Rn. 172; a.A. noch BayVGH BayVBl. 1987, 696.

<sup>10</sup> Peuker, in: Knack/Hennecke, VwVfG, Kommentar, 11. Aufl. 2019, § 48 Rn. 122; Kastner, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2021, VwVfG § 48 Rn. 48; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 40 Rn. 162.

<sup>11</sup> Ehlers/Kallerhoff, Jura 2009, 823 (834); Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 11 Rn. 44; Ruffert, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 22 Rn. 24; Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, Stand: Juli 2020, § 48 Rn. 247; zumindest kritisch Suerbaum, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2019, § 48 Rn. 197; darüber hinaus Peuker, in: Knack/Hennecke, VwVfG, Kommentar, 11. Aufl. 2019, § 48 Rn. 98 f., der die Auslegung als Entscheidungsfrist sogar als „contra legem“ bezeichnet.

<sup>12</sup> BVerwGE 70, 356 (362 f.); OVG Münster NVwZ-RR 2020, 333 (333 Rn. 9).

eine Entscheidungsfrist.

Nimmt man eine Bearbeitungsfrist an, beginnt die Frist des § 48 Abs. 4 VwVfG NRW im März 2023. Zu diesem Zeitpunkt erkennt W als Amtswalter der zuständigen Behörde nach Sichtung des Grundbuchauszugs, dass die im Subventionsbescheid für die Berechnung der Subventionssumme veranschlagte Fläche nicht der tatsächlichen Photovoltaikanlagenfläche entsprechen kann. Versteht man § 48 Abs. 4 VwVfG NRW als Entscheidungsfrist, liegt der Fristbeginn in dem Zeitpunkt, in dem der zuständige Behördenmitarbeiter alle für die Rücknahmeentscheidung erheblichen Tatsachen kennt. Zur Herstellung der Entscheidungsreife gehört aber jedenfalls auch, dem Betroffenen die Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern, mithin gem. § 28 Abs. 1 VwVfG NRW eine Anhörung durchzuführen.<sup>13</sup> Die Anhörung des A findet beim Ortstermin im Oktober 2023 statt. Mithin läuft die Entscheidungsfrist erst ab diesem Zeitpunkt.

Verstünde man die Frist aus § 48 Abs. 4 VwVfG NRW als Bearbeitungsfrist, wäre im April 2024 von einem Fristablauf auszugehen. Als Entscheidungsfrist wäre sie hingegen gewahrt.

*Hinweis:* Beide Ansichten sind mit entsprechender Begründung gleichermaßen vertretbar. Im Folgenden wird mit der herrschenden Auffassung davon ausgegangen, dass § 48 Abs. 4 VwVfG als Entscheidungsfrist zu verstehen ist, sodass die Frist noch nicht abgelaufen ist.

### c) Intendiertes Ermessen gem. § 48 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 4 VwVfG NRW

Gem. § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG NRW steht die Entscheidung über die Rücknahme im Ermessen der Behörde. Problematisch könnte vor diesem Hintergrund die Äußerung des W gesehen werden, dass er sich zur Rücknahme „gezwungen“ sehe. Hierin könnte ein Ermessensfehler in Gestalt des Ermessensnichtgebrauchs liegen. Die Rechtswidrigkeit des Aufhebungsbescheides begründet der Nichtgebrauch von Ermessen jedoch nur dann, wenn von vornherein keine Ermessensreduzierung vorlag.

Jedenfalls in den Fällen, in denen sich der Betroffene wegen einer oder mehrerer der Gründe aus § 48 Abs. 2 S. 3 VwVfG NRW nicht auf sein Vertrauen am Bestand des Verwaltungsakts berufen kann, ist das Ermessen gem. § 48 Abs. 2 S. 4 VwVfG NRW insofern intendiert, als „in der Regel“ mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen ist.<sup>14</sup> Dabei beziehen sich die gesetzlichen Ermessensausübungsleitlinien nicht nur auf die Frage, ob der Verwaltungsakt auch für die Vergangenheit zurückgenommen werden soll, sondern schon auf die Frage der Rücknahme überhaupt.<sup>15</sup> A hat den Bewilligungsbescheid durch unrichtige Angaben i.S.d. § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 VwVfG NRW erwirkt.

Erst wenn die Behörde aufgrund von besonderen Gründen im Einzelfall („atypische Umstände“<sup>16</sup>) eine Ausnahme von dieser Regel annehmen darf, eröffnet sich das Rücknahmeeressen. Jedoch lie-

<sup>13</sup> BVerwGE 164, 237 (247 Rn. 32); OVG Münster NVwZ-RR 2020, 333 (333 Rn. 11); *Schoch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, Stand: Juli 2020, § 48 Rn. 249; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 40 Rn. 229.

<sup>14</sup> BVerwG, Urt. v. 23.5.1996 – 3 C 13/94, Rn. 51 (juris); *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 40 Rn. 165–173; im Ergebnis ebenso, aber nicht als „intendiertes Ermessen“ *Suerbaum*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2019, § 48 Rn. 147; auch *Schoch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, Stand: Juli 2020, § 48 Rn. 189 ff., insb. Rn. 191 als „Ermessensdirektive“.

<sup>15</sup> OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 26.11.2015 – 7 B 4.15, Rn. 29 (juris); VGH Mannheim BeckRS 2018, 1128 Rn. 34; *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 25. Aufl. 2024, § 48 Rn. 127c; *Müller*, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.7.2024, § 48 Rn. 40; *Suerbaum*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2019, § 48 Rn. 147; a.A. *Schoch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, Stand: Juli 2020, § 48 Rn. 190.

<sup>16</sup> BVerwGE 143, 230 (234 Rn. 16).

gen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Rücknahme der Bewilligung für A unzumutbar ist. Allein der Umstand, dass er das bewilligte Geld vollumfänglich ausgegeben hat, führt nicht zur Unzumutbarkeit, wie sich auch aus § 49a Abs. 2 VwVfG ergibt. Da kein atypischer Fall vorliegt, handelt die Behörde nicht ermessensfehlerhaft, wenn sie die Rücknahmeentscheidung für zwingend hält.

*Hinweis:* Die Annahme eines Ermessensfehlers (Ermessensnichtgebrauch) ist mit entsprechender Begründung gleichermaßen vertretbar.

#### d) Zwischenergebnis

Es wurde eine zulässige Rechtsfolge getroffen.

### IV. Ergebnis

Der Rücknahmebescheid i.H.v. 18.000 € ist rechtmäßig.

#### B. Rechtmäßigkeit des Rückzahlungsbescheides

Fraglich ist, ob die Rückzahlungsaufforderung i.H.v. 18.000 € rechtmäßig ist.

##### I. Ermächtigungsgrundlage für die Rückzahlungsaufforderung

Ermächtigungsgrundlage ist § 49a Abs. 1 S. 2 VwVfG NRW. Dieser stellt eine spezialgesetzliche Ausprägung des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs dar<sup>17</sup> und ist gem. § 49a Abs. 1 S. 2 VwVfG NRW als Verwaltungsakt geltend zu machen (= Festsetzung). Die Behörde besitzt insoweit Verwaltungsakt-Befugnis.

##### II. Formelle Rechtmäßigkeit der Festsetzung

Die Rückzahlungsaufforderung müsste formell rechtmäßig sein.

###### 1. Zuständigkeit

Die Aufhebungsbehörde ist auch die Festsetzungsbehörde,<sup>18</sup> in diesem Fall der Oberbürgermeister der Stadt Bochum.

###### 2. Verfahren

Die Festsetzung erging – wie auch die Rücknahme – in einem ordnungsgemäßen Verfahren.

---

<sup>17</sup> Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, Stand: Juli 2020, § 49a Rn. 1; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 49a Rn. 1.

<sup>18</sup> Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 49a Rn. 34.

### 3. Form

Als besonderes Formerfordernis ist hier die in § 49a Abs. 1 S. 2 VwVfG NRW angeordnete Schriftform zu nennen. Diese wurde von der Behörde eingehalten.

### 4. Zwischenergebnis

Insgesamt erfolgte die Festsetzung formell rechtmäßig.

## III. Materielle Rechtmäßigkeit der Festsetzung

### 1. Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

Vorliegend wird ein Verwaltungsakt für die Vergangenheit (teilweise) zurückgenommen. Diese Rücknahme ist auch wirksam. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 49a Abs. 1 S. 1 VwVfG NRW sind erfüllt.

### 2. Rechtsfolgende: gebundene Entscheidung; Umfang der Erstattungspflicht

§ 49a Abs. 1 S. 2 VwVfG NRW schreibt der Behörde die Rückforderung durch Festsetzung bei wirksam erfolgter Rücknahme vor (kein Ermessen, gebundene Verwaltung).

Gem. § 49a Abs. 2 S. 1 VwVfG NRW richtet sich der Umfang der Erstattung nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, § 818 BGB. Danach ist die Erstattung insbesondere ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist, § 818 Abs. 3 BGB. Dies soll aber regelmäßig nur dann der Fall sein, wenn das Erlangte (hier: 18.000 €) in keiner Weise mehr im Vermögen des Bereicherungsschuldners vorhanden ist, also ersatzlos weggefallen ist. Gegenwärtig hat A aber Eigentum und Besitz an der Solaranlage erlangt. Mithin ist A weiterhin bereichert. Er ist entsprechend § 818 Abs. 2 BGB zum Wertersatz verpflichtet.

*Hinweis:* Auf § 49a Abs. 2 S. 2 VwVfG NRW kommt es deshalb nicht mehr an. Bearbeiter/-innen könnten die Frage der Entreicherung jedoch auch offenlassen und unter Hinweis auf § 49a Abs. 2 S. 2 VwVfG NRW die Berufung auf den Wegfall der Bereicherung ausschließen.

## IV. Ergebnis

Die Rückzahlungsaufforderung i.H.v. 18.000 € ist rechtmäßig.

### C. Gesamtergebnis

Sowohl der Aufhebungs- als auch der Rückzahlungsbescheid sind rechtmäßig.

## Zwischenprüfungsklausur: Wer betreut hier wen?

*Jun.-Prof. Dr. Jens Gerlach, Lüneburg, Jun. Prof. Dr. Maria Marquardsen, Bochum\**

### Sachverhalt

Nach diversen Uneinigkeiten innerhalb der amtierenden Regierungskoalition entschließen sich die Koalitionsparteien, ein Gesetzgebungsverfahren anzustoßen, bei dem mehr Einigkeit besteht und von dem sie sich positive Reaktionen der Bevölkerung versprechen: Es soll ein bundesweiter Rechtsanspruch auf ganztägige Betreuung von Grundschulkindern eingeführt werden. Dieser soll erstmals für Grundschulkindern gelten, die im Schuljahr 2025/26 eingeschult werden, und vermittelt den Familien einen Anspruch auf Betreuung von mindestens acht Stunden am Tag (Schulunterrichtszeit eingeschlossen). Durch welche Einrichtung die Betreuung angeboten wird und wie sie inhaltlich ausgestaltet ist, soll den Bundesländern überlassen werden.

Durch die Ganztagesbetreuung sollen die Bildungs- und Teilhabechancen aller Grundschulkindern flächendeckend verbessert und eine individuelle Förderung des Sozialverhaltens ermöglicht werden. Die Ganztagesbetreuung ermöglicht es den Kindern – unter der Aufsicht von Erwachsenen –, den Umgang mit Konflikten in Gruppen zu erlernen und soziale Interaktion zu üben. Gleichzeitig sollen auf diese Weise Beruf und Familie besser miteinander vereinbart werden.

In den Bundesländern Brandenburg, Sachsen-Anhalt und Thüringen gibt es einen solchen Anspruch bereits seit einigen Jahren, andere Bundesländer haben flächendeckend Ganztageschulen eingerichtet, die aber nicht mit einem Betreuungsanspruch der Familien einhergehen. Die Bundesregierung hat zwar keine Belege dafür, dass die Betreuungssituation in den Bundesländern ohne Rechtsanspruch tatsächlich schlechter ist als in Brandenburg, Sachsen-Anhalt und Thüringen und kann auch keine gesamtwirtschaftlichen Nachteile durch die unterschiedlichen Regelungen feststellen. Sie hält eine einheitliche Regelung aber für politisch sinnvoll.

Um den Gesetzentwurf wirklich „wasserdicht zu machen“ und weil im Bundesfamilienministerium gerade ein Personalnotstand herrscht, beauftragt das Ministerium eine Rechtsanwaltskanzlei damit, einen Gesetzentwurf für das Ganztagsförderungsgesetz (GaFöG) auszuarbeiten.

Dieser Entwurf wird sodann im Bundeskabinett verabschiedet. Weil es der Bundesregierung nicht schnell genug gehen kann, behandelt sie den Entwurf des GaFöG nicht selbst weiter. Stattdessen stellt sie der kleinsten der drei Koalitionsfraktionen F eine „Formulierungshilfe“ zur Verfügung. Die F bringt daraufhin einen mit dem Entwurf der Bundesregierung wortgleichen und von ihr unterzeichneten Gesetzentwurf in den Bundestag ein.

Der Bundestag behandelt die Sache in seiner letzten Sitzung vor der Sommerpause. Wie in dieser Zeit üblich ist von den 736 Mitgliedern nur ein geringer Teil anwesend. Dieses Mal sind es 314 Mitglieder. Die Sitzung verläuft zunächst ohne besondere Vorkommnisse. Der Entwurf des GaFöG wird sodann in der zweiten Lesung des Bundestags debattiert. Da es noch einige Punkte vor der Sommerpause zu besprechen gibt, wird der Entwurf schon nach der zweiten Lesung zur Abstimmung gestellt. 102 Abgeordnete stimmen für den Entwurf, 67 dagegen. 145 enthalten sich.

---

\* Jun.-Prof. Dr. Jens Gerlach ist Juniorprofessor für Öffentliches Recht, insbesondere Öffentliches Wirtschaftsrecht an der Leuphana Universität Lüneburg; Jun.-Prof. Dr. Maria Marquardsen ist Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Steuerrecht an der Ruhr-Universität Bochum.

Wenige Tage nach der Sitzung leitet der Präsident des Bundestags die Sache dem Bundesrat zu. Im Bundesrat ist man sich uneinig und beschließt daher fristgerecht, zu verlangen, dass ein Vermittlungsausschuss einberufen wird. Die Verhandlungen des Vermittlungsausschusses bringen aber keine Änderungen des Gesetzentwurfs zustande. Der Bundesrat berät drei Tage nach Eingang der Mitteilung des Vermittlungsausschusses und stellt schließlich zur Abstimmung, ob der Bundesrat „das GaFöG ablehnen“ wolle. In der Abstimmung gibt es von den insgesamt 69 Stimmen zunächst 33 für eine „Ablehnung“, 27 dagegen und sechs Enthaltungen. Das Bundesland B, das die noch ausstehenden drei Stimmen innehat, ist sich uneins. Auch auf mehrmalige Nachfrage des Bundesratspräsidenten hin äußert ein Regierungsmitglied, dass es gegen die „Ablehnung“ stimme, die Ministerpräsidentin und das weitere Regierungsmitglied dafür. Der Bundesratspräsident geht daraufhin davon aus, dass das Gesetz angesichts einer knappen Mehrheit für die „Ablehnung“ einstweilen gescheitert sei, und informiert den Bundestag.

Der Bundestag prüft die Angelegenheit und ist anderer Meinung als der Bundesratspräsident. Er leitet das GaFöG daher dem Bundesfamilienminister zu, der das Gesetz gegenzeichnet. Auf eine Gegenzeichnung auch der Bundeskanzlerin wird entgegen der sonst üblichen Vorgehensweise verzichtet, weil sich die Bundeskanzlerin gegenwärtig von einer Krankheit erholt.

Der Bundespräsident ist unschlüssig, ob er das Gesetz ausfertigen muss. Von einer Oppositionsfraktion wurden Zweifel an der Gesetzgebungskompetenz des Bundes angemeldet, die er teilt: Die Fraktion hat angemerkt, dass die Betreuung in ganz wesentlichen Teilen durch die Schulen verwirklicht würde, da sie sich gerade auch auf die Schulzeit und die schulischen Angebote der Nachmittagsbetreuung bezieht. Damit seien Bildungsfragen betroffen und das Schulrecht unterliege nun mal der alleinigen Gesetzgebungskompetenz der Länder. Die Regierung hat auf Nachfrage erwidert, sie sehe keine Kompetenzprobleme. Ganz wie beim Betreuungsanspruch für Kleinkinder ab einem Jahr handele es sich um eine Regelung, mit der auf die soziale Bedürftigkeit von Familien reagiert werde, und dementsprechend um öffentliche Fürsorge. Der Bundespräsident bezweifelt darüber hinaus aber auch, dass das Gesetzgebungsverfahren fehlerfrei verlaufen ist.

### Fallfrage

Muss der Bundespräsident das GaFöG ausfertigen?

### Bearbeitungshinweise

Prüfen Sie die Situation unter Berücksichtigung aller aufgeworfenen Rechtsfragen.

Von der materiellen Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes ist auszugehen.

### Lösungsvorschlag

<b>A. Gesetzgebungskompetenz des Bundes</b> .....	<b>1230</b>
<b>I. Ausschließliche Gesetzgebungskompetenz</b> .....	<b>1230</b>
<b>II. Konkurrierende Gesetzgebungskompetenz</b> .....	<b>1230</b>
1. Kompetenztitel der öffentlichen Fürsorge, Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG .....	1230
2. Erforderlichkeit gem. Art. 72 Abs. 2 GG .....	1231
a) Erforderlichkeit zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse.....	1231
b) Erforderlichkeit zur Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit .....	1232

c) Zwischenergebnis Art. 72 Abs. 2 GG.....	1232
3. Zwischenergebnis konkurrierende Gesetzgebungskompetenz .....	1232
<b>III. Zwischenergebnis Gesetzgebungskompetenz .....</b>	<b>1232</b>
<b>B. Gesetzgebungsverfahren .....</b>	<b>1232</b>
<b>I. Ordnungsgemäße Gesetzesvorlage .....</b>	<b>1233</b>
1. Zustandekommen der Vorlage .....	1233
2. Einbringung .....	1233
3. Zwischenergebnis Gesetzesvorlage .....	1234
<b>II. Zuleitung an den Bundesrat .....</b>	<b>1234</b>
<b>III. Beschluss Bundestag .....</b>	<b>1235</b>
1. Nur zwei Lesungen .....	1235
2. Beschlussfähigkeit .....	1235
3. Erforderliche Mehrheit.....	1236
4. Zwischenergebnis Bundestag.....	1236
<b>IV. Beteiligung Bundesrat .....</b>	<b>1236</b>
<b>V. Zustandekommen des Gesetzes .....</b>	<b>1236</b>
1. Zustimmungs- oder Einspruchsgesetz .....	1236
2. Wirksamer Einspruch .....	1237
3. Zwischenergebnis Zustandekommen .....	1238
<b>VI. Abschluss des Verfahrens .....</b>	<b>1238</b>
<b>C. Ergebnis .....</b>	<b>1238</b>

Der Bundespräsident muss das GaFÖG ausfertigen, wenn er andernfalls seine verfassungsmäßigen Pflichten verletzen würde. Nach Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG werden die nach den Vorschriften des Grundgesetzes zustande gekommenen Gesetze vom Bundespräsidenten nach Gegenzeichnung ausgefertigt und im Bundesgesetzblatt verkündet. Diese Vorschrift begründet prinzipiell eine Pflicht zur Ausfertigung, setzt aber tatbestandlich voraus, dass das Gesetz „nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes zustande gekommen“ ist. Daraus lässt sich schließen, dass der Bundespräsident bei solchen Gesetzen, die nicht nach den Vorschriften des GG zustande gekommen sind, dazu berechtigt ist, die Ausfertigung zu verweigern.<sup>1</sup>

Der Begriff des Zustandekommens greift den Wortlaut von Art. 78 GG auf, wonach ein Gesetz zustande kommt, wenn der Bundestag es beschlossen und der Bundesrat im jeweiligen Umfang mitgewirkt hat. Das Zustandekommen bezieht sich damit auf formelle Abläufe im Gesetzgebungsverfahren.<sup>2</sup> Hinzu kommen die systematische Stellung von Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG am Ende der Vor-

<sup>1</sup> Degenhart, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 40. Aufl. 2024, Rn. 803 ff.; Koriath/Müller, Staatsrecht I, 7. Aufl. 2024, Rn. 696; Haratsch, in: Sodan, Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2024, Art. 82 Rn. 6 ff.; Kment, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 82 Rn. 3; Mann, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 82 Rn. 7 ff.

<sup>2</sup> Haratsch, in: Sodan, Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2024, Art. 78 Rn 1; Kersten, in: Dürig/Herzog/Scholz,



schriften über das Gesetzgebungsverfahren und die zeitliche Möglichkeit des Bundespräsidenten, das gesamte Gesetzgebungsverfahren erstmals umfassend beurteilen zu können. Daraus lässt sich die grundgesetzliche Aussage ableiten, dass es dem Bundespräsidenten zusteht, die formelle Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zu prüfen, das heißt die Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 70 ff. GG und den ordnungsgemäßen Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens nach Art. 76 ff. GG.<sup>3</sup> Ob sich das Prüfungsrecht des Bundespräsidenten auch auf die materielle Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen erstreckt, ist angesichts des Wortlautes weniger klar.<sup>4</sup> Vorliegend beziehen sich die Zweifel des Bundespräsidenten aber einzig auf formelle Fragen, sodass diese weitergehende Frage dahinstehen kann.

Der Bundespräsident muss das GaFöG also nicht ausfertigen, wenn das GaFöG formell verfassungswidrig ist. Zu prüfen sind die Gesetzgebungskompetenz des Bundes und mögliche Fehler im Gesetzgebungsverfahren.

## A. Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Zu prüfen ist zunächst, ob dem Bund die Gesetzgebungskompetenz für die Einführung des Anspruchs auf Ganztagsbetreuung für Grundschulkindern und damit für die Regelungen des GaFöG zukommt. Nach Art. 70 Abs. 1 GG haben die Länder das Recht der Gesetzgebung, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verleiht. Die Abgrenzung der Gesetzgebungszuständigkeit zwischen Bund und Ländern bemisst sich gem. Art. 70 Abs. 2 GG nach den Vorschriften des Grundgesetzes über die ausschließliche und die konkurrierende Gesetzgebung.

### I. Ausschließliche Gesetzgebungskompetenz

Die Einführung des GaFöG unterfällt keinem der Gegenstände der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz in Art. 73 Abs. 1 GG. Eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 71 GG scheidet daher aus.

### II. Konkurrierende Gesetzgebungskompetenz

Möglicherweise hat der Bund aber eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz i.S.v. Art. 72 GG. Das setzt voraus, dass das GaFöG einem Kompetenztitel in Art. 74 Abs. 1 GG unterfällt und etwaige zusätzliche Voraussetzungen aus Art. 72 Abs. 2 GG erfüllt sind.

#### 1. Kompetenztitel der öffentlichen Fürsorge, Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG

Das GaFöG unterfällt möglicherweise der öffentlichen Fürsorge i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG. Das Gebiet der öffentlichen Fürsorge ist betroffen, sofern durch das Gesetz eine besondere Situation zumindest potenzieller Bedürftigkeit gemildert oder beseitigt werden soll.<sup>5</sup> Dafür genügt eine Lebenssituation mit besonderer Belastung, aus der eine spezielle, nicht notwendig akute Bedarfslage folgt.<sup>6</sup> Durch

---

Grundgesetz, Kommentar, 94. Lfg., Stand: Januar 2021, Art. 78 Rn. 5.

<sup>3</sup> Mann, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 82 Rn. 7; Morlok/Michael, Staatsorganisationsrecht, 6. Aufl. 2023, Rn. 890.

<sup>4</sup> Näher dazu z.B. Degenhart, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 40. Aufl. 2024, Rn. 805 ff.; Koriath/Müller, Staatsrecht I, 7. Aufl. 2024, Rn. 698; Morlok/Michael, Staatsorganisationsrecht, 6. Aufl. 2023, Rn. 892.

<sup>5</sup> BVerfGE 140, 65 Ls. 1; Degenhart, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 74 Rn. 35 f.

<sup>6</sup> Degenhart, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 74 Rn. 35 f.; Haratsch, in: Sodan, Grundgesetz,



die Ganztagsbetreuung sollen die Vereinbarkeit von Familie und Beruf und die soziale Verhaltensweise von Grundschulkindern gefördert werden. Insbesondere im Hinblick auf die familiären Aspekte ist somit eine Situation potenzieller Bedürftigkeit gegeben und die öffentliche Fürsorge betroffen.

Allerdings könnte das GaFÖG auch der Materie des Schulrechts zuzuordnen sein, für welche die Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 70 GG ausschließlich bei den Ländern liegt.<sup>7</sup> Hierfür spricht, dass die Ganztagesbetreuung von Grundschulkindern auch dazu dienen soll, Bildungschancengleichheit zu erhöhen und ein wesentlicher Teil der Betreuungszeit von den Grundschulen bereits durch die Unterrichtszeit abgedeckt wird.

Sind die Materien mehrere Kompetenzbereiche betroffen, richtet sich die Kompetenzentscheidung nach dem materiellen Schwerpunkt des Gesetzes.<sup>8</sup> Die Bundesregierung bringt mit der Verbesserung von Bildungschancen, der Förderung des Sozialverhaltens und der Vereinbarkeit von Familie und Beruf drei gleichrangig tragende Gründe vor, wovon die letzteren beiden eher dem Bereich der öffentlichen Fürsorge zuzuordnen sind. Zwar ist es richtig, dass durch die Ausgestaltung des Gesetzes, das die Unterrichtszeit zur Betreuungszeit zählt, regelmäßig ein gewichtiger Anteil der Betreuung durch die Schulen erfüllt werden wird. Das ist aber nur der ohnehin bestehenden Schulpflicht geschuldet, an der das Gesetz nichts ändert. Das GaFÖG greift inhaltlich nicht in die Bildungspolitik der Länder ein. Diese kann unverändert fortbestehen. Der Ganztagesbetreuungsanspruch kann gänzlich unabhängig von den Schulen umgesetzt werden. Von welchen Einrichtungen die außerschulische Betreuung angeboten wird, obliegt der Entscheidungsmacht der Länder. In der Betreuungszeit müssen keine Bildungsangebote gemacht werden; Ziel ist es aber, Familien organisatorisch zu entlasten und das Sozialverhalten von Kindern durch angeleitete Interaktion zu fördern. Die öffentliche Fürsorge steht dementsprechend im Fokus des Gesetzes und bildet den materiellen Schwerpunkt.

*Hinweis:* Andere Ansicht ebenfalls gut vertretbar – dann fehlt dem Bund unabhängig von Art. 72 Abs. 2 GG die Gesetzgebungskompetenz.

## 2. Erforderlichkeit gem. Art. 72 Abs. 2 GG

Auf dem Gebiet der öffentlichen Fürsorge i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG hat der Bund das Gesetzgebungsrecht aber nach Art. 72 Abs. 2 GG nur, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht.

### a) Erforderlichkeit zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse

Dass die Einführung des Ganztagesbetreuungsanspruchs für Grundschulkindern zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet erforderlich ist, setzt voraus, dass sich die Lebensverhältnisse in den Ländern in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinander entwickelt haben oder dass sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnet.<sup>9</sup>

---

Kommentar, 5. Aufl. 2024, Art. 74 Rn. 11.

<sup>7</sup> BVerfGE 75, 40 (66 f.); *Korioth/Müller*, Staatsrecht I, 7. Aufl. 2024, Rn. 272; *Wittreck*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 70 Rn. 15.

<sup>8</sup> BVerfGE 97, 332 (342); *Degenhart*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 70 Rn. 62.

<sup>9</sup> BVerfGE 140, 65 (80 Rn. 35); *Degenhart*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 72 Rn. 15; *Korioth/Müller*, Staatsrecht I, 7. Aufl. 2024, Rn. 283.

Ein Anknüpfungspunkt für eine solche Entwicklung ist der Umstand, dass bislang nur drei Bundesländer diesen Betreuungsanspruch vorsehen, während andere Bundesländer zwar flächendeckend Ganztageschulen eingerichtet haben, ohne aber einen Rechtsanspruch zu regeln. Allerdings hat die Bundesregierung keine Belege dafür, dass die Betreuungssituation in den Ländern ohne Rechtsanspruch tatsächlich schlechter ist als in Brandenburg, Sachsen-Anhalt und Thüringen. Insofern kann nicht angenommen werden, dass die Lebensverhältnisse in den Ländern ohne die bundesrechtliche Regelung zu weit auseinanderfallen. Das GaFöG ist mithin nicht zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse erforderlich.

#### b) Erforderlichkeit zur Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit

Dass die Einführung des Ganztagesbetreuungsanspruchs für Grundschüler zur Wahrung der Rechtseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich ist, setzt voraus, dass eine Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen droht, die im Interesse des Bundes und der Länder nicht hingenommen werden kann.<sup>10</sup> Das GaFöG führt eine Rechtsvereinheitlichung herbei, indem hiernach in allen Bundesländern einheitlich ein Anspruch auf Betreuung von Grundschulkindern besteht. Es gibt aber keine Anhaltspunkte dafür, dass die vorherige Lage zu einer Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen führte.

Zur Wahrung der Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse ist die Einführung des Betreuungsanspruchs erforderlich, wenn es um die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik durch bundeseinheitliche Rechtssetzung geht.<sup>11</sup> Erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft drohen durch die unterschiedlichen Regelungen in den Ländern aber nicht. Das GaFöG ist damit zur Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse nicht erforderlich.

#### c) Zwischenergebnis zu Art. 72 Abs. 2 GG

Eine bundesgesetzliche Regelung zur Betreuung von Grundschulkindern ist weder zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet noch zur Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich. Der Bund hat daher auf dem Gebiet des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG kein Gesetzgebungsrecht für das GaFöG.

### 3. Zwischenergebnis zur konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz

Auch eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 72 GG scheidet daher aus.

### III. Zwischenergebnis zur Gesetzgebungskompetenz

Der Bund hat keine Gesetzgebungskompetenz für das GaFöG.

## B. Gesetzgebungsverfahren

Zu prüfen ist weiter, ob das GaFöG ordnungsgemäß das Gesetzgebungsverfahren nach Art. 76 ff. GG durchlaufen hat.

<sup>10</sup> BVerfGE 140, 65 (87 Rn. 49); *Haratsch*, in: Sodan, Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2024, Art. 72 Rn. 16.

<sup>11</sup> BVerfGE 140, 65 (87 Rn. 49); *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 72 Rn. 22.

## I. Ordnungsgemäße Gesetzesvorlage

Das Gesetzgebungsverfahren beginnt mit einer Gesetzesvorlage i.S.v. Art. 76 Abs. 1 GG. Diese Gesetzesvorlage muss ordnungsgemäß zustande gekommen und sodann im Einklang mit Art. 76 Abs. 1 GG in den Bundestag eingebracht worden sein.

### 1. Zustandekommen der Vorlage

Der Umstand, dass der Gesetzentwurf durch eine Rechtsanwaltskanzlei ausgearbeitet worden ist, wirft die Frage auf, ob die Vorlage ordnungsgemäß zustande gekommen ist.<sup>12</sup>

Art. 76 Abs. 1 GG regelt das Gesetzgebungsverfahren erst ab der formalen Gesetzinitiative, zu den vorhergehenden vorbereitenden Prozessen finden sich dort keine Vorgaben. Anforderungen hieran stellen im Wesentlichen das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG) sowie das aus Art. 20 Abs. 3 GG abzuleitende Rechtsstaatsprinzip. In einem demokratischen Rechtsstaat muss sich die Gesetzgebung zwingend am Gemeinwohl orientieren.<sup>13</sup> Private Akteure wie externe Sachverständige haben keine solche Verpflichtung, sondern sind grundrechtsberechtigt. Sie im Prozess der Erstellung des Gesetzentwurfs zu beteiligen oder sie sogar damit zu beauftragen, birgt das Risiko einer Interessenkollision: Möglicherweise lassen sich private Akteure nicht allein vom Gemeinwohl leiten, sondern lassen andere Faktoren die Arbeit beeinflussen. Wollen staatliche Organe private Akteure in den Prozess der Erstellung eines Gesetzentwurfs einbeziehen, müssen sie also gewährleisten, dass eine solche Interessenkollision weitgehend ausgeschlossen ist und sie selbst – die staatlichen Organe – inhaltliche Verantwortung für den privat ausgearbeiteten Gesetzentwurf übernehmen können.<sup>14</sup>

Die Rechtsanwaltskanzlei hat den Entwurf des GaFöG nach den politischen Vorgaben des Bundesfamilienministeriums ausgearbeitet. Dass die ausgewählte Rechtsanwaltskanzlei besondere eigene Interessen bei der Umsetzung des Gesetzentwurfs verfolgt hätte, ist nicht ersichtlich. Sie wurde auch nicht beauftragt, weil das Ministerium gerade ihr inhaltlichen Einfluss einräumen wollte, sondern um den Gesetzentwurf „wasserdicht“ – das heißt vor allem: verfassungsgemäß – zu machen und weil im Bundesfamilienministerium gerade ein Personalnotstand herrschte. Den Entwurf der Rechtsanwaltskanzlei hat sich die Fraktion F zu eigen gemacht, indem sie ihn unterzeichnet und in den Bundestag eingebracht hat. Sie hat damit Verantwortung für den Gesetzentwurf übernommen. Vor diesem Hintergrund sind die demokratischen und rechtsstaatlichen Anforderungen an den Prozess der Erstellung des Gesetzentwurfs gewahrt. Die Gesetzesvorlage ist damit ordnungsgemäß zustande gekommen.

*Hinweis:* Andere Ansicht mit entsprechender Begründung gut vertretbar.

### 2. Einbringung

Art. 76 Abs. 1 GG bestimmt, dass Gesetzesvorlagen durch die Bundesregierung, aus der Mitte des Bundestages oder durch den Bundesrat eingebracht werden. Gem. § 76 Abs. 1 GO BT, mit dem der Bundestag die Regelung in Art. 76 Abs. 1 GG im Rahmen seiner Geschäftsordnungsautonomie nach Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG konkretisiert hat, müssen Vorlagen i.S.v. § 75 GO BT von Mitgliedern des Bundes-

<sup>12</sup> Ähnliche Fallkonstellation bei *Degenhart*, Klausurenkurs im Staatsrecht II, 9. Aufl. 2020, Fall 2, S. 78 ff.

<sup>13</sup> *Risse*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 76 Rn. 14.

<sup>14</sup> *Risse*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 76 Rn. 13; *Degenhart*, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 40. Aufl. 2024, Rn. 217; *Krüper*, JZ 2010, 655 (661 f.).

tages – zu denen gem. § 75 Abs. 1 lit. a GO BT auch Gesetzentwürfe zählen – durch eine Fraktion oder von fünf Prozent der Mitglieder des Bundestags unterzeichnet sein. Vorliegend hat die F den von ihr eingebrachten Gesetzentwurf unterzeichnet. Die Gesetzesvorlage wurde damit formal betrachtet i.S.v. Art. 76 Abs. 1 GG aus der Mitte des Bundestags eingebracht.

### 3. Zwischenergebnis zur Gesetzesvorlage

Die Gesetzesvorlage ist ordnungsgemäß zustande gekommen und sodann im Einklang mit Art. 76 Abs. 1 GG in den Bundestag eingebracht worden.

## II. Zuleitung an den Bundesrat

Nach Art. 76 Abs. 2 S. 1 GG sind Vorlagen der Bundesregierung zunächst dem Bundesrat zuzuleiten, der dann nach Art. 76 Abs. 2 S. 2 GG innerhalb von sechs Wochen zu den Vorlagen Stellung nehmen kann. Eine solche Zuleitung ist hier nicht erfolgt, stattdessen hat der Bundestag die Gesetzesvorlage unmittelbar selbst behandelt. Die Gesetzesvorlage ist hier jedoch durch die F und nicht durch die Bundesregierung in den Bundestag eingebracht worden. Versteht man Art. 76 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 GG in einem streng formalen Sinn, bedurfte es deshalb keiner Zuleitung an den Bundesrat.

Denkbar ist aber auch ein anderes, stärker auf das Zustandekommen der Gesetzesvorlage bezogenes Verständnis von Art. 76 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 GG, das danach differenziert, von wem die Gesetzesvorlage inhaltlich herrührt.<sup>15</sup> Der Gesetzesentwurf für das GaFöG wurde nicht von der F, sondern von der Bundesregierung in Zusammenarbeit mit einer Rechtsanwaltskanzlei ausgearbeitet. Die Bundesregierung hat den Entwurf nicht selbst eingebracht, sondern ihn der F als „Formulierungshilfe“ zur Verfügung gestellt. In der Folge konnte die F einen wortgleichen Gesetzentwurf in den Bundestag einbringen. Inhaltlich rührt die Gesetzesvorlage also nicht von der F, sondern von der Bundesregierung her. Die Bundesregierung ging so vor, um zu verhindern, dass die Gesetzesvorlage zunächst dem Bundesrat zuzuleiten ist, der dann grundsätzlich sechs Wochen Zeit für seine Stellungnahme gehabt hätte, und dadurch Zeit zu sparen.

Neben dem Wortlaut sprechen aber auch systematische und teleologische Gesichtspunkte für ein rein formales Verständnis von Art. 76 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 GG.<sup>16</sup> In systematischer Sicht ist zu berücksichtigen, dass der Bundesrat nach Art. 77 Abs. 2–4 GG jedenfalls nach dem Gesetzesbeschluss des Bundestags beteiligt, also im Ergebnis nicht vollständig übergangen wird.<sup>17</sup> Und der Zweck von Art. 76 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 GG kann es nicht sein, eine schwierige Abgrenzung zu erzwingen, wer von mehreren Akteuren die treibende politische Kraft im Rahmen des der Gesetzesvorlage vorgeschalteten, komplexen Verständigungs- und Vorbereitungsprozesses ist. Vor diesem Hintergrund ist auch mit Blick auf Art. 76 Abs. 2 S. 1 GG entscheidend, wer die Gesetzesvorlage formal eingebracht hat.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Die „Umgehung“ deshalb als verfassungswidrig einstufend z.B. *Haratsch*, in: Sodan, Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2024, Art. 76 Rn. 11; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 76 Rn. 60; *Mann*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 76 Rn. 26.

<sup>16</sup> Z.B. *Kersten*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 86. Lfg., Stand: Januar 2019, Art. 76 Rn. 113; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 76 Rn. 5; *Risse*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 76 Rn. 111; *Degenhart*, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 40. Aufl. 2024, Rn. 216; *Korioth/Müller*, Staatsrecht I, 7. Aufl. 2024, Rn. 877.

<sup>17</sup> Z.B. *Kment/Bader/Döring*, JA 2015, 916 (919).

<sup>18</sup> *Kersten*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 86. Lfg., Stand: Januar 2019, Art. 76 Rn. 113; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 76 Rn. 5; *Risse*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 76 Rn. 111; *Degenhart*, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 40. Aufl. 2024, Rn. 216.

Die F hat sich den Gesetzentwurf der Bundesregierung zu eigen gemacht und ihn sodann selbst in den Bundestag eingebracht hat, sodass die Gesetzesvorlage demnach nicht zunächst dem Bundesrat zuzuleiten war.

### III. Beschluss Bundestag

Nach Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG werden Bundesgesetze durch den Bundestag geschlossen. Dieser Beschluss muss wirksam sein, um den Grund für das weitere Gesetzgebungsverfahren legen zu können. Zweifel an der Wirksamkeit kommen erstens mit Blick auf die Beschlussfassung nach nur zwei Lesungen auf, zweitens hinsichtlich der Beschlussfähigkeit und drittens betreffend das Erreichen der erforderlichen Mehrheit.

#### 1. Nur zwei Lesungen

Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG bestimmt nur, dass der Bundestag Gesetze beschließt, nicht aber, wie der Gesetzentwurf vor der Beschlussfassung im Bundestag zu behandeln ist. Dass er Gesetzesvorlagen überhaupt behandeln und beraten muss, lässt sich aus Art. 76 Abs. 3 S. 6 GG und im Übrigen aus dem systematischen Zusammenhang von Art. 76 Abs. 1 GG zu Art. 77 Abs. 1 und Art. 78 GG ableiten: Ohne eine solche Befassungspflicht könnte das Recht leerlaufen, Gesetzesvorlagen in den Bundestag einzubringen.<sup>19</sup>

Wie der Bundestag die Gesetzesvorlagen berät, überlässt das Grundgesetz dem Bundestag: Nach Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG gibt sich der Bundestag eine Geschäftsordnung. Aufgrund dieser Befugnis soll der Bundestag die Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Parlaments autonom sicherstellen können (sog. Geschäftsordnungsautonomie). § 78 Abs. 1 S. 1 GO BT sieht vor, dass Gesetzentwürfe in drei Beratungen behandelt werden. Diese Vorgabe hat der Bundestag dadurch verletzt, dass er den Entwurf zum GaFöG nach nur zwei Lesungen beschlossen hat. Ein bloßer Verstoß gegen eine Regelung der GO BT macht ein Gesetz aber nicht formell verfassungswidrig.<sup>20</sup> Der Verfahrensfehler muss vielmehr gerade auch eine Bestimmung des Grundgesetzes verletzen.<sup>21</sup> Da Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG aber keine Vorgaben dazu enthält, wie das Beratungsverfahren zu gestalten ist, verletzt ein Beschluss nach nur zwei Lesungen keine Vorschrift des Grundgesetzes. Der Beschluss des GaFöG ist also nicht aus diesem Grund unwirksam.

#### 2. Beschlussfähigkeit

Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG regelt auch die Beschlussfähigkeit nicht. Nach § 45 Abs. 1 GO BT ist der Bundestag beschlussfähig, wenn mehr als die Hälfte seiner Mitglieder im Sitzungssaal anwesend sind. Beim Beschluss des GaFöG waren von den 736 Mitgliedern des Bundestags nur 314 anwesend und damit weniger als die Hälfte. Das lässt Zweifel an der Beschlussfähigkeit aufkommen. Allerdings wird die Beschlussfähigkeit nach § 45 Abs. 2 S. 1 GO BT nur überprüft, wenn sie vor Beginn einer Abstimmung von einer Fraktion oder von anwesenden fünf Prozent der Mitglieder des Bundestags bezweifelt und auch vom Sitzungsvorstand nicht einmütig bejaht oder wenn die Beschlussfähigkeit vom Sitzungsvorstand im Einvernehmen mit den Fraktionen bezweifelt wird. Nur dann kommt es zu einer Feststellung der Beschlussfähigkeit durch Zählung der Stimmen. Daraus lässt sich im Umkehrschluss

<sup>19</sup> Mann, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 76 Rn. 33.

<sup>20</sup> BVerfGE 1, 144 (151); Brosius-Gersdorf, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 77 Rn 23.

<sup>21</sup> Korioth/Müller, Staatsrecht I, 7. Aufl. 2024, Rn. 882, 1041.

ableiten, dass in anderen Fällen von der Beschlussfähigkeit auch dann auszugehen ist, wenn tatsächlich nicht mehr als die Hälfte der Mitglieder im Sitzungssaal anwesend ist.<sup>22</sup> Da die Beschlussunfähigkeit vor dem Beschluss des GaFÖG nicht bezweifelt und die Beschlussunfähigkeit somit auch nicht festgestellt worden ist, gilt der Bundestag für den Beschluss des GaFÖG als beschlussfähig.

### 3. Erforderliche Mehrheit

Zur Wirksamkeit des Beschlusses ist nach Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG schließlich die Mehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich, soweit das Grundgesetz nichts anderes bestimmt. Eine andere Bestimmung ist hier nicht ersichtlich.

Von den 314 anwesenden Abgeordneten stimmten 102 Abgeordnete für den Entwurf, 67 dagegen und 145 enthielten sich. Damit überwogen die Ja-Stimmen zwar die Anzahl der Nein-Stimmen. Insgesamt stimmte aber nicht die Mehrheit der anwesenden Abgeordneten – also mehr als 157 Abgeordnete – für das Gesetz. Entscheidend für die Frage, ob die erforderliche Mehrheit erreicht wurde, ist also der Umgang mit den 145 Enthaltungen. Sind die Enthaltungen zu den Nein-Stimmen zu zählen, bekommen sie ein negatives Stimmgewicht. Das widerspricht dem Wesen einer Enthaltung, bei der sich gerade nicht für die eine oder die andere Seite entschieden wird. Enthaltungen sind daher wie nicht abgegebene Stimmen zu behandeln. Sie sind dementsprechend für das Erreichen der erforderlichen Mehrheit nicht zu berücksichtigen, es genügt, dass mehr Ja- als Nein-Stimmen abgegeben werden.<sup>23</sup> Damit hat der Beschluss über das GaFÖG die erforderliche Mehrheit erreicht.

### 4. Zwischenergebnis Bundestag

Der Bundestag hat das GaFÖG somit wirksam beschlossen.

## IV. Beteiligung Bundesrat

Nach Art. 77 Abs. 1 S. 2 GG muss der Beschluss unverzüglich nach seiner Annahme durch den Präsidenten des Bundestages dem Bundesrat zugeleitet werden. Der Bundestagspräsident hat das GaFÖG dem Bundesrat wenige Tage nach der Beschlussfassung zugeleitet. Diese Zuleitung erfolgte ohne schuldhaftes Zögern und damit unverzüglich.

## V. Zustandekommen des Gesetzes

Nach Art. 78 GG kommt ein vom Bundestag beschlossenes Gesetz zustande, wenn der Bundesrat zustimmt, den Antrag gem. Art. 77 Abs. 2 GG nicht stellt, innerhalb der Frist des Art. 77 Abs. 3 GG keinen Einspruch einlegt oder ihn zurücknimmt oder wenn der Einspruch vom Bundestag überstimmt wird.

### 1. Zustimmung- oder Einspruchsgesetz

Welche dieser Varianten maßgeblich sind, hängt davon ab, ob zu dem Gesetz i.S.v. Art. 77 Abs. 2a GG die Zustimmung des Bundesrats erforderlich ist oder nicht, ob es sich also um ein Zustimmungsgesetz oder ein bloßes Einspruchsgesetz handelt. Der verfassungsrechtliche Regelfall ist das Einspruchsgesetz. Von einem Zustimmungsgesetz ist nur auszugehen, wenn das Grundgesetz an ande-

---

<sup>22</sup> BVerfGE 44, 308 (309); Pracht/Ehmer, JuS 2019, 531 (532).

<sup>23</sup> Klein/Schwarz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 94. Lfg., Stand: Januar 2021, Art. 42 Rn. 94.

rer Stelle die Zustimmung des Bundesrats für erforderlich erklärt.<sup>24</sup> Die öffentliche Fürsorge in Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG nennt Art. 74 Abs. 2 GG nicht. Auch im Übrigen ist kein Zustimmungsbedürfnis ersichtlich. Damit handelt es sich bei dem GaFöG um ein bloßes Einspruchsgesetz, das nach Art. 78 GG zustande kommt, wenn der Bundesrat den Antrag gem. Art. 77 Abs. 2 GG nicht stellt, innerhalb der Frist des Art. 77 Abs. 3 GG keinen Einspruch einlegt oder ihn zurücknimmt oder wenn der Einspruch vom Bundestag überstimmt wird.

## 2. Wirksamer Einspruch

Vorliegend hat der Bundesrat möglicherweise fristgerecht Einspruch eingelegt. Der Bundesrat hat einen Vermittlungsausschuss einberufen und dann wenige Tage nach Eingang der Mitteilung des Vermittlungsausschusses über den Abschluss der Beratungen über die „Ablehnung“ des GaFöG abgestimmt. Die „Ablehnung“ ist bei lebensnaher Auslegung als Einspruch zu werten.<sup>25</sup> Dieser ist aber nur wirksam, wenn er fristgerecht erfolgte und mit der erforderlichen Mehrheit beschlossen wurde.

Art. 77 Abs. 3 S. 1 GG bestimmt eine zweiwöchige Frist, die bei Einsetzung eines Vermittlungsausschusses mit dem Eingang der Mitteilung des Vorsitzenden des Vermittlungsausschusses, dass das Verfahren vor dem Ausschuss abgeschlossen ist, in Gang gesetzt wird. Die Abstimmung erfolgte hier nur drei Tage nach der Mitteilung, sodass die Frist jedenfalls gewahrt ist.

Ein Beschluss des Bundesrates muss gem. Art. 52 Abs. 3 S. 1 GG grundsätzlich mit mindestens der Mehrheit seiner Stimmen ergehen. Gemeint ist die Mehrheit der gesetzlichen Mitglieder. Das führt dazu, dass eine absolute Mehrheit für den Beschluss stimmen muss – Enthaltungen zählen hier wie Nein-Stimmen.<sup>26</sup> Bei einer gesetzlichen Mitgliederzahl von 69 bedarf es somit mindestens 35 Stimmen für den Beschluss, um die erforderliche Mehrheit zu erreichen.

In der Abstimmung gab es zunächst 33 Stimmen für eine „Ablehnung“ des Gesetzes, also für die Einlegung eines Einspruchs. 27 Mitglieder stimmten dagegen und sechs enthielten sich. Von den verbleibenden drei Stimmen mussten also mindestens zwei für den Einspruch stimmen, um den Beschluss wirksam werden zu lassen. Dazu kam es prinzipiell auch: Das Bundesland B, das die noch ausstehenden drei Stimmen innehatte, war sich uneins und stimmte auf mehrmalige Nachfrage des Bundesratspräsidenten mit zwei Stimmen für den Einspruch und mit einer Stimme dagegen. Dem Anschein nach wurde damit die erforderliche Mehrheit für den Einspruch erreicht.

Das ist aber nur dann der Fall, wenn die Stimmen des letzten Bundeslandes wirksam waren. Daran lässt sich zweifeln, weil nach Art. 51 Abs. 3 S. 2 GG die Stimmen eines Landes nur einheitlich und nur durch anwesende Mitglieder oder deren Vertreter abgegeben werden können.<sup>27</sup> Von einer einheitlichen Stimmabgabe ließe sich hier nur ausgehen, wenn die Ministerpräsidentin eine Stimmführerschaft innehatte, die sie dazu berechtigte, die anderen Mitglieder ihres Landes zu überstimmen.<sup>28</sup> Dann müsste die Stimme der Ministerpräsidentin für den Einspruch dreifach zählen. Eine solche Stimmführerschaft legt Art. 51 Abs. 1 S. 1 GG nahe, wonach der Bundesrat aus Mitgliedern der Regierung der Länder besteht. Die Ministerpräsidentin ist die erste Vertreterin der jeweiligen Landesregie-

---

<sup>24</sup> BVerfGE 1, 76 (79); Degenhart, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 40. Aufl. 2024, Rn. 729; Koriath/Müller, Staatsrecht I, 7. Aufl. 2024, Rn. 892.

<sup>25</sup> Zu dieser Frage näher Koriath/Müller, Staatsrecht I, 7. Aufl. 2024, Rn. 914.

<sup>26</sup> Müller-Terpitz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 87. Lfg., Stand: März 2019, Art. 52 Rn. 24; Koriath/Müller, Staatsrecht I, 7. Aufl. 2024, Rn. 651.

<sup>27</sup> BVerfGE 106, 310 (331).

<sup>28</sup> Zu dieser Frage näher Odendahl, JuS 2002, 1049 ff.



Gerlach/Marquardsen: Wer betreut hier wen?

rung. Allerdings muss die Ministerpräsidentin nach Art. 51 Abs. 1 GG nicht selbst als Landesvertreterin im Bundesrat auftreten. Die Abordnung des Landes im Bundesrat muss nur zwingend aus Mitgliedern ihrer Regierung bestehen. Das spricht entscheidend gegen eine Stimmführerschaft der Ministerpräsidentin.<sup>29</sup> Damit hat das letzte Bundesland seine drei Stimmen nicht wirksam abgegeben. Die Stimmen können daher nicht als Ja-Stimmen in die Wertung einfließen.

Im Ergebnis wurde der Beschluss des Bundesrates, Einspruch gegen das GaFöG einzulegen, nicht mit der erforderlichen Mehrheit gefasst. Der Beschluss ist damit unwirksam.

### 3. Zwischenergebnis zum Zustandekommen

Der Bundesrat hat nicht innerhalb der Frist des Art. 77 Abs. 3 GG Einspruch gegen das GaFöG eingelegt. Das GaFöG ist damit wirksam zustande gekommen.

## VI. Abschluss des Verfahrens

Zu prüfen ist schließlich, ob das Verfahren ordnungsgemäß nach Art. 82 Abs. 1 GG abgeschlossen worden ist. Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG sieht vor, dass das nach den Vorschriften des Grundgesetzes zustande gekommene Gesetz vom Bundespräsidenten ausgefertigt und im Bundesgesetzblatt verkündet wird. Das Verfahren steht vorliegend gerade an diesem Punkt, an dem der Bundespräsident sich fragt, ob er diesen Akt vornehmen muss.

Davor muss das Gesetz aber nach Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG gegengezeichnet werden. Dass damit die Gegenzeichnung durch den Bundeskanzler oder den zuständigen Bundesminister gemeint ist, ergibt sich aus Art. 58 S. 1 GG. § 29 Abs. 1 S. 1 GO BReg verlangt darüber hinaus, dass Gesetze dem Bundespräsidenten erst nach der Gegenzeichnung durch den Bundeskanzler und den zuständigen Bundesminister zur Vollziehung vorzulegen sind.

Der Bundestag hat das GaFöG dem Bundesfamilienminister zugeleitet, der das Gesetz gegengezeichnet hat. Auf eine Gegenzeichnung der Bundeskanzlerin wurde verzichtet. Die Anforderungen des § 29 Abs. 1 S. 1 GO BReg wurden damit nicht erfüllt. Da Art. 58 S. 1 GG aber selbst hinreichend bestimmt ist und daher nicht verbindlich durch § 29 Abs. 1 S. 1 GO BReg konkretisiert wird, bedeutet die Verletzung von § 29 Abs. 1 S. 1 GO BReg nicht zugleich einen Verstoß gegen Art. 58 S. 1 GG.<sup>30</sup> Die Voraussetzungen von Art. 58 S. 1 GG sind eingehalten worden, sodass es nicht an einer Gegenzeichnung i.S.v. Art. 82 Abs. 1 GG fehlt.

Bis zu diesem Punkt war der Abschluss des Verfahrens also ordnungsgemäß.

## C. Ergebnis

Das GaFöG ist infolge der fehlenden Gesetzgebungskompetenz formell verfassungswidrig und damit nicht nach den Regeln des GG zustande gekommen. Der Bundespräsident muss das GaFöG daher nicht ausfertigen.

---

<sup>29</sup> So im Ergebnis auch BVerfGE 106, 310 (330 f., 334); *Becker*, NVwZ 2002, 569 (571).

<sup>30</sup> *Heun*, in: *Dreier, Grundgesetz, Kommentar*, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 58 Rn. 14; *Busse*, GO Reg, 3. Aufl. 2018, Einleitung, Rn. 40.



## Zwischenprüfungsklausur: Verweis für Schulhoftyrannin

Prof. Dr. Julian Krüper, Dr. Sven Jürgensen, Bochum\*

*Die Klausur wurde in der Zwischenprüfung im Wintersemester 2023/2024 an der Ruhr-Universität Bochum gestellt. Die durchschnittlich erreichte Punktzahl betrug 4,19, die Durchfallquote 41,91 %. Die erste Aufgabe (25 % der Gesamtpunkte) bietet die Gelegenheit, die von allen Bearbeitern zu erwartende Fähigkeit zur Subsumtion des Verwaltungsaktbegriffs unter Beweis zu stellen. Die zweite Aufgabe (75 % der Gesamtpunkte) zielt auf den Umgang mit unbekanntem Rechtsnormen sowie den Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen eines Verwaltungsakts und erfordert die Zuordnung von formellen und materiellen Fehlern eines Bescheids, die Abgrenzung von Verfahrensanforderungen zwischen allgemeinem und besonderem Verwaltungsrecht, die Prüfung des Verwaltungsermessens und die Einbeziehung grundrechtlicher Argumente. Angesichts dieses Umfangs wurde bei der Beantwortung der aufgeworfenen Rechtsfragen nicht bzw. nur von besonders herausragenden Bearbeitungen die im Lösungsvorschlag präsentierte Ausführlichkeit erwartet. Der Lösungsvorschlag möchte vielmehr über die unbedingt erforderlichen Ausführungen hinaus die Spannweite möglicher Argumentationen darstellen, aus denen sich die Notendifferenzierungen ergeben. Dabei war schon die Nennung einzelner Aspekte bei der rechtlichen Lösung entsprechend zu würdigen. Daraus folgt für die Bearbeitung der Klausur ein gewisser Spielraum, der allerdings auch genutzt werden musste. Sowohl die hohe Durchfallquote als auch der Umstand, dass die Klausur in der Zwischenprüfung eher unterdurchschnittlich ausgefallen ist, waren besonders darauf zurückzuführen, dass die erste Frage vielfach nur sehr unzureichend beantwortet wurde und zahlreiche Bearbeitungen gravierende Mängel bei der Kenntnis der Verwaltungsaktmerkmale und ihrer Subsumtion offenbarten.*

### Sachverhalt

A ist Schülerin am öffentlichen Erna-Berger-Gymnasium (EBG) der nordrhein-westfälischen Stadt D. Neben der Schule arbeitet sie mit großem Erfolg als Influencerin in sozialen Medien, indem sie dort Sportartikel testet und empfiehlt. Allein auf Instagram folgen ihr 250.000 Menschen. Der große Erfolg ihrer Nebentätigkeit steigt A bald zu Kopf. An der Schule scharft sie eine Gruppe von Mitschülern um sich, deren sozialer Mittelpunkt sie ist und die an der Schule bald als das „A-Team“ bekannt ist. A und die Mitglieder der Gruppe treten zunächst sehr selbstbewusst und dann zunehmend aggressiver auf, indem sie etwa Mitschüler in der Pause bedrängen, diese von Plätzen in der Cafeteria verjagen, ihnen Süßigkeiten oder Getränke abnehmen oder sie im Unterricht mit hämischen Bemerkungen bloßstellen.

Besonders mit B geraten A und ihre Freunde immer wieder aneinander, weil er den Erfolg von A als „kapitalistischen Konsumterror“ kritisiert, sich den Forderungen von A und ihrer Gruppe entzieht und Beiträge von A im Unterricht regelmäßig kritisch kommentiert. Eines Tages wird es A zu bunt. Am 25.1.2024 lauert sie zusammen mit zwei Freunden dem B auf der Herrentoilette der Schule auf. Die beiden Freunde nehmen B „in den Schwitzkasten“ und zwingen ihn in einer Toilettenkabine auf

---

\* Prof. Dr. Julian Krüper ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und interdisziplinäre Rechtsforschung an der Ruhr-Universität Bochum. Dr. Sven Jürgensen ist Akademischer Rat a.Z. an diesem Lehrstuhl. Der Sachverhalt wurde als Zwischenprüfungsklausur im Wintersemester 2023/2024 an der Ruhr-Universität Bochum gestellt. Die Autoren danken Charlotte Haas für ihre wertvolle Mitarbeit bei der Überarbeitung des Lösungsvorschlags.

die Knie, woraufhin A den Kopf des B in die Toilettenschüssel drückt, in der das Wasser steht und deren Abfluss A zuvor mit einer Rolle Toilettenpapier blockiert hat. Nach etwa zehn Sekunden, während derer sich B heftig, aber vergebens wehrt, lassen A und ihre Freunde von B ab und ihn durchnässt in der Toilette zurück. Wenige Augenblicke später findet der Hausmeister den geschockten B, der ihm den Vorgang berichtet. Da A und ihre Freunde vor dem Toilettengebäude noch lautstark mit ihrer Tat prahlen, zwingt der Hausmeister sie zur Schulleiterin S, die den Sachverhalt aufnimmt, aber noch nicht weiter mit A und ihren Begleitern erörtert.

S, die vom Verhalten der A und ihrer Gruppe bereits seit geraumer Zeit irritiert ist, sieht die Notwendigkeit, mit einer disziplinarischen Maßnahme auf A einzuwirken, weil sie im Angriff auf B eine Grenzüberschreitung sieht, die deutlich geahndet werden müsse. Nach zehn Tagen Bedenkzeit schließt S in Absprache mit dem stellvertretenden Schulleiter die A mit Bescheid vom 5.2.2024 für zwei Wochen vom Unterricht aus. Der Bescheid lautet wie folgt:

*Sehr geehrte Frau A,*

- 1. aufgrund der Vorkommnisse am 25.1.2024 zulasten Ihres Mitschülers B schließe ich Sie hiermit für die Zeit vom 12.2. bis 26.2.2024 vom Unterricht und sonstigen Schulveranstaltungen aus.*
- 2. Sollte sich ein vergleichbar gravierender Vorfall innerhalb Ihrer Schulzeit wiederholen, drohe ich hiermit die Entlassung von der Schule an.*

*Mit freundlichen Grüßen*

S

A und ihre Eltern sind empört. Nicht nur sind sie erstaunt, dass sie den „äußerst unfreundlichen und knappen“ Bescheid der S eines Tages plötzlich im Briefkasten finden. Sie wundern sich auch darüber, wie die Entscheidung überhaupt zustande gekommen ist. Sie sind zudem der Meinung, dass der Ausschluss vom Unterricht völlig übertrieben sei. Statt einer solchen durchschlagenden „Ordnungsmaßnahme“ hätte zunächst zu einer bloßen „erzieherischen Einwirkung“ gegriffen werden müssen, die nicht gleichermaßen nach außen erkennbar geworden wäre und nicht so sehr in die Rechte der A als Schülerin eingegriffen hätte, etwa ein Tadel in ihrer Akte. Besonders empört ist A, dass der Unterrichtsausschluss sie auch in ihrem künstlerischen Schaffen beeinträchtigt. Denn A nimmt aufgrund ihrer besonderen Begabung an einer speziellen Kunstförderklasse teil, in der ausgewählte Schüler einmal in der Woche selbstständig, aber unter Betreuung durch einen örtlichen Künstler, an eigenen Kunstwerken arbeiten. A ist gerade mit der Fertigstellung eines großen Bildes beschäftigt, das am 25.2.2024 in der Jahresausstellung der Kunstförderklasse im EBG gezeigt werden soll. A ist der Auffassung, ihr Werk wegen des Unterrichtsausschlusses nicht mehr nach eigenen Vorstellungen vollenden zu können. Zudem sei es ihr durch den Bescheid verwehrt, das Werk auf der Jahresausstellung präsentieren zu können.

Die Cousine C der A studiert Jura und steht kurz vor dem Examen. Als sie von dem Vorgang erfährt und die entsprechenden Vorschriften des SchulG NRW zu Rate zieht, bekommt sie Zweifel daran, dass der ganze Vorgang den gesetzlichen Vorgaben entsprechend abgelaufen ist. Auch wenn C sich bis zuletzt unsicher ist, ob sie neben den Regelungen im SchulG NRW noch weitere Vorschriften bei der Prüfung zu berücksichtigen hat, bietet C den Eltern der A an, den Fall auf seine rechtlichen Implikationen zu untersuchen. Die Eltern der A sind begeistert. C stellt sich folgende Fragen:

1. Handelt es sich bei dem Bescheid der S um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 LVwVfG NRW?
2. Vorausgesetzt, es handelt sich bei dem Bescheid um einen Verwaltungsakt, ist dieser rechtmäßig?

## Aufgabe und Bearbeitungsvermerk

Beantworten Sie die beiden Fragen in einem Gutachten. Auf die nachstehenden Normen des SchulG NRW wird hingewiesen. Andere Normen des besonderen Verwaltungsrechts bleiben außer Betracht. Unberücksichtigt bleiben kann, ob die Freunde der A ebenfalls sanktioniert werden müssten oder könnten.

### § 1 SchulG NRW

(1) Jeder junge Mensch hat ohne Rücksicht auf seine wirtschaftliche Lage und Herkunft und sein Geschlecht ein Recht auf schulische Bildung, Erziehung und individuelle Förderung. Dieses Recht wird nach Maßgabe dieses Gesetzes gewährleistet.

### § 2 SchulG NRW

(1) Die Schule unterrichtet und erzieht junge Menschen auf der Grundlage des Grundgesetzes und der Landesverfassung. Sie verwirklicht die in Artikel 7 der Landesverfassung bestimmten allgemeinen Bildungs- und Erziehungsziele.

(2) Ehrfurcht vor Gott, Achtung vor der Würde des Menschen und Bereitschaft zum sozialen Handeln zu wecken, ist vornehmstes Ziel der Erziehung. [...]

### § 6 SchulG NRW

(1) Schulen im Sinne dieses Gesetzes sind Bildungsstätten, die unabhängig vom Wechsel der Lehrerinnen und Lehrer sowie der Schülerinnen und Schüler nach Lehrplänen Unterricht in mehreren Fächern erteilen.

(2) Dieses Gesetz gilt für die öffentlichen Schulen. [...]

(3) Öffentliche Schulen sind die Schulen, für die das Land, eine Gemeinde oder ein Gemeindeverband Schulträger ist. Öffentliche Schulen sind nichtrechtsfähige Anstalten des Schulträgers.

### § 42 SchulG NRW

(1) Die Aufnahme der Schülerin oder des Schülers in eine öffentliche Schule begründet ein öffentlich-rechtliches Schulverhältnis. Aus ihm ergeben sich für alle Beteiligten Rechte und Pflichten. Dies erfordert ihre vertrauensvolle Zusammenarbeit.

[...]

(3) Schülerinnen und Schüler haben die Pflicht daran mitzuarbeiten, dass die Aufgabe der Schule erfüllt und das Bildungsziel erreicht werden kann. [...]

### § 53 SchulG NRW

(1) Erzieherische Einwirkungen und Ordnungsmaßnahmen dienen der geordneten Unterrichts- und Erziehungsarbeit der Schule sowie dem Schutz von Personen und Sachen. Sie können angewendet werden, wenn eine Schülerin oder ein Schüler Pflichten verletzt. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist zu beachten. Ordnungsmaßnahmen sind nur zulässig, wenn erzieherische Einwirkungen nicht ausreichen. Einwirkungen gegen mehrere Schülerinnen und Schüler sind nur zulässig, wenn das Fehlverhalten jeder oder jedem Einzelnen zuzurechnen ist.

(2) Zu den erzieherischen Einwirkungen gehören insbesondere das erzieherische Gespräch, die Ermahnung, Gruppengespräche mit Schülerinnen, Schülern und Eltern, die mündliche oder schriftliche Missbilligung des Fehlverhaltens, der Ausschluss von der laufenden Unterrichtsstunde, die Nacharbeit unter Aufsicht nach vorheriger Benachrichtigung der Eltern, die zeitweise Wegnahme von Gegenständen, Maßnahmen mit dem Ziel der Wiedergutmachung angerichteten

Schadens und die Beauftragung mit Aufgaben, die geeignet sind, das Fehlverhalten zu verdeutlichen. Bei wiederholtem Fehlverhalten soll eine schriftliche Information der Eltern erfolgen, damit die erzieherische Einwirkung der Schule vom Elternhaus unterstützt werden kann. Bei besonders häufigem Fehlverhalten einer Schülerin oder eines Schülers oder gemeinschaftlichem Fehlverhalten der Klasse oder Lerngruppe soll den Ursachen für das Fehlverhalten in besonderer Weise nachgegangen werden.

(3) Ordnungsmaßnahmen sind

1. der schriftliche Verweis,
2. die Überweisung in eine parallele Klasse oder Lerngruppe,
3. der vorübergehende Ausschluss vom Unterricht von einem Tag bis zu zwei Wochen und von sonstigen Schulveranstaltungen,
4. die Androhung der Entlassung von der Schule,
5. die Entlassung von der Schule,
6. die Androhung der Verweisung von allen öffentlichen Schulen des Landes durch die obere Schulaufsichtsbehörde,
7. die Verweisung von allen öffentlichen Schulen des Landes durch die obere Schulaufsichtsbehörde.

[...]

(4) Maßnahmen nach Absatz 3 Nr. 4 und 5 sind nur zulässig, wenn die Schülerin oder der Schüler durch schweres oder wiederholtes Fehlverhalten die Erfüllung der Aufgaben der Schule oder die Rechte anderer ernstlich gefährdet oder verletzt hat. [...]

(6) Über Ordnungsmaßnahmen nach Absatz 3 Nummer 1 bis 3 entscheidet die Schulleiterin oder der Schulleiter oder ein von ihr oder ihm beauftragtes Mitglied der Schulleitung nach Anhörung der Schülerin oder des Schülers. Den Eltern und der Klassenlehrerin oder dem Klassenlehrer oder der Jahrgangsstufenleiterin oder dem Jahrgangsstufenleiter ist vor der Entscheidung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. In dringenden Fällen kann auf vorherige Anhörungen verzichtet werden; sie sind dann nachzuholen.

(7) Über Ordnungsmaßnahmen nach Absatz 3 Nr. 4 und 5 entscheidet eine von der Lehrerkonferenz berufene Teilkonferenz.

(8) Vor der Beschlussfassung hat die Teilkonferenz der betroffenen Schülerin oder dem betroffenen Schüler und deren Eltern Gelegenheit zu geben, zu dem Vorwurf der Pflichtverletzung Stellung zu nehmen; zu der Anhörung kann die Schülerin oder der Schüler eine Person des Vertrauens aus dem Kreis der Schülerinnen und Schüler oder der Lehrerinnen und Lehrer hinzuziehen.

(9) Ordnungsmaßnahmen werden den Eltern schriftlich bekannt gegeben und begründet.

§ 59 SchulG NRW

(2) Die Schulleiterin oder der Schulleiter

[...]

2. ist verantwortlich für die Erfüllung des Bildungs- und Erziehungsauftrags der Schule, [...].

## Lösungsvorschlag

<b>Handelt es sich bei dem Bescheid der S um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 LVwVfG NRW?</b> .....	<b>1244</b>
<b>I. Behörde</b> .....	<b>1244</b>
<b>II. Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts</b> .....	<b>1244</b>
<b>III. Einzelfall</b> .....	<b>1244</b>
<b>IV. Regelungswirkung</b> .....	<b>1244</b>
<b>V. Außenwirkung</b> .....	<b>1245</b>
<b>VI. Ergebnis</b> .....	<b>1246</b>
<b>Ist der Bescheid der S rechtmäßig?</b> .....	<b>1247</b>
<b>I. Unterrichtsausschluss</b> .....	<b>1247</b>
1. Rechtsgrundlage .....	1247
2. Formelle Rechtmäßigkeit.....	1247
a) Zuständigkeit .....	1247
b) Verfahren .....	1247
aa) Anhörungspflicht .....	1247
bb) Ausnahmen von der Anhörungspflicht.....	1247
cc) Heilung.....	1248
c) Zwischenergebnis.....	1248
d) Form .....	1248
3. Materielle Rechtmäßigkeit.....	1249
a) Tatbestand der Rechtsgrundlage .....	1249
b) Rechtsfolge, insbesondere Ermessen.....	1249
aa) Ermessensüberschreitung wegen Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip .....	1250
(1) Legitimer Zweck.....	1250
(2) Geeignetheit .....	1250
(3) Erforderlichkeit .....	1250
(4) Angemessenheit.....	1250
bb) Zwischenergebnis.....	1252
c) Ergebnis .....	1252
4. Ergebnis.....	1252
<b>II. Androhung der Entlassung</b> .....	<b>1252</b>
1. Rechtsgrundlage .....	1252
2. Formelle Rechtmäßigkeit.....	1252

3. Materielle Rechtmäßigkeit .....	1252
4. Ergebnis.....	1253
<b>III. Gesamtergebnis.....</b>	<b>1253</b>

### Handelt es sich bei dem Bescheid der S um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 LVwVfG NRW?

Ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 LVwVfG NRW ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.

#### I. Behörde

S müsste zunächst als Behörde gehandelt haben. Behörden sind gem. § 1 Abs. 4 LVwVfG NRW alle Stellen, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen. Nach §§ 1 Abs. 2, 3 und 2 Abs. 1 SchulG NRW verwirklichen die öffentlichen Schulen einen Bildungsauftrag nach Maßgabe des Grundgesetzes und der Landesverfassung, nehmen also die Schulbildung als Verwaltungsaufgabe wahr. Öffentlich sind solche Schulen, die in der Trägerschaft des Landes, einer Gemeinde oder eines Gemeindeverbands stehen. Öffentliche Schulen sind daher Behörden i.S.d. § 1 Abs. 4 LVwVfG NRW. Das EBG ist ausweislich des Sachverhalts eine öffentliche Schule und damit Behörde i.S.d. §§ 1 Abs. 4, 35 S. 1 LVwVfG NRW. S ist als Schulleiterin mit der Aufgabe der erzieherischen Leitung der Schule beauftragt, § 59 Abs. 1 Nr. 2 SchulG NRW und hat also in behördlicher Funktion gehandelt.

#### II. Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts

Der Bescheid müsste eine Materie des öffentlichen Rechts betreffen. Erforderlich ist, dass die streitentscheidenden Normen ausschließlich Hoheitsträger berechtigten und verpflichten.<sup>1</sup> Streitentscheidend ist § 53 SchulG NRW, der die Schulen als Hoheitsträger berechtigt und verpflichtet. Insbesondere hat das EBG als öffentliche Schule auch nicht in Privatrechtsform gehandelt.

#### III. Einzelfall

Der Bescheid der S müsste einen Einzelfall betreffen. Dies ist dann gegeben, wenn durch die Maßnahme der Behörde ein konkreter Sachverhalt geregelt wird.<sup>2</sup> Anlass der Verfügung ist das Handeln der A gegenüber B. Die ausgesprochenen Rechtsfolgen treffen allein A. Der Bescheid betrifft also einen Einzelfall.

#### IV. Regelungswirkung

Der Bescheid müsste auch Regelungswirkung haben. Diese besteht immer dann, wenn durch den Bescheid Rechtsfolgen begründet werden. Das ist der Fall bei der Begründung, Aufhebung, Änderung,

<sup>1</sup> Sog. modifizierte Subjektstheorie, siehe dazu *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, § 31 Rn. 1324.

<sup>2</sup> *Knauff*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, Stand: August 2021, § 35 Rn. 88; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, § 10 Rn. 458 ff.

Feststellung oder Ablehnung von Rechten und Pflichten.<sup>3</sup> Im Bescheid wurde zunächst ein Unterrichtsausschluss der A für zwei Wochen verfügt. Dadurch wird A das aus § 1 Abs. 1 S. 1 SchulG NRW folgende Recht genommen, am Unterricht teilzunehmen. Ein Recht der A wird somit aufgehoben und insoweit entfaltet der Bescheid Regelungswirkung. Darüber hinaus enthält der Bescheid die Androhung der Entlassung. Aus § 53 Abs. 4 S. 3 SchulG NRW ergibt sich im Umkehrschluss, dass grundsätzlich eine solche Androhung Voraussetzung dafür ist, dass A gegebenenfalls vom EGB verwiesen wird. Daher ist auch insoweit das Recht der A aus § 1 Abs. 1 S. 1 SchulG NRW betroffen und der Bescheid hat Regelungswirkung.

## V. Außenwirkung

Diese Regelungen müssten auch mit Außenwirkung erfolgt sein. Das ist der Fall, wenn ihre unmittelbaren Rechtswirkungen dazu bestimmt sind, über den behördeninternen Bereich hinauszureichen.<sup>4</sup> An einer solchen Außenwirkung könnte es hier fehlen. A ist als Schülerin zwar nicht Teil der Schule als Behörde. Eine Schule stellt nach § 6 Abs. 3 S. 2 SchulG NRW eine nichtrechtsfähige Anstalt dar, womit die Schüler lediglich Benutzer der Schule sind. Allerdings befinden sich Schüler, ausgehend von der Aufsicht des Staates über das Schulwesen gem. Art. 7 Abs. 1 GG, in einem besonderen Näheverhältnis zu diesem.<sup>5</sup> Nach der früher vertretenen Lehre vom „besonderen Gewaltverhältnis“ sollten sich Betroffene innerhalb dieses Verhältnisses prinzipiell nicht auf grundrechtliche Positionen berufen können und Maßnahmen deswegen generell keine Außenwirkung zukommen.<sup>6</sup> Dies ließe sich indes mit der vom Grundgesetz in Art. 1 Abs. 3 angeordneten, umfassenden Grundrechtsbindung nicht vereinbaren, weswegen das besondere Näheverhältnis zum Staat heute als „Sonderstatus“ aufgefasst wird.<sup>7</sup> Die Frage, wann Maßnahmen innerhalb dieses Sonderstatusverhältnisses Außenwirkung zukommt, wird jedoch weiterhin intensiv diskutiert. Das gilt auch für den Fall des Schulverhältnisses.

Während nach einer Auffassung das Schulverhältnis aus dem Kanon der Sonderrechtsverhältnisse ausgenommen sein soll mit der Folge, dass allen Maßnahmen gegenüber Schülern Außenwirkung zukommt,<sup>8</sup> wendet vor allem die Rechtsprechung die für das Sonderstatusverhältnis allgemeine Unterscheidung zwischen Grund- und Betriebsverhältnis an.<sup>9</sup> Danach hat eine Maßnahme Außenwirkung, wenn sie den individuellen Rechtsstatus des Betroffenen, das sogenannte Grundverhältnis, berührt. Die Außenwirkung fehlt demgegenüber, wenn die Maßnahme lediglich eine organisationsinterne Wirkung hat, sich also auf das sogenannte Betriebsverhältnis beschränkt.<sup>10</sup> Auf das Schulverhältnis angewendet folgt daraus, dass Organisationsmaßnahmen, etwa die Bildung von Schulklassen, die Zuweisung eines Schülers zu einer Klasse oder die Festlegung einer Sitzordnung, als Maßnahmen

<sup>3</sup> BVerwG NJW 1988, 87 (88); *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, § 10 Rn. 445.

<sup>4</sup> *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, § 10 Rn. 484, 485.

<sup>5</sup> *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 94. Lfg., Stand: Januar 2021, Art. 1 Abs. 3 Rn. 48.

<sup>6</sup> *Rux*, Schulrecht, 6. Aufl. 2018, § 1 Rn. 21; *Avenarius/Hanschmann*, Schulrecht, 9. Aufl. 2018, S. 327.

<sup>7</sup> *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 94. Lfg., Stand: Januar 2021, Art. 1 Abs. 3 Rn. 48. Nach allgemeiner Auffassung ist die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis überholt seit der Strafgefangenenentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, BVerfG NJW 1972, 811.

<sup>8</sup> v. *Alemann/Scheffczyk*, in: Bader/Ronellenfitsch, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 35 Rn. 237.

<sup>9</sup> OVG Magdeburg NVwZ-RR 2019, 954 (955 Rn. 4); OVG Hamburg NordÖR 2019, 249 (250). In der Literatur siehe *Kopp/Schenke*, VwGO, Kommentar, 30. Aufl. 2024, § 42 Rn. 71 ff.; *Papier*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 8, 3. Aufl. 2010, S. 507 (525); *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 35 Rn. 198, 202 f.

<sup>10</sup> *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 25. Aufl. 2024, § 35 Rn. 135.



ohne Außenwirkung angesehen werden.<sup>11</sup> Von den Maßnahmen, die aus disziplinarischen Gründen ergriffen werden, spricht die Rechtsprechung nur den „Ordnungsmaßnahmen“ i.S.d. § 53 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 SchulG NRW grundsätzlich Außenwirkung zu, der „erzieherischen Einwirkung“ nach § 53 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 SchulG NRW aber nicht.<sup>12</sup>

S ordnet einen Ausschluss der A vom Schulunterricht an und droht mit der Entlassung. Beide Maßnahmen haben nicht lediglich organisationsinterne Wirkung innerhalb des Schulbetriebs, sondern betreffen unmittelbar das Recht der A auf Schulbildung aus § 1 Abs. 1 S. 1 SchulG NRW und damit ihre persönliche Rechtsstellung. Sowohl beim Unterrichtsauschluss als auch bei der Androhung der Entlassung handelt es sich zudem nicht lediglich um Maßnahmen zur erzieherischen Einwirkung, sondern um Ordnungsmaßnahmen nach § 53 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 und Nr. 4 SchulG NRW. Auch dieser Umstand spricht dafür, dass den Maßnahmen Außenwirkung zukommt.

*Hinweis zum Sonderstatus:* Nicht nur Schüler, sondern insbesondere auch Studenten, Beamte, Soldaten, Richter und Strafgefangene stehen mit dem Staat in einer besonderen Rechtsbeziehung, die auf beiden Seiten spezielle Rechte und Pflichten begründet, die über das gewöhnliche Staat-Bürger-Verhältnis hinausgehen, sog. Sonderstatusverhältnis.

Das Bestehen eines solchen besonderen Näheverhältnisses ändert nichts daran, dass sich die Betroffenen auf die Grundrechte berufen können und der Vorbehalt des Gesetzes gilt. In der Fallbearbeitung sind somit bei einschränkenden Maßnahmen eine Ermächtigungsgrundlage zu ermitteln und die Grundrechte im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen.

Besonderheiten folgen aus dem Sonderstatus für die Verhältnismäßigkeitsprüfung von Grundrechtseingriffen, innerhalb derer der Belang der Funktionsfähigkeit der jeweiligen Einrichtung, mit der das Sonderstatusverhältnis besteht, besondere Bedeutung einnimmt. Daraus ergibt sich im Ergebnis, dass in Sonderstatusverhältnissen Grundrechtseingriffe leichter gerechtfertigt werden können als im normalen Staat-Bürger-Verhältnis, soweit diese Eingriffe eine Freiheitsausübung innerhalb des Eingliederungsverhältnisses betreffen.<sup>13</sup>

Relevant wird das Vorliegen eines Sonderstatusverhältnisses auch bei der Frage, ob einer Maßnahme Außenwirkung zukommt. Nach überwiegender Auffassung wird dabei zwischen dem Grundverhältnis (auch sog. Statusregelung) und dem Betriebsverhältnis (auch sog. Organisationsregelung) differenziert.<sup>14</sup>

## VI. Ergebnis

Der Bescheid ist danach ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 LVwVfG NRW.

---

<sup>11</sup> Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 35 Rn. 202 f.; Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 25. Aufl. 2024, § 35 Rn. 141 f.

<sup>12</sup> Zu Ordnungsmaßnahmen siehe z.B. OVG Greifswald NJW 1997, 1721; Zu Erziehungsmitteln siehe z.B. OVG Lüneburg NVwZ-RR 2021, 160; Guter Überblick bei Eckhold, in: Johlen/Oerder, MAH Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2023, § 15 Rn. 16 ff. m.w.N.; Budach/Eckhold, in: Johlen, MPF Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2023, G. I. 1., Anm. 1–10 Rn. 4 m.w.N.

<sup>13</sup> Graf von Kielmansegg, JA 2012, 881 (883).

<sup>14</sup> Zur Vertiefung siehe Graf von Kielmansegg, JA 2012, 881; Peine, in: Merten/Peine, Handbuch der Grundrechte, Bd. 3, S. 405 ff. (411 ff.); speziell zum Schulrecht Klenner, Schülergrundrechte, 2019, Kap. 1 und 2.



## Ist der Bescheid der S rechtmäßig?

Der Bescheid ist rechtmäßig, wenn die in ihm verfügten Maßnahmen auf Rechtsgrundlagen beruhen, die geeignet sind, die ausgesprochenen Rechtsfolgen zu decken, und sie formell und materiell rechtmäßig sind. Hier wird A erstens vom Schulunterricht ausgeschlossen (I.) und zweitens ein Schulverweis angedroht (II.). Es bietet sich an, die Rechtmäßigkeit der beiden Regelungen separat zu prüfen.

### I. Unterrichtsausschluss

#### 1. Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für den Ausschluss der A vom Schulunterricht könnte § 53 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 SchulG NRW sein.

#### 2. Formelle Rechtmäßigkeit

Der Unterrichtsausschluss ist formell rechtmäßig, wenn die Anforderungen an Zuständigkeit, Verfahren und Form gewahrt sind.

##### a) Zuständigkeit

S müsste für den Erlass des Unterrichtsausschlusses zuständig gewesen sein. Nach § 59 Abs. 2 Nr. 2 SchulG NRW ist der Schulleiter für die Erfüllung des Bildungs- und Erziehungsauftrags der Schule zuständig. Zur Erfüllung dieses Auftrags zählt auch die Anordnung von Ordnungsmaßnahmen, § 53 Abs. 6 S. 1 SchulG NRW.

##### b) Verfahren

Der Unterrichtsausschluss müsste entsprechend der Verfahrensvorschriften ergangen sein.

##### aa) Anhörungspflicht

Nach § 53 Abs. 6 S. 1 SchulG NRW ist der betroffene Schüler anzuhören. Anforderung an eine ordnungsgemäße Anhörung ist, dass dem Betroffenen die Gelegenheit zur Stellungnahme zu allen entscheidungserheblichen Tatsachen gegeben wird. Zudem ist nach § 53 Abs. 6 S. 3 SchulG NRW den Eltern und dem Klassenlehrer Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Zwar war A persönlich zugegen, als S den Sachverhalt vom 25.1.2024 aufgenommen hat, dieser wurde indes nicht weiter erörtert. Auch hörte S die A nicht an, bevor sie den Unterrichtsausschluss verfügte. Schließlich gab S weder den Eltern noch dem Klassenleiter der A Gelegenheit zur Stellungnahme. S hat also die Anhörungspflichten nach § 53 Abs. 6 S. 1, 3 SchulG NRW nicht beachtet.

##### bb) Ausnahmen von der Anhörungspflicht

Die Anhörungen könnten aber nach § 53 Abs. 6 S. 4 SchulG NRW ausnahmsweise verzichtbar gewesen sein, wenn ein dringender Fall vorlag. Ein dringender Fall liegt immer dann vor, wenn ein Abwarten nicht möglich erscheint. Der die Maßnahme begründende Vorfall ereignete sich am 25.1.2024. Bevor S den Unterrichtsausschluss verfügte, nahm sie sich eine Bedenkzeit von zehn Tagen. In dieser Zeit wäre eine Anhörung der A, der Eltern und des Klassenlehrers ohne Weiteres möglich gewesen, sodass kein dringender Fall i.S.d. § 53 Abs. 6 S. 6 SchulG NRW vorlag.

Fraglich ist, ob neben § 53 Abs. 6 S. 6 SchulG NRW auch die allgemeinen Ausnahmen von der Anhörungspflicht nach § 28 Abs. 2, 3 LVwVfG NRW Anwendung finden. Dies beschränkt sich von vornherein nur auf den Anwendungsbereich des § 28 LVwVfG, also die Anhörung der Betroffenen A, und jedenfalls nicht des Klassenlehrers. Zudem setzt eine Anwendbarkeit voraus, dass die speziellere Regelung der ausnahmsweisen Entbehrlichkeit der Anhörung in § 53 Abs. 6 S. 6 SchulG NRW nach dem Willen des Gesetzgebers nicht abschließend sein soll.<sup>15</sup> Eine abschließende Beurteilung kann jedoch unterbleiben, wenn keiner der in § 28 Abs. 2, 3 LVwVfG NRW geregelten Ausnahmen vorliegend einschlägig ist. Diese setzen sämtlich eine gewisse Eilbedürftigkeit oder sonstige, vom Normalfall abweichende Umstände voraus, die ein Interesse begründen, von der Anhörungspflicht abzuweichen. A verletzt mit ihrem Verhalten Rechte und Rechtsgüter anderer Personen, sodass eine Einwirkung auf A in Form einer Ordnungsmaßnahme im öffentlichen Interesse liegen könnte. Ihr Verhalten weicht aber nicht in besonderem Maße von anderen Fällen, in denen Ordnungsmaßnahmen verhängt werden, ab, sodass keine vom Normalfall abweichende Umstände vorliegen. Auch eine besondere zeitliche Dringlichkeit ist nicht ersichtlich. Damit stellt sich die Frage der Anwendbarkeit im konkreten Fall nicht.

### cc) Heilung

Daher könnte allenfalls die Möglichkeit einer Heilung nach § 45 Abs. 1 Nr. 3 LVwVfG NRW mit der Folge bestehen, dass die Verletzung der Anhörungspflicht unbeachtlich ist. Auch diese Möglichkeit setzt indes voraus, dass die in § 53 Abs. 6 SchulG NRW besonders getroffenen Verfahrensregelungen nicht abschließend sind und die allgemeinen Vorschriften des LVwVfG NRW daneben anwendbar bleiben.<sup>16</sup> Dies beurteilt sich nach dem anhand objektiver Kriterien erkennbaren Willen des Gesetzgebers. Maßgeblich können insbesondere der Detailgrad der spezialgesetzlichen Normierung sein sowie das Bestehen von Ausnahmenvorschriften. Eine solche Ausnahmenvorschrift ist hier mit § 53 Abs. 6 S. 4 SchulG NRW zwar getroffen, allerdings bezieht sich diese allein auf die Entbehrlichkeit und nicht auf die Möglichkeit einer Heilung. Überhaupt verhält sich das SchulG NRW nicht zu den Folgen von Verfahrensfehlern, sodass davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber die allgemein im LVwVfG NRW getroffenen Regelungen und so auch die Heilungsvorschrift des § 45 LVwVfG NRW für anwendbar hält.<sup>17</sup> Die Heilung nach § 45 LVwVfG NRW setzt voraus, dass die unterbliebenen Anhörungen nachgeholt werden. Solange dies gegenüber A, ihren Eltern und dem Klassenlehrer der A nicht stattgefunden hat, bleibt der Unterrichtsausschluss formell rechtswidrig.

### c) Zwischenergebnis

Der Unterrichtsausschluss ist bereits wegen der nicht erfolgten Anhörungen rechtswidrig. Im Weiteren wird die Rechtmäßigkeit der Maßnahme hilfsgutachtlich geprüft.

### d) Form

Der Unterrichtsausschluss müsste formgerecht ergangen sein. Nach § 53 Abs. 9 SchulG NRW sind Ordnungsmaßnahmen schriftlich bekanntzugeben und zu begründen. Mit dem Bescheid vom 5.2.2024 ist der Unterrichtsausschluss schriftlich ergangen. Er müsste auch begründet gewesen sein. Wie sich

---

<sup>15</sup> *Schneider*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, Stand: Juli 2020, § 28 Rn. 90; *Herrmann*, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.7.2024, § 28 Rn. 3.

<sup>16</sup> *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 1 Rn. 225; *Schönenbroicher*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2019, § 1 Rn. 85.

<sup>17</sup> A.A. VG Aachen, Urt. v. 29.1.2010 – 9 K 1439/09 = BeckRS 2010, 46675.

aus den Vorgaben zum allgemeinen Begründungserfordernis nach § 39 Abs. 1 S. 2 LVwVfG NRW ergibt, setzt die Begründung voraus, dass die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben, mitgeteilt werden. In ihrem Bescheid verweist S indes lediglich auf die Vorkommnisse am 25.1.2024 zulasten des Mitschülers B. Weder wird ersichtlich, wie sich diese Vorkommnisse in tatsächlicher Hinsicht gestalten, noch wird begründet, warum sich S für die Ordnungsmaßnahme des Unterrichtsausschlusses in der verfügten Höhe entschieden hat. Damit ist die Maßnahme hinsichtlich der tatsächlichen und der rechtlichen Gründe unzureichend begründet und deswegen formell rechtswidrig. Auch bezüglich der Begründung ist eine Heilung nach § 45 Abs. 2 Nr. 2 LVwVfG NRW möglich. Dies setzt jedoch voraus, dass diese nachgeholt wird, was bislang nicht geschehen ist, weswegen es auch aus diesem Grunde vorerst bei der formellen Rechtswidrigkeit bleibt.

### 3. Materielle Rechtmäßigkeit

Der Unterrichtsausschluss ist materiell rechtmäßig, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Rechtsgrundlage erfüllt sind und das durch sie eingeräumte Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt worden ist.

#### a) Tatbestand der Rechtsgrundlage

Als Ordnungsmaßnahme nach § 53 Abs. 3 Nr. 3 SchulG NRW setzt der Unterrichtsausschluss gem. § 53 Abs. 1 S. 2 SchulG NRW eine Pflichtverletzung voraus. Der Begriff der Pflichtverletzung wird im SchulG NRW nicht weiter definiert. Das für Schüler geltende Pflichtenprogramm ergibt sich vielmehr aus einer systematischen Zusammenschau verschiedener Regelungen des SchulG NRW. So haben nach §§ 42 Abs. 2 S. 1 SchulG NRW die Schüler daran mitzuarbeiten, dass die Aufgabe der Schule erfüllt und das Bildungsziel erreicht werden kann. § 42 Abs. 1 S. 3 SchulG NRW fordert eine vertrauensvolle Zusammenarbeit in der Schule ein. Gem. §§ 2 Abs. 2, 45 Abs. 2 SchulG NRW sind die Würde und Rechte anderer, insbesondere der Mitschüler, beim Schulbesuch zu beachten. Schließlich dienen nach § 53 Abs. 1 S. 1 SchulG NRW Ordnungsmaßnahmen auch dem Schutz von Personen.

Indem A mithilfe ihrer Freunde den Kopf des B in die Toilettenschüssel drückt, hat sie diesem gegenüber nicht nur Gewalt im Sinne körperlich wirkenden Zwangs ausgeübt, sondern ihm auch eine erniedrigende Behandlung zukommen lassen und damit ihre Pflichten aus dem Schulverhältnis verletzt. Die Tatbestandsvoraussetzung des § 53 Abs. 1 S. 2 SchulG NRW ist erfüllt.

#### b) Rechtsfolge, insbesondere Ermessen

Der Erlass einer Ordnungsmaßnahme steht gem. § 53 Abs. 1 S. 2 SchulG NRW im Ermessen des Schulleiters. Die Rechtmäßigkeit der Ermessensausübung ist in einem etwaigen verwaltungsgerichtlichen Verfahren nach § 114 S. 1 VwGO nicht vollständig zu prüfen, sondern lediglich hinsichtlich ihrer gesetzlichen Grenzen und ob von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch gemacht wurde. Für diese Prüfung wurde die sogenannte Ermessenfehlerlehre entwickelt, die typische Fälle des Überschreitens der gesetzlichen Grenzen in drei Kategorien von Ermessensfehlern einordnet: den Ermessensnichtgebrauch, den Ermessensfehlgebrauch und die Ermessensüberschreitung.<sup>18</sup> Ein Ermessensnichtgebrauch liegt vor, wenn die verfügende Behörde

---

<sup>18</sup> Zur Ermessenfehlerlehre siehe *Riese*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, Stand: Februar 2019, § 114 Rn. 56 ff.; *Hufen*, ZJS 2010, 603.

nicht erkannt hat, dass ihr eine Rechtsgrundlage Ermessen einräumt, und sie in der Folge von ihrem Ermessen keinen Gebrauch macht. Beim Ermessensfehlgebrauch lässt sich die Behörde bei ihrer Entscheidung nicht ausschließlich vom Zweck der Ermessensvorschrift, sondern (auch) von sachfremden Erwägungen leiten. Bei der Ermessensüberschreitung schließlich wählt die Behörde eine Rechtsfolge, die von der Rechtsgrundlage nicht gedeckt ist.

S hat ihr Ermessen ausdrücklich ausgeübt. Dies erfolgte auch zu den in § 53 Abs. 1 S. 1 SchulG NRW vorgesehenen Zwecken, die geordnete Unterrichts- und Erziehungsarbeit der Schule sowie die Person des B zu schützen. Mithin liegt kein Ermessensfehler in Form eines Ermessensnichtgebrauchs oder Ermessensfehlgebrauchs vor.

#### aa) Ermessensüberschreitung wegen Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip

Allerdings könnte S mit dem zweiwöchigen Ausschluss die gesetzliche Grenze des Verhältnismäßigkeitsprinzips überschritten haben. Dieses Gebot ist spezialgesetzlich in § 53 Abs. 1 S. 2 SchulG NRW geregelt. Es besagt, dass die getroffene Maßnahme geeignet, erforderlich und angemessen sein muss, einen legitimen Zweck zu erreichen.<sup>19</sup>

##### (1) Legitimer Zweck

Mit dem Unterrichtsausschluss möchte S die Grenzüberschreitung gegenüber B ahnden und dadurch auf A einwirken, um zukünftige Übergriffe durch A zu verhindern. Dies ist als legitimer, d.h. im öffentlichen Interesse liegender Zweck zu erachten.

##### (2) Geeignetheit

Ein Ausschluss von zwei Wochen wirkt sich empfindlich auf die Möglichkeit der A auf, am Unterricht zu partizipieren und einen Bildungserfolg zu erreichen, was zuallererst in ihrem eigenen Interesse liegt. Zudem ist sie dadurch in ihrer sozialen Situation beeinträchtigt. Daher ist der Ausschluss nicht von vornherein ungeeignet, das Ziel, ein Einlenken im Verhalten der A zu bewirken, zu erreichen.

##### (3) Erforderlichkeit

Die Erforderlichkeit der Maßnahme ist zu bejahen, wenn keine mildere, gleich effektive Maßnahme ersichtlich ist. § 53 Abs. 1 S. 3 SchulG NRW konkretisiert diese Vorgabe dadurch, dass Ordnungsmaßnahmen nur zulässig sind, wenn erzieherische Einwirkungen nicht ausreichen. Für diese Einwirkung nennt § 53 Abs. 2 SchulG NRW beispielhaft („insbesondere“) verschiedene Maßnahmen, wie die Ermahnung oder die Information der Eltern. Diese Maßnahmen schonen die Rechte der A, insbesondere auf Schulbildung gem. § 1 Abs. 1 S. 1 SchulG NRW deutlich, sind also milder. Gleichwohl dürften sie nicht im gleichen Maße Eindruck auf A ausüben und insofern nicht gleich effektiv sein. Hierbei steht S eine Einschätzungsprärogative zu, die nicht ersichtlich überschritten ist. Der zweiwöchige Ausschluss ist somit als erforderlich anzusehen.

##### (4) Angemessenheit

Der Unterrichtsausschluss müsste schließlich angemessen sein. Das bedeutet, dass er nicht außer Verhältnis zum angestrebten Erfolg stehen darf. Bei der Beurteilung sind das Maß der Eingriffsintensität in die Rechte der A einerseits und das Maß der Zweckerreichung andererseits gegenüberzustellen.

---

<sup>19</sup> Zum Verhältnismäßigkeitsprinzip siehe *Wienbracke*, ZJS 2013, 148.

Mit einer Länge von zwei Wochen hat S das ihr nach § 53 Abs. 3 Nr. 3 SchulG NRW eingeräumte Maß für die Dauer des Unterrichtsausschlusses ausgeschöpft. Dadurch ist A erheblich in ihrem Recht auf schulische Bildung nach § 1 Abs. 1 S. 1 SchulG NRW, das auch eine verfassungsrechtliche Verankerung in Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 GG findet, beeinträchtigt. Dieses Recht gilt jedoch, wie auch § 1 Abs. 1 S. 2 SchulG NRW ausdrücklich festhält, nicht absolut, sondern kann zur Verfolgung verfassungsrechtlich legitimer Zwecke in angemessener Weise eingeschränkt werden.

Das Verbot bedeutet für A zudem, dass sie gehindert ist, an der wöchentlich stattfindenden Kunstförderklasse teilzunehmen und ein Werk zu vollenden, das Ende Februar in der Jahresausstellung des Kunstvereins von D gezeigt werden soll. Damit könnte der Unterrichtsausschluss besondere Grundrechtsrelevanz aufweisen, wenn die Teilnahme an der Kunstförderklasse und die Arbeit an dem Werk in den Schutzbereich der Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG fällt. Auch im grundgesetzlichen Sinne lässt sich Kunst nicht abschließend definieren. Herangezogen werden verschiedene, nebeneinander anwendbare Kunstbegriffe, die entweder auf die Gattungsanforderungen eines bestimmten Werktyps abstellen (formaler Kunstbegriff), auf die inhaltlichen Kriterien eines künstlerischen Persönlichkeitsausdrucks und die Intention des Künstlers (materieller Kunstbegriff) oder auf die Interpretierbarkeit eines Werks (offener Kunstbegriff). In jedem Fall kann die Bewertung, ob Kunst i.S.d. Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG vorliegt nicht rein objektiv vorgenommen werden. Vielmehr ist das entsprechend darzulegende Selbstverständnis des Grundrechtsträgers maßgeblich zu berücksichtigen.<sup>20</sup>

S ist um die Fertigstellung eines großen Bildes und damit eines klassischen Werktyps bildender Kunst bemüht. Dem Umstand, dass dies im Rahmen einer Schulklasse erfolgt, A also keine formal ausgebildete Künstlerin ist, kommt keine entscheidende Bedeutung zu. Auf den Willen zur künstlerisch-schöpferischen Gestaltung deutet hin, dass A durch eine besondere Begabung aufgefallen ist, sie das Bild selbstständig anfertigt und dabei unter explizit künstlerischen Aspekten betreut wird und sie das Werk in einer Kunstausstellung präsentieren möchte. Der Schutzbereich der Kunstfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG ist mithin eröffnet. Der Unterrichtsausschluss beschränkt sie in der Möglichkeit, das Bild nach eigenen Vorstellungen fertigzustellen, zudem an der Ausstellung der Kunstförderklasse mitzuwirken. Damit ist A nicht nur im Werkbereich ihrer Kunstfreiheit, dem Vorgang der Herstellung des Kunstwerks betroffen, sondern auch im Wirkbereich, in der von Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG ebenfalls geschützten Darbietung des Kunstwerks.<sup>21</sup> Es liegt mithin ein Eingriff in den Schutzbereich der Kunstfreiheit vor.

Als vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht ist die Rechtfertigung eines solchen Eingriffs entsprechend anspruchsvoll und setzt voraus, dass er zum Schutz von Gütern mit Verfassungsrang in verhältnismäßiger Weise erfolgt.

Sowohl der ordentliche Schulbetrieb als auch die körperliche Unversehrtheit der Schüler sind nach Art. 7 Abs. 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG Güter von Verfassungsrang und damit bereits abstrakt von erheblichem Gewicht. Die Rechte des B sind durch A in erheblichem Maße beeinträchtigt worden. Insbesondere fällt ins Gewicht, dass B keinen nachvollziehbaren Grund für die Attacke auf ihn, wie etwa ein aggressives und in sonstiger Weise verletzendes Verhalten gegenüber A seinerseits, gegeben hat und die Behandlung als erniedrigend zu bewerten ist. Das Maß an Aggressivität, das A offenbart hat, lässt es auch als nachvollziehbar erscheinen, dass S Maßnahmen mit erzieherischer Einwirkung nicht für erfolgsversprechend gehalten hat. Angesichts der Tatsache, dass der Übergriff

<sup>20</sup> Zum Kunstbegriff siehe *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 Rn. 45 ff.; *Paulus*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Rn. 420 ff.

<sup>21</sup> Zum Werk- und Wirkbereich siehe *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 Rn. 52 ff.; *Paulus*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 5 Rn. 428 ff.

gegenüber B ohne nachvollziehbare Provokation erfolgte, ist insbesondere wahrscheinlich, dass mit weiteren Übergriffen zu rechnen ist. Der zweiwöchige Unterrichtsausschluss stellt nicht nur gegenüber A, sondern gegenüber der gesamten Schule die Schwere der Pflichtverletzung heraus und unterstreicht, die an eine solche Pflichtverletzung geknüpften Folgen.

Dem Eingriffsgewicht der Maßnahme, das dadurch abgemildert wird, dass der Ausschluss vom Unterricht und von der Kunstförderklasse nur vorübergehend ist und es A unbenommen ist, außerhalb der Kunstförderklasse künstlerisch tätig zu werden, steht also nicht nur abstrakt der gewichtige Zweck der Maßnahme, die Rechte des B zu schützen und weitere Übergriffe der A auf ihre Mitschüler zu unterbinden, gegenüber, sondern auch ein effektive Verfolgung dieses Zwecks. Damit stehen Mittel und Zweck hier nicht außer Verhältnis.

#### bb) Zwischenergebnis

Eine Ermessensüberschreitung liegt nicht vor.

#### c) Ergebnis

S hat ihr Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt.

### 4. Ergebnis

Der Unterrichtsausschluss ist formell rechtswidrig, wobei noch die Möglichkeit der Heilung besteht, und materiell rechtmäßig.

## II. Androhung der Entlassung

Als zweite Maßnahme droht S der A eine Entlassung von der Schule an.

### 1. Rechtsgrundlage

Als Rechtsgrundlage kann § 53 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 SchulG NRW dienen.

### 2. Formelle Rechtmäßigkeit

Nach § 53 Abs. 7 S. 1 SchulG NRW hatte nicht der Schulleiter über eine Androhung der Entlassung zu entscheiden, sondern eine von der Lehrerkonferenz berufene Teilkonferenz. S war mithin nicht zuständig. Zudem wären A und ihre Eltern nach § 53 Abs. 8 S. 1 SchulG NRW anzuhören und die Maßnahme nach § 53 Abs. 9 SchulG NRW zu begründen gewesen. Die Möglichkeit einer Heilung nach § 45 Abs. 1 Nr. 2, 3 LVwVfG NRW besteht, allerdings nur für den Anhörungs- und Begründungsmangel.

### 3. Materielle Rechtmäßigkeit

In materieller Hinsicht setzt die Androhung einer Entlassung nach § 53 Abs. 4 S. 1 SchulG NRW ein schweres oder wiederholtes Fehlverhalten voraus, das die Erfüllung der Aufgaben der Schule oder die Rechte anderer ernstlich gefährdet oder verletzt hat. Der Übergriff der A auf B war zwar ein einmaliges Ereignis. Gleichwohl dürfte der Übergriff gerade wegen der entwürdigenden Behandlung des B schwer i.S.d. § 53 Abs. 4 S. 1 SchulG NRW gewesen sein. Diese Schwere dürfte der Grund sein, warum auch die Androhung der Entlassung als verhältnismäßig und insgesamt ermessengerecht anzusehen ist.

#### 4. Ergebnis

Die Androhung der Entlassung ist formell rechtswidrig, materiell jedoch rechtmäßig.

#### III. Gesamtergebnis

Der Bescheid ist bezüglich des Unterrichtsausschlusses und des Betretungsverbots rechtswidrig, allerdings heilbar. Bezüglich der Androhung der Entlassung ist er rechtswidrig.

# Zwischenprüfungsklausur: Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes und Besetzung von Ausschüssen des Bundestages

*Prof. Dr. Lothar Michael, Wiss. Mitarbeiterin Johanna Sophie Materne,  
Wiss. Mitarbeiter Christoph Witthaut, Düsseldorf\**

## Sachverhalt

### Erste Aufgabe (Allgemeines Verwaltungsrecht)

B wohnt seit vielen Jahren in einer Eigentumswohnung in der nordrhein-westfälischen Stadt D. Schon seit einiger Zeit wünscht sie sich ein Haus mit Garten. Endlich erwirbt sie ein günstiges Grundstück in M, einem Vorort von D. Auf diesem Grundstück möchte sie nun ihr Anwesen errichten. N, der das Nachbargrundstück bewohnt, befürchtet, dass ihm das Haus der B die Aussicht auf die Felder verstellen könnte. Er kündigt rechtliche Schritte gegen die Baugenehmigung an.

Den der Sache nach genehmigungsfähigen Antrag auf die entsprechende Baugenehmigung reicht B am 10.11.2023 nicht bei der örtlich zuständigen Baubehörde von M ein, sondern bei der Stadt D. Sie ist der irrigen Ansicht, dass sie alle Behördenangelegenheiten in D erledigen könne, solange sie dort ihren Wohnsitz habe. Zudem arbeitet ihre Schwester S beim Straßenverkehrsamt in D und B hofft, diese könne für eine zügige Genehmigung sorgen. Tatsächlich möchte S ihrer Schwester helfen, zumal sie annimmt, dass sich die Mitarbeiter der Baubehörde von D für unzuständig erklären würden. S hat davon gehört, dass in der örtlich zuständigen Baubehörde von M gerade Personalmangel herrscht und es vermutlich länger dauern könnte, bis die Sache dort bearbeitet wird. Daher nimmt sie selbst den Antrag der B in die Hand und erteilt umgehend die von B gewünschte Baugenehmigung, welche B am 17.11.2023 zugestellt wird.

Um sicher zu gehen, dass auch im Verhältnis zu deren zukünftigem Nachbarn N alles „in trockene Tücher kommt“, stellt sie auch diesem die Baugenehmigung am selben Tage zu. Nachbar N befindet sich zu dieser Zeit jedoch in seinem Ferienhaus in Südafrika und erfährt erst bei seiner Wiederkehr am 4.1.2024 von der erteilten Baugenehmigung. N meint, diese sei schon deshalb nichtig, weil S als Schwester von B offensichtlich befangen sei und an deren Erlass mitgewirkt habe.

## Aufgabe

Ist die Baugenehmigung wirksam?

### Bearbeitungsvermerk

Es ist davon auszugehen, dass es sich bei der Baugenehmigung um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG NRW handelt und dass sie fehlerfrei bekannt gegeben wurde. Es ist darauf einzugehen, ob die Auffassung des N bezüglich der Befangenheit zutrifft.

---

\* Prof. Dr. Lothar Michael ist Inhaber der Professur für Öffentliches Recht an der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Der Fall wurde im Sommersemester 2024 als Zwischenprüfungsklausur gestellt. Johanna Materne war zu dieser Zeit Wiss. Mitarbeiterin und Christoph Witthaut ist Wiss. Mitarbeiter bei genannter Professur.



### Zusatzfrage

Muss N die Baugenehmigung anfechten, damit diese keine Rechtswirkungen mehr entfaltet? Bitte beantworten Sie nur die Frage (mit kurzer Begründung). Es sind nicht die Erfolgsaussichten eines Widerspruchs oder einer Klage zu prüfen.

### Zweite Aufgabe (Staatsorganisationsrecht)

A ist Mitglied der B-Fraktion, einer der regierungstragenden Fraktionen im Bundestag. Wie von § 12 GeschOBT vorgesehen, sind alle Bundestagsausschüsse entsprechend den Stimmverhältnissen im ganzen Parlament besetzt. Für die B-Fraktion sitzt A im Gesundheitsausschuss. Weil die Koalition nur knapp die Mehrheit im Bundestag hat, hat sie auch nur mit der Stimme des A eine Mehrheit bei Abstimmungen im Ausschuss. Im Laufe der Legislaturperiode distanziert sich A immer mehr von der Gesundheitspolitik der Bundesregierung. Er kritisiert diese u.a. in den sozialen Netzwerken und profiliert sich als selbsternannter „Vordenker einer alternativen Gesundheitspolitik“. Dafür wird er in einschlägigen Internetforen gefeiert, in seiner Fraktion aber heftig kritisiert.

Als A bei einem wichtigen Gesetzesvorhaben der Bundesregierung im Gesundheitsausschuss durch seine Gegenstimme eine sonst mehrheitsfähige Beschlussempfehlung blockiert, kommt es zum Bruch. Nachdem er hierfür von der Vorsitzenden der B-Fraktion heftig kritisiert wird, erklärt A von sich aus den Austritt aus der B-Fraktion. Die Fraktionsvorsitzende reagiert darauf geradezu erleichtert und kündigt an, für den Ausschusssitz nach § 57 Abs. 2 GeschOBT ein anderes Fraktionsmitglied zu benennen, damit sich auch zukünftig die Mehrheitsverhältnisse des Bundestages im Ausschuss widerspiegeln.

Nun erst wird A bei einem Blick in § 57 Abs. 2 S. 2 GeschOBT klar, dass er damit rechnen muss, als fraktionsloser Abgeordneter allenfalls noch als beratendes Ausschussmitglied agieren zu können – möglicherweise sogar in einem Ausschuss, der ihn weniger interessiert. Er meint jedoch, dass das Grundgesetz die Gleichheit aller Abgeordneten garantiere. Diese Garantie müsse doch einer „bloßen Geschäftsordnungsregelung“ vorgehen. A sieht sich gegenüber fraktionsangehörigen Abgeordneten benachteiligt und hält § 57 Abs. 2 S. 2 GeschOBT für eine verfassungswidrige Beschränkung seiner Rechte.

### Aufgabe

Bewerten Sie die materielle Verfassungsmäßigkeit des § 57 Abs. 2 S. 2 GeschOBT. Auf die formelle Verfassungsmäßigkeit des § 57 GeschOBT ist nicht einzugehen.

### Zusatzfrage

Die Bundestagspräsidentin benennt A als nur beratendes Mitglied eines Ausschusses. Welches der im GG geregelten Verfahren kommt in Betracht, um dagegen vor dem BVerfG vorzugehen? Es ist nur die Abgrenzung der Verfahrensarten zu erörtern, nicht deren vollständige Zulässigkeit.

### Bearbeitungsvermerk für alle Aufgaben

Alle Aufgaben und Zusatzfragen sind zu bearbeiten. Es ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen ggf. hilfsgutachtlich einzugehen.

## Lösungsvorschlag

<b>Erste Aufgabe: Wirksamkeit der Baugenehmigung</b> .....	1257
<b>I. Baugenehmigung als Verwaltungsakt</b> .....	1257
<b>II. Bekanntgabe, § 41 VwVfG NRW</b> .....	1257
<b>III. Nichtigkeit</b> .....	1257
1. Örtliche Unzuständigkeit, § 44 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG NRW .....	1257
2. Befangenheit der S.....	1258
<b>IV. Ergebnis</b> .....	1258
<b>Zusatzfrage: Muss N die Baugenehmigung anfechten, damit sie keine Rechts- wirkungen mehr entfaltet?</b> .....	1259
<b>Zweite Aufgabe: Materielle Verfassungsmäßigkeit von § 57 Abs. 2 S. 2 GeschOBT</b> .....	1259
<b>I. Gewährleistungsbereich des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG</b> .....	1259
<b>II. Beeinträchtigung der Gleichheit des Mandats aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG</b> .....	1259
<b>III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung</b> .....	1260
1. Beschränkbarkeit des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG .....	1260
2. Funktionsfähigkeit des Bundestages und Spiegelbildlichkeitsprinzip .....	1260
3. Praktische Konkordanz: Ausgleich zwischen Gleichheit der Abgeordneten und Prinzip der Spiegelbildlichkeit.....	1261
<b>IV. Ergebnis</b> .....	1263
<b>Zusatzfrage: Die Bundestagspräsidentin benennt A als nur beratendes Mitglied eines Ausschusses. Welches der im GG geregelten Verfahren kommt in Betracht, um dagegen vor dem BVerfG vorzugehen?</b> .....	1263

*Vorbemerkung:* Diese Zwischenprüfungsklausur besteht aus zwei gleichwertigen Aufgabenteilen, jeweils mit einer kurzen Zusatzfrage. Sie ist nicht auf die ausführliche Erörterung eines (potenziell auswendig gelernten) Spezialproblems ausgelegt. Vielmehr kommt es auf Systemverständnis an. Die erste Aufgabe prüft ab, ob Prüflinge den Unterschied zwischen Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit bezogen auf den Verwaltungsakt verstanden haben. Der einfachgelagerte Fall lässt sich mit einer wortlautgemäßen Anwendung der einschlägigen Normen des VwVfG lösen. Die zweite Aufgabe setzt ein Grundverständnis für die Arbeit des Bundestages voraus und legt einen Schwerpunkt auf die Abwägung der kollidierenden Verfassungsgüter. Aufhänger ist der in Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG gewährleistete Abgeordnetenstatus, also eine zentrale Standardnorm des Staatsorganisationsrechts. Außerdem kommt es darauf an, die GeschOBT in ein Verhältnis zum Grundgesetz zu setzen. Es handelt sich somit um eine für das Rechtsgebiet typische Aufgabenstellung.

## Erste Aufgabe: Wirksamkeit der Baugenehmigung

Die Baugenehmigung ist wirksam, wenn es sich um einen Verwaltungsakt handelt, der wirksam bekannt gegeben wurde (§ 43 Abs. 1 VwVfG NRW) und weder zurückgenommen bzw. widerrufen, oder anderweitig aufgehoben wurde oder sich durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt (§ 43 Abs. 2 VwVfG NRW) hat, noch nichtig (§ 44 VwVfG NRW) ist. Die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes ist dagegen keine Wirksamkeitsvoraussetzung.<sup>1</sup>

### I. Baugenehmigung als Verwaltungsakt

Es handelt sich bei der Baugenehmigung laut Bearbeitungsvermerk um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG NRW.

### II. Bekanntgabe, § 41 VwVfG NRW

Die Baugenehmigung ist B (und auch N) am 17.11.2023 zugestellt und laut Bearbeitungsvermerk fehlerfrei bekannt gegeben worden, § 41 VwVfG NRW. Sie ist auch nicht in irgendeiner Weise aufgehoben worden und hat sich auch nicht erledigt (§ 41 Abs. 2 VwVfG NRW).

### III. Nichtigkeit

Eine Unwirksamkeit könnte sich jedoch nach § 43 Abs. 3 VwVfG NRW ergeben, wenn die Baugenehmigung nichtig ist. Ein nichtiger Verwaltungsakt entfaltet keine Rechtswirkungen und kann auch nicht bestandskräftig werden. Die Nichtigkeit der Baugenehmigung könnte sich hier aus § 44 VwVfG NRW ergeben.

*Hinweis:* Bei § 44 VwVfG NRW empfiehlt es sich, zunächst dessen Abs. 2 (Positivkatalog, der absolute Nichtigkeitsgründe enthält), dann Abs. 3 (Negativkatalog mit Fehlern, die nicht allein zur Nichtigkeit führen) und zuletzt Abs. 1 (Generalklausel mit relativen Nichtigkeitsgründen) zu prüfen. Zwingend ist diese Prüfungsreihenfolge allerdings nicht.

#### 1. Örtliche Unzuständigkeit, § 44 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG NRW

Der Gesetzgeber hat in § 44 Abs. 2 VwVfG NRW eine abschließende Aufzählung absoluter Nichtigkeitsgründe geregelt. Wenn ein Fall des § 44 Abs. 2 VwVfG NRW vorliegt, so ist der Verwaltungsakt ohne Rücksicht auf die allgemeinen Voraussetzungen des § 44 Abs. 1 VwVfG NRW nichtig.

Die Baugenehmigung könnte vorliegend nach § 44 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG NRW nichtig sein. Danach ist ein Verwaltungsakt nichtig, wenn ihn eine Behörde außerhalb ihrer durch § 3 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG NRW begründeten örtlichen Zuständigkeit erlassen hat, ohne dazu ermächtigt zu sein. § 3 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG NRW regelt die örtliche Zuständigkeit in Angelegenheiten, die sich auf unbewegliches Vermögen oder ortsgebundene Rechte beziehen, insbesondere also in Grundstücksangelegenheiten.<sup>2</sup>

B beantragt die Baugenehmigung bei der Stadt D. Hier nimmt sich S des Antrags an und erteilt die Baugenehmigung. Örtlich zuständig ist laut Sachverhalt jedoch die Baubehörde der Stadt M.

<sup>1</sup> Zur wichtigen Unterscheidung zwischen Wirksamkeit und Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes ausführlich *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 10 Rn. 1 ff.

<sup>2</sup> *Schemmer*, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.7.2024, § 44 Rn. 48 f.

Bei der Erteilung der Baugenehmigung handelt es sich auch um eine Angelegenheit, die sich auf ein Grundstück bezieht, sodass sich die örtliche Zuständigkeit der Stadt M aus § 3 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG NRW ergibt. Die Baugenehmigung wurde somit von der Stadt D außerhalb ihrer nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG NRW begründeten Zuständigkeit erlassen. Dass S als Mitarbeiterin im Straßenverkehrsamt außerdem sachlich unzuständig war, spielt in Bezug auf § 44 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG NRW i.V.m. § 3 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG NRW keine Rolle. Die Baugenehmigung ist nach § 44 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG NRW nichtig.

## 2. Befangenheit der S

*Hinweis:* Jedenfalls aufgrund des Bearbeitungsvermerks ist auf die Befangenheit der S (hilfsgutachtlich) einzugehen, auch wenn bereits ein Nichtigkeitsgrund bejaht wurde.

Ein weiterer Nichtigkeitsgrund könnte in der Mitwirkung der S an dem Erlass der Baugenehmigung liegen. N führt insofern an, dass die Baugenehmigung schon deshalb nichtig sei, weil S offensichtlich befangen sei und trotzdem an deren Erlass mitgewirkt habe.

S ist als Schwester der B deren Angehörige und gehört damit nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG NRW zu den vom Verwaltungsverfahren ausgeschlossenen Personen. Nach § 44 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG NRW ist ein Verwaltungsakt allerdings explizit nicht schon deshalb nichtig, weil eine ausgeschlossene Person mitgewirkt hat. Die Auffassung des N ist insoweit unzutreffend.

Allerdings könnte in der Mitwirkung der S und insbesondere in der Art und Weise ihrer Mitwirkung ein schwerwiegender Fehler zu erkennen sein, der zu einer Nichtigkeit nach den allgemeinen Voraussetzungen des § 44 Abs. 1 VwVfG NRW führt. Der Rückgriff auf § 44 Abs. 1 VwVfG NRW wird durch die Anwendbarkeit des § 44 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG NRW keineswegs ausgeschlossen.<sup>3</sup> Dass die Mitwirkung einer befangenen Person allein nicht die Nichtigkeit begründet, schließt nicht aus, diesen Umstand bei der Bewertung der Nichtigkeit zu berücksichtigen, wenn der Verwaltungsakt auch in der Sache in offensichtlich parteilicher Weise erlassen wurde. S hat hier nicht nur trotz ihrer offenkundigen Befangenheit mitgewirkt, sondern auch außerhalb ihrer sachlichen Zuständigkeit als Bedienstete im Straßenverkehrsamt gehandelt. Allerdings war das Vorhaben laut Sachverhalt genehmigungsfähig und die Baugenehmigung somit materiell rechtmäßig. Auch ein unbefangener, sachlich zuständiger Sachbearbeiter hätte die Baugenehmigung daher erteilen müssen (zumal es sich bei der Erteilung einer Baugenehmigung nach § 74 Abs. 1 S. 1 BauO NRW um eine gebundene Entscheidung handelt). Trotz des fehlerhaften Verhaltens der S leidet die Baugenehmigung damit nicht an einem besonders schwerwiegenden Fehler, der i.S.d. § 44 Abs. 1 VwVfG NRW zur Nichtigkeit führt.

*Hinweis:* Es ist auch vertretbar, mit Blick auf das eklatante Fehlverhalten der S von einer Nichtigkeit nach § 44 Abs. 1 VwVfG NRW auszugehen.

## IV. Ergebnis

Die Baugenehmigung ist wegen der örtlichen Unzuständigkeit nichtig und damit unwirksam, § 43 Abs. 3 VwVfG NRW.

---

<sup>3</sup> Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 44 Rn. 158.

**Zusatzfrage: Muss N die Baugenehmigung anfechten, damit sie keine Rechtswirkungen mehr entfaltet?**

Ein nichtiger Verwaltungsakt ist unwirksam nach § 43 Abs. 3 VwVfG NRW und entfaltet – im Gegensatz zu einem „nur“ rechtswidrigen Verwaltungsakt – keinerlei Rechtswirkungen. N muss die Baugenehmigung also nicht erst anfechten, damit sie keine Rechtswirkungen mehr entfaltet.<sup>4</sup>

*Hinweis:* Die Zusatzfragen betrifft die Konsequenzen des Ergebnisses der ersten Aufgabe.

**Zweite Aufgabe: Materielle Verfassungsmäßigkeit von § 57 Abs. 2 S. 2 GeschOBT**

§ 57 Abs. 2 S. 2 GeschOBT regelt, dass der Bundestagspräsident fraktionslose Abgeordnete als (nur) beratende Ausschussmitglieder benennt. Fraglich ist, ob diese Regelung mit dem GG vereinbar ist. In Betracht kommt eine Verletzung der Statusrechte der Abgeordneten, die sich aus dem freien Mandat nach Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ergeben.

**I. Gewährleistungsbereich des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG**

Nach dem Wortlaut des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG sind die Bundestagsabgeordneten „an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen“. Der Gewährleistungsbereich des Abgeordnetenstatus umfasst sowohl die Freiheit als auch die Gleichheit der Abgeordneten. Die Gleichheit der Abgeordneten ist dabei die Fortsetzung der Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetz i.S.v. Art. 3 GG und der Wahlrechtsgleichheit aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG auf Parlamentsebene.<sup>5</sup>

Die Gleichheit der Abgeordneten vermittelt allen Mitgliedern des Bundestages ein Recht auf gleiche Teilhabe am Prozess der parlamentarischen Willensbildung. Damit ist verbunden, dass die parlamentarischen Mitwirkungsrechte in gleicher Weise wahrgenommen werden können.

Zu den parlamentarischen Mitwirkungsrechten gehört neben dem Rederecht, Antrags- und Stimmrechten auch das Recht zur Mitwirkung in Ausschüssen: Dort findet die grundsätzliche und gegebenenfalls auch in Details gehende Sacharbeit des Parlamentes statt, bei der die Abgeordneten insbesondere die drei vorgenannten Mitwirkungsrechte ausüben, um die Beratungen und Beschlüsse im Plenum vorzubereiten. Insofern steht allen Abgeordneten kraft ihres Status ein grundsätzliches Recht auf gleiche Mitwirkung in Ausschüssen zu.

**II. Beeinträchtigung der Gleichheit des Mandats aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG**

Nach § 57 Abs. 2 S. 2 GeschOBT benennt der Bundestagspräsident fraktionslose Abgeordnete als beratende Mitglieder. Die fraktionslosen Mitglieder des Bundestages haben zwar das Recht, einem Ausschuss anzugehören und sind insofern den in einer Fraktion organisierten Abgeordneten, denen nach § 57 Abs. 1 S. 2 GeschOBT ein Ausschusssitz zusteht, gleichgestellt. Dort dürfen sie reden und Anträge stellen, aber anders als die fraktionsangehörigen Ausschussmitglieder nicht abstimmen. Zwar steht den fraktionslosen Abgeordneten uneingeschränkt das Stimmrecht bei der Schlussabstimmung im Plenum zu. Bei der Detailarbeit in den Ausschüssen, wo gerade die Einzelheiten einer

<sup>4</sup> Zur prozessualen Geltendmachung der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes lies z.B. *Guckelberger*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 2023, § 15 Rn. 7.

<sup>5</sup> *Morlok/Michael*, Staatsorganisationsrecht, 6. Aufl. 2023, Rn. 709, 724 ff.

Beschlussvorlage debattiert und abgestimmt werden, können sie aber nicht mitstimmen. Im Plenum bleibt ihnen nur noch die Möglichkeit, dem Vorhaben im Ganzen zuzustimmen oder es im Ganzen abzulehnen. Insofern ist ihr Recht auf gleiche Teilhabe an der parlamentarischen Willensbildung beeinträchtigt.

### III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Die Beeinträchtigung der Gleichheit des Mandats aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG könnte jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Das ist der Fall, wenn dieses Recht durch ein anderes Rechtsgut von Verfassungsrang beschränkbar ist und die Beeinträchtigung sich in den durch die Verfassung vorgegebenen Grenzen hält.

#### 1. Beschränkbarkeit des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG

Die Beschränkbarkeit des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ist aus dem Verfassungsrecht zu entwickeln. Art. 38 Abs. 3 GG verweist zwar auf die nähere Ausgestaltung des Art. 38 GG durch Bundesgesetz. Dies ist aber weder als Gesetzesvorbehalt noch als strikter Vorbehalt des Gesetzes zu verstehen. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ist vielmehr darüber hinaus ins Verhältnis zu weiteren Bestimmungen des Grundgesetzes zu setzen. Die Statusrechte der Abgeordneten werden deshalb nicht schrankenlos gewährleistet, können aber nur durch andere Rechtsgüter von Verfassungsrang eingeschränkt werden, durch sog. kollidierendes Verfassungsrecht.

Vorliegend beeinträchtigt der § 57 Abs. 2 S. 2 GeschOBT die Gleichheit der Abgeordneten. Die GeschOBT ist keine Norm mit Verfassungsrang, sondern eine autonome Satzung eines Verfassungsorgans, die die parlamentarische Binnenorganisation betrifft.

§ 57 Abs. 2 S. 2 GeschOBT könnte jedoch eine Konkretisierung verfassungsrechtlicher Vorgaben darstellen. Die Bildung von Ausschüssen und deren spiegelbildliche Zusammensetzung dienen dazu, dass der Bundestag Sachfragen mit vertretbarem Aufwand und in vertretbarer Zeit bearbeiten und entscheiden kann. Damit wird die Erfüllung der verfassungsmäßigen Aufgaben des Bundestages sichergestellt. Dahinter steht der verfassungsimmanente Grundsatz der Funktionsfähigkeit des Bundestages. Weil die Mitglieder des Bundestages die Funktionsfähigkeit des Parlaments praxisnah beurteilen können und ein Interesse an deren Sicherung und Optimierung haben, überträgt das GG dem Parlament in Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG die Geschäftsordnungsautonomie.<sup>6</sup> Sogar § 57 Abs. 2 S. 2 GeschOBT als „bloße“ Geschäftsordnungsnorm ist damit grundsätzlich geeignet, das freie und gleiche Mandat der Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG einzuschränken. Bei seiner Anwendung sind die Verfassungsgüter der Abgeordnetengleichheit einerseits und der Funktionsfähigkeit des Bundestages andererseits zu berücksichtigen.

#### 2. Funktionsfähigkeit des Bundestages und Spiegelbildlichkeitsprinzip

Das mit der Abgeordnetengleichheit kollidierende Verfassungsrechtsgut ist hier das Prinzip der Funktionsfähigkeit des Bundestages. Weil es dem Bundestag mit seinen derzeit 733 Mitgliedern unmöglich wäre, jede Sachfrage in angemessener Weise im Plenum zu klären, wird die Detailarbeit in der Sache auf eine Reihe von Fachausschüssen mit festgelegten Geschäftsbereichen übertragen. Das ist für eine effektive Arbeit des Bundestages ebenso unerlässlich wie vom GG an verschiedenen Stellen (z.B.

---

<sup>6</sup> Degenhardt, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 40. Aufl. 2024, Rn. 644 f.

Art. 43 GG) vorausgesetzt. Bestimmte Ausschüsse sind sogar vom GG ausdrücklich vorgesehen, vgl. Art. 45 ff. GG.

In den Ausschüssen wird ein gewichtiger Teil der parlamentarischen Aufgaben erledigt, für die ihm und seinen Mitgliedern die demokratische Legitimation durch das Volk übertragen wurde. Somit muss sich das Kräfteverhältnis zwischen den Fraktionen, das sich aus den Wahlen zum Bundestag ergibt, auch in der Besetzung der Ausschüsse widerspiegeln (Prinzip der Spiegelbildlichkeit). Die Besetzungen der Ausschüsse müssen verkleinerte Abbilder des Plenums sein, auch wenn sich kleinere Abweichungen durch die Rundung regelmäßig nicht vermeiden lassen.

Das Prinzip der Spiegelbildlichkeit verlängert das Repräsentationsprinzip, nach dem sich die in der Verhältniswahl festgestellten Mehrheitsverhältnisse des Wahlverhaltens in der Zusammensetzung des Bundestages spiegeln. Insofern handelt es sich auch um einen Ausfluss demokratischer Gleichheit, dass sich auch in den Ausschüssen die Mehrheitsverhältnisse des Bundestages spiegeln sollen. Zugleich steigert die Spiegelbildlichkeit die Effizienz der Arbeit des Bundestages. Die Ausschüsse sollten nämlich mehrheitsfähige Beschlussvorlagen für das Plenum vorbereiten. Dazu sollten sich die Mehrheitsverhältnisse in den Ausschüssen und im Plenum entsprechen.<sup>7</sup>

### 3. Praktische Konkordanz: Ausgleich zwischen Gleichheit der Abgeordneten und Prinzip der Spiegelbildlichkeit

Fraglich ist, ob die Geschäftsordnungsregelung des § 57 Abs. 2 S. 2 GeschOBT dem Grundsatz der Gleichheit der Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG einerseits und dem Prinzip der Spiegelbildlichkeit als Ausprägung des Grundsatzes der Funktionsfähigkeit des Bundestages andererseits ausreichend Rechnung trägt. Es kommt auf einen schonenden Ausgleich im Sinne praktischer Konkordanz zwischen den beiden Verfassungsgrundsätzen an. Dabei gilt es zu bedenken, dass es sich um Fragen der parlamentarischen Binnenorganisation handelt, für die Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG dem Bundestag nicht nur die Kompetenz zum Erlass einer Geschäftsordnung überträgt, sondern damit auch die Autonomie zur Regelung seiner internen Organisation vermittelt. Die Parlamentsautonomie ist Ausfluss der Volkssouveränität und Ausdruck der Gewaltenteilung. Vor diesem Hintergrund ist dem Bundestag ein weiter Ausgestaltungsspielraum zuzugestehen, solange den kollidierenden Verfassungsgütern ausreichend Sorge getragen ist.<sup>8</sup>

Einerseits sind die fraktionslosen Abgeordneten durch die Regelungen der GeschOBT nur in einem Ausschuss und dort nur mit beratender Stimme Mitglied. Dadurch sind ihre Mitwirkungsmöglichkeiten an der politischen Sacharbeit im Vergleich zu fraktionsangehörigen Abgeordneten stark begrenzt. Letztere sind zwar in der Regel auch „nur“ in einem Ausschuss Mitglied (vgl. § 57 Abs. 1 S. 2 GeschOBT), haben dort aber Stimmrecht und somit direkten Einfluss auf die Beschlussvorlage, deren Einzelheiten in dem Ausschuss verhandelt werden. Dass fraktionslose Abgeordnete in den Ausschüssen weniger Gestaltungsmacht haben, liegt aber nicht nur an ihrem fehlenden Stimmrecht, sondern ergibt sich auch daraus, dass „hinter ihnen“ nicht eine Fraktion steht, deren potentiell (und regelmäßig einheitliches) Stimmverhalten sie repräsentieren würden. Der Verlust an Einfluss ist damit weniger eine rechtliche Wirkung der Regelung, sondern vor allem eine faktische Konsequenz der Fraktionslosigkeit, die in der Regelung eine normative Entsprechung findet. Anders als Fraktionsangehörige müssen Fraktionslose sich nicht mit anderen Abgeordneten auf eine Position einigen und dabei ggf. Kompromisse eingehen.

<sup>7</sup> St. Rspr. vgl. BVerfGE 154, 1 (12 Rn. 29); *Kauffhold/Wischmeyer*, Staatsrecht I, 36. Aufl. 2024, § 6 Rn. 65; *Morlok/Michael*, Staatsorganisationsrecht, 6. Aufl. 2023, Rn. 670 f.

<sup>8</sup> Zuletzt BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, Rn. 100.



Das Spiegelbildlichkeitsprinzip streitet rechtlich dagegen, allen Abgeordneten und damit auch denjenigen, die keiner Fraktion angehören, einen Ausschusssitz mit Stimmrecht zuzuweisen: Einzelne Abgeordnete, die also auch im Ausschuss nur „für sich selbst“ sprechen, machen einen so kleinen Bruchteil des Plenums aus, dass sie sonst notwendigerweise „überrepräsentiert“ wären. Es stünde den Einzelabgeordneten schließlich grundsätzlich frei, sich einer Fraktion oder Gruppe anzuschließen oder mit anderen Abgeordneten eine solche zu bilden, um ihren Einfluss zu optimieren. So betrachtet ist bereits die bloße Mitgliedschaft von fraktionslosen Abgeordneten vor dem Spiegelbildlichkeitsprinzip rechtfertigungsbedürftig. Diese könnten auch ohne Stimmrecht mehr Einfluss erlangen, als ihnen nach den Kräfteverhältnissen im Plenum zustünde. Ohne einen zumindest beratenden Ausschusssitz wären fraktionslose Abgeordnete jedoch von diesem wesentlichen Teil der Parlamentsarbeit gänzlich ausgeschlossen. Daher sieht der § 57 Abs. 2 S. 2 GeschOBT mit der Benennung von fraktionslosen Abgeordneten als beratende Mitglieder eine Regelung vor, die auf beide widerstreitenden Rechtsgüter eingeht.

Stünde ihnen dagegen ein Stimmrecht zu, würden dadurch die Kräfteverhältnisse in dem Ausschuss gestört. Es drohte eine Blockade der Arbeit des Bundestages, wenn wie im vorliegenden Fall die regierungstragenden Fraktionen in einem Ausschuss aufgrund der fehlenden Spiegelbildlichkeit keine „eigene“ Mehrheit mehr hätten. Der parlamentarische Ablauf wäre erheblich gefährdet, wenn dort solche Beschlussempfehlungen an das Plenum blockiert werden könnten, die Aussicht auf die Mehrheit im Bundestag hätten. Zwar haben offenere Mehrheitsverhältnisse durchaus das Potenzial, die parlamentarische Arbeit zu beleben und die Beteiligten dazu anhalten, wirklich mit einander um die beste Lösung in der Sache zu ringen. Darauf ist allerdings die deutsche Parteiendemokratie nicht aus- und eingerichtet, die eher von einem Dualismus zwischen Koalition und Opposition ausgeht.<sup>9</sup>

Das Abbild der Kräfteverhältnisse im Bundestag ließe sich freilich auch dadurch herstellen, dass die Anzahl der Ausschusssitze für die Ausschussmitglieder insgesamt so erhöht würde, dass eine Blockade im Ausschuss nicht mehr droht. Die Mitwirkungsrechte der fraktionslosen Abgeordneten kämen damit stärker zur Geltung. Sie wären den fraktionsangehörigen Abgeordneten sowohl im Ausschuss als auch im Plenum bei der Stimmabgabe gleichgestellt. Gleichzeitig liegt aber in jeder Vergrößerung der Ausschüsse eine potenzielle Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit. Außerdem hätten die fraktionslosen Abgeordneten in ihren Ausschüssen weiterhin überproportional viel Einfluss im Vergleich zu den fraktionsangehörigen Ausschussmitgliedern: Letztere repräsentieren in den Ausschüssen immer auch ihre Fraktionskollegen und müssen sich mit diesen ggf. im Kompromiss auf eine gemeinsame Position einigen. Dagegen handeln die Fraktionslosen ausschließlich für sich selbst.

Die Benennung von fraktionslosen Abgeordneten als beratende Mitglieder führt zwar zu einem Weniger an Mitwirkungsrechten im Ausschuss, stellt sie aber gegenüber den fraktionsangehörigen Abgeordneten nicht rechtlos und ermöglicht weiterhin eine aktive Teilnahme an den Ausschussberatungen. Der Grundsatz der Spiegelbildlichkeit wird bei den Abstimmungen im Ausschuss gewahrt, für die Beratungen aber im Sinne der Mitwirkungsrechte der fraktionslosen Abgeordneten modifiziert. Die Regelung des § 57 Abs. 2 S. 2 GeschOBT trägt mithin beiden kollidierenden Verfassungsgütern Rechnung und stellt einen schonenden Ausgleich zwischen diesen her.

Die Beeinträchtigung der Gleichheit der Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ist somit gerechtfertigt.

*Hinweis:* Es ist auch gut vertretbar zu argumentieren, dass das Stimmrecht so fest mit dem Status des Abgeordneten verbunden ist, dass er es unabhängig von der Fraktionszugehörigkeit auch im

<sup>9</sup> Vgl. Kaufhold/Wischmeyer, Staatsrechtsorganisationsrecht, 36. Aufl. 2024, § 6 Rn. 75 ff., insbesondere Rn. 81 f.



Ausschuss haben muss.<sup>10</sup> Dann wäre § 57 Abs. 2 S. 2 GeschOBT als materiell verfassungswidrig anzusehen.

#### IV. Ergebnis

§ 57 Abs. 2 S. 2 GeschOBT ist materiell verfassungsgemäß.

**Zusatzfrage: Die Bundestagspräsidentin benennt A als nur beratendes Mitglied eines Ausschusses. Welches der im GG geregelten Verfahren kommt in Betracht, um dagegen vor dem BVerfG vorzugehen?**

Der Abgeordnete A könnte ein Organstreitverfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG gegen die Bundestagspräsidentin anstreben. Das Verfahren kommt hier deshalb in Betracht, weil es um den Abgeordnetenstatus als Organrecht geht und sich ein Mitglied des Bundestages gegen den Bundestag als Verfassungsorgan wendet. Vorschriften der Geschäftsordnung sind Maßnahmen i.S.d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG.

*Hinweis:* Alternativ käme grundsätzlich auch eine Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG in Betracht, weil Art. 38 GG dort explizit als rügefähiges, grundrechtsgleiches Recht aufgeführt ist. Für die Geltendmachung von Abgeordnetenrechten ist dieses Verfahren (nach h.M.) aber nur im Ausnahmefall vorgesehen, der Organstreit ist insoweit spezieller.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> So zumindest im Ergebnis auch BVerfGE 80, 188 (235 ff.) – Sondervotum Mahrenholz zur Wüppesahl-Entscheidung; *Morlok/Michael*, Staatsorganisationsrecht, 6. Aufl. 2023, Rn. 726.

<sup>11</sup> *Walter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 84. Lfg., Stand: August 2018, Art. 93 Rn. 367; *Voßkuhle*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 8. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 181.

## Zwischenprüfungsklausur: Verbote, Verträge, Verfahren

Prof. Dr. Hinnerk Wißmann, Wiss. Mitarbeiter Marius Scholz, Münster\*

### Sachverhalt

#### Aufgabe 1

Da A von der Landesregierung Nordrhein-Westfalens politisch enttäuscht ist, will er an einer Kundgebung am 29.1.2024 unter dem Slogan „Make NRW great again“ in Düsseldorf teilnehmen. Die Kundgebung soll am Hauptbahnhof beginnen, als Aufzug durch die Innenstadt verlaufen und vor der Staatskanzlei enden.

Die Polizei ist aufgrund der angemeldeten hohen Anzahl an Teilnehmenden und den teilweise hasserfüllten und zu Gewalt aufrufenden Beiträgen in den Kommentarspalten der Social-Media-Beiträge des Veranstalters um die öffentliche Sicherheit besorgt. Sie will die Veranstaltung daher genau beobachten, da sie – wie in der Vergangenheit geschehen – mit Ausschreitungen rechnet; von einem Versammlungsverbot sieht sie jedoch ab.

Das als Versammlungsbehörde zuständige Polizeipräsidium Düsseldorf positioniert unter anderem an Zugangsstraßen zur Kundgebung (Polizei-)Beamtinnen und Beamte. Diese sollen insbesondere sog. Gefährderansprachen durchführen. Mit dieser gesetzlich vorgesehenen Maßnahme werden potenzielle Gefahrenverursacher vorsorglich ermahnt, Störungen der öffentlichen Sicherheit zu unterlassen.

A bricht am 29. Januar auf, um an der Veranstaltung teilzunehmen. Um seiner Entschlossenheit Ausdruck zu verleihen, hat er sich in einer Camouflage-Jacke und -Hose gekleidet („Bundeswehr-Look“). Zudem setzt er einen Motorradhelm mit verdunkeltem Visier auf und bindet sich eine – in rechtsextremen Kreisen häufig anzutreffende – umgedrehte Deutschlandfahne auf den Rücken. Auf dem Weg zur Kundgebung wird A von der Polizeibeamtin B und dem Polizeibeamten P aufgefordert, anzuhalten.

Auf Nachfrage, ob A zur Kundgebung möchte, erwidert A, dass es die Polizei nichts angehe, wo er hingehe. B und P erklären dem A anschließend, dass er in seinem Aufzug bei einer Teilnahme an der Kundgebung gegen das Versammlungsgesetz verstoßen werde. Schließlich seien weder Camouflage-Kleidung noch Motorradhelm mit verdunkeltem Visier Gegenstände, die er bei einer solchen Kundgebung tragen dürfe.

A entgegnet, dass dies doch ein freies Land sei und er – was zutrifft – keine grundsätzlich verbotenen Gegenstände mit sich führe. Er dürfe sich daher frei bewegen. Zudem genieße er Grundrechte. Selbst wenn er zur Kundgebung gehen würde, könne die Polizei ihm nicht vorschreiben, wie er sich dort zu kleiden habe. Es sei eine unverhältnismäßige Anmaßung, ihn deswegen anzuhalten und zu befehlen. B und P lassen A daraufhin passieren.

---

\* Prof. Dr. Hinnerk Wißmann ist u.a. Geschäftsführender Direktor des Kommunalwissenschaftlichen Instituts und Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Verwaltungswissenschaften, Kultur- und Religionsverfassungsrecht an der Universität Münster. Marius Scholz ist Wiss. Mitarbeiter am Kommunalwissenschaftlichen Institut.

### Fallfrage

Welche verwaltungsrechtlichen Handlungsformen haben B und P gegenüber A mit ihrem Vorgehen (Anhalten und Ansprache) gewählt? Ist die Ansprache rechtmäßig?

### Bearbeitungsvermerk

Auf § 14 VersG NRW wird hingewiesen. §§ 7, 8, 9 VersG NRW sind nicht zu prüfen. Beantworten Sie beide Fragen gutachtlich und nach Maßstäben des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Einzelkenntnisse zum VersG NRW sind nicht erforderlich. Auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen ist ggf. hilfsgutachtlich einzugehen.

### Aufgabe 2

Stellen Sie dar, welche Besonderheiten gelten, wenn die Verwaltung die Handlungsform des Vertrags wählt. Unterscheiden Sie dabei verschiedene Vertragsformen und schildern Sie jeweils wesentliche rechtliche Vorgaben.

### Aufgabe 3

E ist im Herbst für ihr Studium nach Münster in eine 1-Zimmer-Wohnung gezogen. Zwei Wochen nachdem sich E bei der Stadt Münster umgemeldet hat, findet sie einen Bescheid des Beitragsservices von „ARD ZDF und Deutschlandradio“ im Briefkasten, in dem sie zur Zahlung des Rundfunkbeitrags i.H.v. 18,36 Euro pro Monat aufgefordert wird.

E erhält für ihr Studium der Rechtswissenschaft Leistungen der Ausbildungsförderung nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz (BAföG) und beantragt deshalb formgemäß über das einschlägige Online-Portal des Beitragsservices eine Befreiung von der Beitragspflicht. Mit Bescheid des Westdeutschen Rundfunks Köln (WDR) als zuständige Landesrundfunkanstalt vom 22.12.2023 (Freitag) wird ihr Antrag auf Befreiung abgelehnt. Das Schreiben wird – mit ordnungsgemäßer Rechtsbehelfsbelehrung – vom zuständigen Sachbearbeiter noch am selben Tag zur Post gegeben. Das Schreiben landet jedoch erst am Donnerstag, den 28.12.2023, im Briefkasten der E.

E kommt erst nach dem Jahreswechsel wieder nach Münster und holt den Bescheid des WDR am Dienstag, den 2.1.2024, aus ihrem Briefkasten. Sie hält die Entscheidung des WDR für rechtswidrig. E erhebt schriftlich Widerspruch gegen die Entscheidung des WDR mit dem Ziel, von der Beitragspflicht befreit zu werden. Sie begründet ihren Widerspruch damit, dass sie einen Anspruch auf Befreiung habe und die Ablehnung im Übrigen auch nicht zweckmäßig sei; schließlich solle der Staat junge Leute fördern und nicht zusätzlich finanziell belasten. Ihr Widerspruch geht beim zuständigen WDR am Dienstag, den 30.1.2024, ein.

Zwei Wochen später erhält E ein Schreiben des WDR, in dem ihr mitgeteilt wird, dass ihr Widerspruch nicht fristgemäß eingegangen sei.

### Fallfrage

Ist der von E am 30.1.2024 erhobene Widerspruch zulässig?

## Bearbeitungsvermerk

Die Begründetheit ist nicht zu prüfen. Rechtsgrundlage für die Erhebung des Rundfunkbeitrags ist der Rundfunkbeitragsstaatsvertrag (RBStV), dem der Landtag NRW zugestimmt hat. Der RBStV ist in NRW geltendes, verfassungsgemäßes Landesrecht im Rang eines formellen Gesetzes. Gehen Sie davon aus, dass § 2 Abs. 1 RBStV eine Rechtsgrundlage für die Erhebung des Rundfunkbeitrags im privaten Bereich enthält und nach § 4 Abs. 1 Nr. 5 lit. a RBStV Empfängerinnen und Empfänger von BAföG auf Antrag von der Beitragspflicht befreit werden. Der Beitragsservice und die Landesrundfunkanstalt „Westdeutscher Rundfunk Köln“ (WDR) sind in Wahrnehmung ihrer hoheitlichen Aufgaben aus dem RBStV als Behörde i.S.d. § 1 Abs. 2 VwVfG NRW anzusehen. § 2 Abs. 1 VwVfG NRW ist nicht zu berücksichtigen. Auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen ist ggf. hilfsgutachtlich einzugehen.

## Allgemeine Hinweise

Aufgabe 1 fließt insgesamt zu 40 %, Aufgabe 2 zu 30 % und Aufgabe 3 zu 30 % in die Gesamtnote ein. Die Gesamtbearbeitungszeit beträgt 180 Minuten.

Die Zwischenprüfungsklausur wurde im Anschluss an die Vorlesung „Verwaltungsrecht I“ (3. FS, 4 SWS) geschrieben. Für die Vorkorrektur wurden vorab (u.a.) folgende Hinweise gegeben:

*Allgemeines:* Es handelt sich (erstmalig) um die Zwischenprüfungsklausur im Öffentliches Recht (Änderung im JAG NRW). Die Klausur wurde dreistündig geschrieben. Wer die Klausur nicht besteht, kann sie nicht durch andere Leistungen ersetzen. Dies ist bei einer fairen Bewertung zu berücksichtigen: Ist nach der Klausurleistung davon auszugehen, dass der/die Bearbeiter/in das Studium erfolgreich fortführen und abschließen kann? Keinesfalls ist es angezeigt, den Maßstab des Staatsexamens bereits hier anzuwenden (!).

*Überblick über die Anforderungen:* In Aufgabe 1 müssen die Studierenden zunächst durch Auslegung von § 35 S. 1 VwVfG NRW die Handlungsformen des polizeilichen Vorgehens (Anhalten und Ansprache) prüfen. Mangels Regelungswirkung ist die (Gefährder-)Ansprache nicht als Verwaltungsakt, sondern als informelles Verwaltungshandeln einzuordnen. Die Aufforderung an A, anzuhalten, enthält dagegen dann eine Regelungswirkung und ist als Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG NRW zu qualifizieren. Schwerpunkt des Aufgabenteils ist die Prüfung der Rechtmäßigkeit der (Gefährder-)Ansprache nach § 14 Abs. 1 S. 1 VersG NRW (Teil 2). Die Aufgabe hat insgesamt einen durchschnittlichen Schwierigkeitsgrad, wobei die genaue, differenzierte Subsumtion innerhalb der §§ 17, 18 VersG NRW als überdurchschnittliche Leistung zu werten sein wird. Auf die Ermächtigungsgrundlage in § 14 VersG NRW wurde hingewiesen. Die Prüfung der formellen Rechtmäßigkeit ist grundsätzlich unproblematisch. Hier muss das in (Aufgaben-)Teil 1 ermittelte Ergebnis schlüssig verwertet werden. Im Rahmen der materiellen Rechtmäßigkeit ist dann gefordert, dass Studierende die Ermächtigungsgrundlage als (erwartungsgemäß) unbekannte Norm in Tatbestand und Rechtsfolge unterscheiden und die Tatbestandsmerkmale strukturiert prüfen. Einzelkenntnisse zum VersG NRW sind nicht erforderlich, insbesondere müssen die Studierenden keine Definitionen kennen. Die Aufgabe ist vielmehr nach den Maßstäben des allgemeinen Verwaltungsrechts zu lösen. Im Rahmen der Rechtsfolge ist das Ermessen der Behörde zu erkennen („kann“) und die (Gefährder-)Ansprache nach § 114 VwGO bzw. § 40 VwVfG NRW auf Ermessensfehler zu überprüfen. Die Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bot überdurchschnittlichen Studierenden dann die Gelegenheit, sich zu zeigen. Der Sachverhalt enthält verschiedene Angaben, die hier berücksichtigt werden konnten. Bei der Bewertung sollte

eine schlüssige Argumentation im Vordergrund stehen.

In *Aufgabe 2* soll eine abstrakte Rechtsfrage zu der Handlungsform des Vertrags beantwortet werden. Ausgehend von der Unterscheidung zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verträgen ist insbesondere eine strukturierte Darstellung der besonderen Regelungen nach §§ 54 ff. VwVfG NRW gefordert. Die geforderten Ausführungen (siehe unten) wurden im Rahmen der Vorlesung von Prof. *Wißmann* besprochen. Neben der inhaltlichen Richtigkeit ist auch die Struktur der Darstellung Bewertungsgrundlage.

In *Aufgabe 3* müssen die Studierende die Zulässigkeit eines Widerspruchs prüfen. Diese Aufgabe hat einen durchschnittlichen Schwierigkeitsgrad. Das Widerspruchsverfahren wurde in Vorlesung und Arbeitsgemeinschaft besprochen. Gefordert ist ein gutes Transferwissen aus Anfechtungs- und Verpflichtungsklage. Im Rahmen der Widerspruchsbefugnis und der Widerspruchsfrist konnten sich überdurchschnittliche Studierende teilweise absetzen.

Gefordert ist von den Studierenden selbstverständlich eine ausformulierte Lösung. In allen Teilen sind ordentliche Bearbeitungen durch ihre angemessene Untergliederung (auch mit Absätzen) gekennzeichnet. Überschriften zu den Gliederungspunkten sind dabei nicht zwingend. Im Hinblick auf die Formulierungen ist besonders zu beachten: Ein Gutachten verlangt präzise, auf die jeweilige Fragestellung bezogene Obersätze, sowie korrespondierende (Teil-)Ergebnisse. Dabei ist der Gutachtenstil aber gezielt einzusetzen. Es handelt sich um eine Technik zur Lösung (im Sinn von Strukturierung und Abschichtung) unklarer Sachlagen, kein Selbstzweck; Urteils- und Feststellungsstil ist richtig und angemessen, wo Ergebnisse ohne Weiteres festgestellt werden können. Wichtig ist jeweils am Ende, dass die Studierenden die ihnen gestellte Frage präzise herausarbeiten und beantworten. Verwenden Sie für Ihr abschließendes Votum bitte den Erwartungshorizont (am Ende der Lösungsskizze)!

## Lösungsvorschlag

<b>Aufgabe 1</b> .....	<b>1269</b>
<b>Frage 1</b> .....	<b>1269</b>
<b>I. Die Aufforderung an A (Anhalten)</b> .....	<b>1269</b>
<b>II. Die (Gefährder-)Ansprache</b> .....	<b>1270</b>
<b>Frage 2</b> .....	<b>1271</b>
<b>I. Ermächtigungsgrundlage</b> .....	<b>1271</b>
<b>II. Formelle Rechtmäßigkeit</b> .....	<b>1272</b>
1. Zuständigkeit.....	1272
2. Verfahren.....	1272
3. Form .....	1272
<b>III. Materielle Rechtmäßigkeit</b> .....	<b>1272</b>
1. Tatbestand.....	1272
a) (Potenzieller) Verstoß gegen § 17 (Abs. 1 Nr. 1) VersG NRW .....	1273
aa) Öffentliche Versammlung unter freiem Himmel .....	1274
bb) Eignung zur Identitätsverschleierung.....	1274

cc) Identitätsverschleierungsabsicht .....	1274
dd) Zwischenergebnis .....	1275
b) (Potenzieller) Verstoß gegen § 18 (Abs. 1 Nr. 1) VersG NRW .....	1275
c) Zwischenergebnis .....	1276
2. Rechtsfolge .....	1276
a) Entschließungsermessen („ob“) .....	1277
aa) Ermessensnichtgebrauch .....	1277
bb) Ermessensfehlgebrauch .....	1277
cc) Ermessensüberschreitung .....	1277
(1) Legitimer Zweck und Geeignetheit .....	1278
(2) Erforderlichkeit .....	1278
(3) Angemessenheit .....	1278
b) Auswahlermessen („wie“) .....	1279
c) Zwischenergebnis .....	1279
3. Zwischenergebnis .....	1279
<b>IV. Ergebnis .....</b>	<b>1279</b>
<b>Aufgabe 2 .....</b>	<b>1280</b>
<b>I. Grundsatz der Handlungsformenwahlfreiheit .....</b>	<b>1280</b>
<b>II. Privatrechtliche Verträge .....</b>	<b>1280</b>
<b>III. Öffentlich-rechtliche Verträge .....</b>	<b>1280</b>
1. Unterscheidung in § 54 S. 2 VwVfG NRW .....	1281
2. Insbesondere: Vergleichs- und Austauschvertrag, §§ 55, 56 VwVfG NRW .....	1281
3. Anforderungen an die Rechtmäßigkeit .....	1282
<b>Aufgabe 3 .....</b>	<b>1283</b>
<b>I. Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs .....</b>	<b>1283</b>
<b>II. Statthaftigkeit des Widerspruchs .....</b>	<b>1284</b>
1. Rechtsschutzbegehren der E .....	1284
2. Keine Ausnahmen vom Grundsatz der Statthaftigkeit .....	1284
3. Zwischenergebnis .....	1285
<b>III. Widerspruchsführer(in) .....</b>	<b>1285</b>
1. Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit .....	1285
2. Widerspruchsbefugnis .....	1285
<b>IV. Form und Frist .....</b>	<b>1286</b>
1. Formgemäßer Widerspruch bei der richtigen Behörde .....	1286

2. Wahrung der Widerspruchsfrist.....	1286
3. Zwischenergebnis .....	1287
<b>V. Ergebnis .....</b>	<b>1287</b>
<b>Erwartungshorizont .....</b>	<b>1287</b>

## Aufgabe 1

### Frage 1

Fraglich ist, welche verwaltungsrechtlichen Handlungsformen B und P gegenüber A mit ihrem Vorgehen (Anhalten und Ansprache) gewählt haben. Hierbei muss zwischen der Aufforderung zum Anhalten und der (Gefährder-)Ansprache differenziert werden.

*Hinweis:* Die erste Fallfrage zielt vor dem Hintergrund der Handlungsformenlehre auf eine differenzierte Betrachtung des polizeilichen Vorgehens durch B und P ab. Studierende sollten deshalb zwischen der Aufforderung zum Anhalten und der (Gefährder-)Ansprache unterscheiden. Zwar bietet sich hierbei eine jeweils isolierte Prüfung von § 35 S. 1 VwVfG NRW an, dies ist jedoch nicht zwingend erforderlich. Wichtig ist, dass die Unterscheidung im Ergebnis deutlich wird und die Studierenden abgrenzen. Das Befragen des A durch B und P ist nicht zu prüfen, sondern in Frage 2 zu berücksichtigen (vgl. Anhörung, VHMK).

#### I. Die Aufforderung an A (Anhalten)

Die Aufforderung an A, anzuhalten, könnte als Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG NRW zu qualifizieren sein. Danach ist ein Verwaltungsakt jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.

Die Aufforderung stellt jedenfalls eine einseitige Maßnahme der Polizeibehörde als zuständige Versammlungsbehörde auf Grundlage des VersG NRW (vgl. § 14 Abs. 1 S. 2 VersG NRW) zur Gefahrenabwehr und somit eine hoheitliche Maßnahme einer Behörde i.S.d. § 1 Abs. 2 VwVfG NRW auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts (vgl. modifizierte Subjektstheorie) dar.

Das Anhalten müsste auch eine Regelung enthalten. Eine Regelung liegt vor, wenn durch das Handeln der Behörde Rechte oder Pflichten begründet, geändert, aufgehoben oder festgestellt werden.<sup>1</sup> Es ist danach zu fragen, ob dem Betroffenen ein Recht verliehen oder eine Pflicht auferlegt, also eine neue rechtliche Verbindlichkeit erzeugt wird. A als Betroffener wird durch die Aufforderung, anzuhalten, die Pflicht auferlegt, anzuhalten, also stehenzubleiben. Es wird gegenüber A eine Pflicht begründet, weshalb der Aufforderung eine Regelungswirkung zukommt.

Das Anhalten des A erfolgte auch in einem konkreten Fall gegenüber dem Bürger A, der nicht Teil der Verwaltung ist, weshalb eine Regelung eines Einzelfalls mit Rechtswirkung nach außen vorliegt. Das Anhalten des A ist als Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG NRW zu qualifizieren.

<sup>1</sup> Wißmann, Verwaltungsrecht, 2023, Rn. 320.

*Hinweis:* Die rechtliche Einordnung der Aufforderung an A, anzuhalten, muss als Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG NRW qualifiziert werden. Die Subsumtion unter die Tatbestandsmerkmale ist unproblematisch und kann daher auch überwiegend im Feststellungsstil erfolgen (vgl. Schwerpunktsetzung); das Merkmal „Regelung“ als entscheidendes Kriterium sollte stets schwerpunktmäßig (kurz) geprüft werden.

## II. Die (Gefährder-)Ansprache

Die (Gefährder-)Ansprache könnte ebenfalls als Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG NRW zu qualifizieren sein. Danach ist ein Verwaltungsakt jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.

Die Ansprache stellt jedenfalls eine einseitige Maßnahme der Polizeibehörde als zuständige Versammlungsbehörde auf Grundlage des VersG NRW zur Gefahrenabwehr (vgl. § 14 Abs. 1 S. 1 VersG NRW) und mithin eine hoheitliche Maßnahme einer Behörde i.S.d. § 1 Abs. 2 VwVfG NRW auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts (vgl. modifizierte Subjektstheorie) dar.

Fraglich ist jedoch, ob die Ansprache auch eine Regelungswirkung enthält. Eine Regelung liegt vor, wenn durch das Handeln der Behörde Rechte oder Pflichten begründet, geändert, aufgehoben oder festgestellt werden. Es wird danach gefragt, ob dem Betroffenen ein Recht verliehen oder eine Pflicht auferlegt, also eine neue rechtliche Verbindlichkeit erzeugt wird.

A wird als Betroffener von B und P aufgeklärt, dass er, wenn er in diesem Outfit zur Veranstaltung am Hauptbahnhof ginge, gegen das Versammlungsgesetz verstoßen werde; weder Camouflage-Kleidung noch Motorradhelm mit verdunkeltem Visier seien Gegenstände, die er auf der Kundgebung tragen dürfe. Eine (Handlungs-)Pflicht legen B und P dem A aber gerade nicht auf. Mit der Gefährderansprache wird A vielmehr nur auf die Rechtslage hingewiesen und vorsorglich ermahnt, Störungen der öffentlichen Sicherheit zu unterlassen. Ob er es auch tut, bleibt letztlich seine freie Entscheidung. A kann nach der Ansprache weiter zur Versammlung gehen. B und P lassen A passieren. Die Ansprache durch B und P enthält keine Regelungswirkung und ist mithin nicht als Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG NRW zu qualifizieren.

Mangels Regelungswirkung könnte die Verwaltung jedoch informell gehandelt haben. In Abgrenzung zu den anderen Handlungsformen Vertrag und Normsetzung zeichnet sich das informelle Verwaltungshandeln dadurch aus, dass den Bürgerinnen und Bürgern keine Rechte verliehen oder Pflichten auferlegt werden, mithin keine Regelungswirkung erzeugt wird. Spricht die Verwaltung beispielsweise Warnungen aus, handelt sie informell. So liegt es hier. B und P ermahnen bzw. warnen A vor möglichen Konsequenzen, wenn er sich in seinem Outfit zur Veranstaltung begibt. Die (Gefährder-)Ansprache ist mangels Regelungswirkung als informelles Verwaltungshandeln zu qualifizieren.

*Hinweis:* Im Rahmen der Vorlesung wurden ausgehend vom Grundsatz der Handlungsformenwahl-freiheit die Handlungsformen Verwaltungsakt, Vertrag, informelles Handeln und Normsetzung unterschieden. Das informelle Verwaltungshandeln umfasst in Abgrenzung zu den anderen Handlungsformen bspw. sowohl staatliche Warnungen als auch Realhandeln. Dass die Polizeibeamten B und P hier durch Vertrag oder Normsetzung agiert haben, ist fernliegend. Aufmerksame Studierende können aber neben Verwaltungsakt kurz zu Vertrag und Normsetzung abgrenzen. Im Ergebnis sollten Studierende anhand des Merkmals „Regelung“ in § 35 S. 1 VwVfG NRW die Aufforderung an A, anzuhalten, und die (Gefährder-)Ansprache unterscheiden. Insgesamt muss im ersten Aufgabenteil auf



eine angemessene Schwerpunktsetzung durch die Studierenden geachtet werden. Effizienz soll positiv bewertet werden.

## Frage 2

Die (Gefährder-)Ansprache von B und P gegenüber A könnte rechtmäßig sein. Dies ist der Fall, soweit die Ansprache auf einer (wirksamen) Ermächtigungsgrundlage beruht und die formellen wie materiellen Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage erfüllt sind.

*Hinweis:* Dieser Aufgabenteil nimmt in den Lösungshinweisen – insbesondere auch durch die Korrekturkästen – viel Platz ein. Der Umfang der Lösungshinweise zu diesem Aufgabenteil steht jedoch außer Verhältnis zu den Bewertungsvorgaben. Aufgabe 1 fließt *insgesamt* zu 40 % und die Aufgaben 2 und 3 jeweils zu 30 % in die Gesamtnote ein. Die Lösungshinweise gehen teilweise in die Tiefe, um die Korrekturen zu erleichtern sowie anzugleichen und *nicht* um erhöhte Anforderungen an die Studierenden zu stellen.

### I. Ermächtigungsgrundlage

Die durch den Eingriffscharakter der Ansprache nach dem Vorbehalt des Gesetzes (vgl. Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG) erforderliche Ermächtigungsgrundlage für die (Gefährder-)Ansprache ist § 14 Abs. 1 S. 1 VersG NRW. Danach kann die zuständige Behörde, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine Person gegen Verbote in den §§ 7, 8, 17 oder 18 VersG NRW verstoßen wird, zur Verhütung dieser Gefahren eine Gefährderansprache durchführen.

*Hinweis:* § 14 Abs. 1 S. 1 VersG NRW sollte zwingend genannt werden, schließlich verweist der Bearbeitungshinweis ausdrücklich auf § 14 VersG NRW. Studierende können bereits an dieser Stelle über § 1 VersG NRW bzw. Art. 8 Abs. 1 GG zunächst auf die Kundgebung als öffentliche Versammlung unter freiem Himmel eingehen. Anderenfalls hat dies im Rahmen der materiellen Rechtmäßigkeit zu erfolgen (siehe unten). Die Studierenden sollen die Aufgabe „nach [den] Maßstäben des Allgemeinen Verwaltungsrechts“ lösen; Einzelkenntnisse zum VersG NRW bzw. Gefahrenabwehrrecht waren nicht erforderlich. Deshalb können tiefere Ausführungen auch von überdurchschnittlichen Studierenden nicht erwartet werden.

Da auch die ungestörte Anreise zur Versammlung vom Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG umfasst ist,<sup>2</sup> kann die im Vorfeld einer Versammlung durchgeführte Gefährderansprache grundsätzlich nicht als polizeirechtliche Maßnahme i.S.d. § 9 VersG NRW angesehen werden. Ob eine bloße Kontaktaufnahme oder eine Gefährderansprache vorliegt, ist vom konkreten Inhalt der Ansprache abhängig. Dadurch, dass B und P den A darauf hinweisen, dass er in seinem Outfit gegen das Versammlungsgesetz verstoßen werde, wird A als Betroffener ein bestimmtes Verhalten nahegelegt (aber nicht aufgelegt – siehe oben). Eine Gefährderansprache mit grundrechtlichem Eingriffscharakter liegt daher vor.

---

<sup>2</sup> BVerfGE 84, 203 (209); Höfling/Ogorek, in: Sachs, GG, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 8 Rn. 26.

## II. Formelle Rechtmäßigkeit

Die (Gefährder-)Ansprache müsste formell rechtmäßig sein.

### 1. Zuständigkeit

Das Polizeipräsidium Düsseldorf ist nach dem Sachverhalt zuständige Versammlungsbehörde.

### 2. Verfahren

Die (Gefährder-)Ansprache müsste in einem ordnungsgemäßen Verwaltungsverfahren vorgenommen worden sein (vgl. §§ 9 ff. VwVfG NRW). Mangels VA-Qualität der Ansprache i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG NRW (vgl. Frage 1) musste A nach dem Wortlaut nicht nach § 28 Abs. 1 VwVfG NRW angehört werden. Ob sich eine Anhörung bei informellen Verwaltungshandeln analog § 28 Abs. 1 VwVfG NRW ergibt, kann jedoch dahinstehen, da B und P dem A durch die Nachfrage jedenfalls die Gelegenheit gegeben haben, sich vor der Ansprache zu äußern. Die Verfahrensvorgaben wurden mithin eingehalten.

### 3. Form

Mangels gegenteiliger Angaben erfüllt die mündliche Ansprache die Formvorgaben. Insbesondere sind die §§ 37, 39 VwVfG NRW nicht einschlägig, da die (Gefährder-)Ansprache nicht als Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG NRW zu qualifizieren ist (vgl. Frage 1).

*Hinweis:* Die formelle Rechtmäßigkeit wirft keine Probleme auf und sollte daher idealerweise im Feststellungsstil bearbeitet werden. Studierende mussten hier ihr Ergebnis aus Teil 1 verwerten, um schlüssig zu prüfen. Kommen Sie in Teil 1 zum (richtigen) Ergebnis, dass die (Gefährder-)Ansprache keine VA-Qualität i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG NRW hat, entfallen grundsätzlich die sonst im Rahmen der formellen Rechtmäßigkeit regelmäßig zu prüfenden Normen §§ 28, 37, 39 VwVfG NRW. Auf das Erfordernis einer Anhörung nach § 28 Abs. 1 VwVfG NRW sollte dabei jedenfalls (kurz) eingegangen werden. Überdurchschnittliche Studierende gehen dann auf die analoge Anwendbarkeit des § 28 Abs. 1 VwVfG NRW bei informellen Verwaltungshandeln ein.<sup>3</sup> Es ist insoweit gut vertretbar, wenn Studierende dies mit dem Hinweis dahinstehen lassen, dass A durch das Befragen jedenfalls i.S.d. § 28 Abs. 1 VwVfG NRW angehört wurde.

## III. Materielle Rechtmäßigkeit

Die (Gefährder-)Ansprache müsste auch materiell rechtmäßig sein. Dies ist der Fall, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage vorliegen und die Behörde eine zulässige Rechtsfolge gewählt hat.

### 1. Tatbestand

Die Tatbestandsvoraussetzungen müssten vorliegen. Dies ist der Fall, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass A gegen Verbote in den §§ 17 oder 18 VersG NRW verstoßen wird.

---

<sup>3</sup> Hierzu *Wißmann*, Verwaltungsrecht, 2023, Rn. 419.

*Hinweis:* Auf Tatbestandsebene ist nach § 14 Abs. 1 S. 1 VersG NRW zu prüfen, ob Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine Person gegen Verbote in den §§ 7, 8, 17 oder 18 VersG NRW verstoßen wird. Die Prüfung beschränkt sich durch den Bearbeitungshinweis auf die §§ 17, 18 VersG NRW. Bei § 14 Abs. 1 S. 1 VersG NRW handelt es sich für die Studierenden (planmäßig) um eine sachlich unbekannte Vorschrift; das Polizei- und Ordnungsrecht wird systematisch erst im 4. Fachsemester behandelt. Einzelkenntnisse und Definitionen sind deshalb nicht gefordert. Versuchen sich Studierende mittels Auslegungsmethoden an der Definition bestimmter Tatbestandsmerkmale, ist dies positiv zu würdigen. Der Schwerpunkt liegt insgesamt auf einer strukturierten Prüfung der Vorschrift nach den Maßstäben des allgemeinen Verwaltungsrechts, also Unterscheidung von Tatbestand und Rechtsfolge und Subsumtion des Sachverhalts unter die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage. Einzelwissen wird selbst für eine deutlich überdurchschnittliche Bearbeitung nicht vorausgesetzt. Die Studierenden sollten sich erkennbar mit der Vorschrift auseinandersetzen und schlüssig nach gewohnten Mustern prüfen. Der Tatbestandsaufbau kann variieren und sollte vor allem auf Struktur und Schlüssigkeit überprüft werden.

#### a) (Potenzieller) Verstoß gegen § 17 (Abs. 1 Nr. 1) VersG NRW

Es müssten Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass A gegen das Vermummungsverbot in § 17 VersG NRW verstoßen wird. Die Formulierung „Rechtfertigen Tatsachen die Annahme, dass eine Person gegen Verbote [...] verstoßen wird“ ist Ausdruck einer Gefahren-Prognoseentscheidung der Behörde, die auf Tatsachen und nicht auf bloßen Vermutungen oder Spekulationen beruhen muss. Die Behörde muss ihre Prognoseentscheidung daher auf konkrete und objektivierbare Kriterien (z.B. durch eigene Beobachtungen) stützen; dabei muss es sich um auf die konkrete Person bezogene Tatsachen und keine allgemeinen Zuschreibungen handeln.<sup>4</sup>

*Hinweis:* Die Prognoseentscheidung bleibt (sehr) überdurchschnittlichen Studierenden vorbehalten. Es sollte jedoch erwartet werden, dass Studierende die (potenziellen) Verstöße gegen §§ 17, 18 VersG NRW prüfen und dort die Tatsachen, die zur Prognoseentscheidung führten, subsumieren. Es ist positiv zu bewerten, wenn sich Studierende mit der für sie unüblichen Formulierung des § 14 Abs. 1 S. 1 VersG NRW auseinandersetzen; dies kann auch im Rahmen eines eigenen Prüfungspunktes (z.B. zu Beginn) erfolgen.

A könnte durch den aufgesetzten Motorradhelm mit verdunkeltem Visier die Annahme rechtfertigen, gegen § 17 Abs. 1 Nr. 1 VersG NRW zu verstoßen. Danach ist es insbesondere verboten, bei oder im Zusammenhang mit einer öffentlichen Versammlung unter freiem Himmel Gegenstände am Körper zu tragen oder mit sich zu führen, die zur Identitätsverschleierung geeignet und den Umständen nach darauf gerichtet sind, eine zum Zwecke der Verfolgung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit durchgeführte Feststellung der Identität zu verhindern. Es muss demnach eine objektive und subjektive Voraussetzung erfüllt sein.

---

<sup>4</sup> Vgl. *Braun/Roitzheim*, in: Ullrich/Braun/Roitzheim, Versammlungsgesetz Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 2022, § 14 Rn. 5 sowie *Pieper*, in: BeckOK PolR NRW, Stand: 1.6.2024, VersG NRW § 14 Rn. 6 f.

*Hinweis:* Aufmerksame Studierende erkennen, dass § 17 Abs. 1 Nr. 1 VersG NRW die kumulativen Kriterien der Eignung zur Identitätsverschleierung und der Identitätsverschleierungsabsicht enthält („und“).

#### aa) Öffentliche Versammlung unter freiem Himmel

Die Kundgebung „Make NRW great again“ müsste zunächst eine öffentliche Versammlung unter freiem Himmel darstellen. Zu dieser offensichtlich politischen Veranstaltung wurde eine hohe Anzahl an Teilnehmenden angemeldet, sodass es sich um eine örtliche Zusammenkunft von mindestens drei Personen i.S.d. § 2 Abs. 3 VersG NRW handelt. Die Teilnehmenden sind auch nicht vom Veranstalter beschränkt, sodass die Versammlung öffentlich i.S.d. § 2 Abs. 4 VersG NRW ist. Mithin ist eine öffentliche Versammlung unter freiem Himmel gegeben.

*Hinweis:* Die Studierenden sollten an geeigneter Stelle (kurz) feststellen, dass die Kundgebung eine öffentliche Versammlung unter freiem Himmel ist. Hierbei helfen die Legaldefinitionen in § 2 Abs. 3, 4 VersG NRW. Ansonsten können sich Studierende auch mit bekannten Definitionen zu Art. 8 Abs. 1 GG weiterhelfen.

#### bb) Eignung zur Identitätsverschleierung

Der aufgesetzte Motorradhelm mit verdunkeltem Visier müsste „zur Identitätsverschleierung geeignet“ sein. Eine Identität kann insbesondere mit Gegenständen verschleiert werden, die das Gesicht verdecken (vor allem Augen, Nase und Mund). Die Eignung zur Identitätsverschleierung ist objektiv zu beurteilen.<sup>5</sup> Ein Motorradhelm mit verdunkeltem Visier verdeckt alle identitätserforderlichen Merkmale des Gesichts. Kein identitätsstiftendes Merkmal des A ist so erkennbar. Der Motorradhelm des A ist mithin zur Identitätsverschleierung geeignet.

#### cc) Identitätsverschleierungsabsicht

Der aufgesetzte Motorradhelm mit verdunkeltem Visier müsste zudem „den Umständen nach darauf gerichtet“ sein, „eine zu Zwecken der Verfolgung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit durchgeführte[n] Feststellung der Identität zu verhindern“. Neben einer objektiven Eignung zur Identitätsverschleierung muss auch in subjektiver Hinsicht die Absicht hierzu hinzutreten.<sup>6</sup> Diese Absicht zur Identitätsverschleierung kann sich bereits nach dem Wortlaut der Vorschrift aus den Umständen ergeben. Das Polizeipräsidium Düsseldorf positionierte Beamtinnen und Beamte an Zugangsstraßen zur Kundgebung. A wird auf dem Weg zur Kundgebung von B und P angetroffen. Durch die Camouflage-Jacke und -Hose, den Motorradhelm mit verdunkeltem Visier und zusätzlich die in rechtsextremen Kreisen gern verwendete umgedrehte Deutschlandfahne auf dem Rücken ist A auffällig gekleidet. Vor allem durch die umgedrehte Deutschlandfahne trägt A ein politisches Zeichen und begründet deshalb für B und P die Annahme, dass er zur Kundgebung will. Ein Motorradhelm mit verdunkeltem Visier ist auch ein Gegenstand, der seiner Eigenart nach nicht zum Schutz vor Wettereinflüssen dient bzw. hierfür verwendet wird, sondern auf das Motorradfahren beschränkt ist. Mangels Motorrads des A fehlt es an anderen vernünftigen Gründen, warum A auf der Kundgebung einen Motorradhelm mit

<sup>5</sup> Vgl. *Braun/Roitzheim*, in: Ullrich/Braun/Roitzheim, *Versammlungsgesetz Nordrhein-Westfalen*, Kommentar, 2022, § 17 Rn. 11 f. sowie *Herbst*, in: BeckOK PolR NRW, Stand: 1.6.2024, VersG NRW § 17 Rn. 12.

<sup>6</sup> Vgl. *Braun/Roitzheim*, in: Ullrich/Braun/Roitzheim, *VersG NRW*, 2022, § 17 Rn. 13 sowie *Herbst*, in: BeckOK PolR NRW, Stand: 1.6.2024, VersG NRW § 17 Rn. 13.

verdunkeltem Visier tragen sollte. Er begründet daher in seiner Gesamterscheinung nachhaltig die Annahme, dass er zumindest auch mit der Absicht der Identitätsverschleierung, also um eine Identitätsfeststellung zu verhindern, diesen Motorradhelm trägt. Nach den (Gesamt-)Umständen ist der Motorradhelm mit verdunkeltem Visier bei A also darauf gerichtet, eine zu Zwecken der Verfolgung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit durchgeführte Feststellung der Identität zu verhindern. Die Identitätsverschleierungsabsicht ist mithin gegeben.

*Hinweis:* Die Prüfung der Identitätsverschleierungsabsicht bietet hier mehr Argumentationsspielraum als die objektive Eignung zur Identitätsverschleierung. Es ist positiv zu bewerten, wenn Studierende hier mit den Informationen aus dem Sachverhalt die Gesamtumstände des Erscheinungsbildes des A würdigen. A ist schließlich in seiner Gesamterscheinung ein ungewöhnlicher und mithin auffälliger Anblick für B und P.

#### dd) Zwischenergebnis

Indem A einen Motorradhelm mit verdunkeltem Visier trägt (vgl. „am Körper tragen oder mit sich [zu] führen“), rechtfertigt er im Zusammenhang mit seiner auffälligen Gesamterscheinung mithin die Annahme für B und P, dass er gegen das Vermummungsverbot in § 17 Abs. 1 Nr. 1 VersG NRW verstoßen wird.

*Hinweis:* Wenn Studierende auf § 17 Abs. 1 Nr. 2 VersG NRW eingehen, ist zu differenzieren. Der Motorradhelm lässt sich *zusätzlich* auch vertretbar unter § 17 Abs. 1 Nr. 2 VersG NRW subsumieren, da ein Motorradhelm als Schutzausrüstung (objektiv) geeignet ist und nach den (konkreten) Umständen auch (vertretbar) darauf gerichtet sein kann, Vollstreckungsmaßnahmen abzuwehren. Anders verhält es sich hingegen bei der Camouflage-Kleidung des A. Der Sachverhalt geht von einem „Bundeswehr-Look“ und nicht von funktioneller Bundeswehrkleidung aus. Eine Geeignetheit als Schutzausrüstung ist deshalb abzulehnen. Die Ziffer 2 muss (auch von überdurchschnittlichen) Studierenden nicht zwingend geprüft werden; schließlich spricht auch eine angemessene Schwerpunktsetzung für Ziffer 1 (Motorradhelm) sowie § 18 VersG NRW für die Camouflage-Kleidung. Es ist jedoch stets positiv zu bewerten, wenn Studierende umfassend prüfen und schlüssig argumentieren. Denn auf Einzelkenntnisse kommt es gerade nicht an.

#### b) (Potenzieller) Verstoß gegen § 18 (Abs. 1 Nr. 1) VersG NRW

A könnte durch sein äußeres Erscheinungsbild (Camouflage-Jacke und -Hose) zudem die Annahme rechtfertigen, dass er gegen das Gewalt- und Einschüchterungsverbot nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 VersG NRW verstoßen wird. Danach ist es insbesondere verboten, an einer öffentlichen Versammlung unter freiem Himmel teilzunehmen, wenn diese infolge des äußeren Erscheinungsbildes durch das Tragen von Uniformen, Uniformteilen oder uniformähnlichen Kleidungsstücken Gewaltbereitschaft vermittelt und dadurch einschüchternd wirkt.

A trägt Camouflage-Jacke und Hose und mithin Kleidung, welche ein objektiver Betrachter mit der Bundeswehr bzw. einer vergleichbaren militärischen Organisation in Verbindung bringt. Es handelt sich bei weiter Auslegung der Ziffer daher zumindest um ein uniformähnliches Kleidungsstück im Sinne der Ziffer 1. Nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift ist § 18 VersG NRW Ausdruck der Friedlichkeit der Versammlung (vgl. Art. 8 Abs. 1 GG). Kleidung im „Bundeswehr-Look“ kann dem Eindruck der Friedlichkeit grundsätzlich entgegenwirken.

Es kann jedoch dahinstehen, ob A hierdurch Gewaltbereitschaft vermittelt und dadurch auch einschüchternd wirkt. Nach Wortlaut und Sinn- und Zweck des § 18 VersG NRW beziehen sich die Anforderungen auf die gesamte öffentliche Versammlung, an der teilgenommen werden soll und nicht nur auf eine einzelne Person (vgl. die Formulierung „diese“ nach Einleitung des Finalsatzes). Mangels Angaben im Sachverhalt, ob die ganze Versammlung so wie A gekleidet ist, rechtfertigen für B und P nicht Tatsachen die Annahme, dass A durch sein äußeres Erscheinungsbild gegen § 18 Abs. 1 Nr. 1 VersG NRW verstoßen wird.

*Hinweis:* Das Gewalt- und Einschüchterungsverbot nach § 18 VersG NRW soll ein einheitliches, durch Uniformen vermitteltes gemeinsames Auftreten in der Öffentlichkeit entgegenwirken, wenn dieses Auftreten bedrohlich bzw. beunruhigend wirkt. Hintergrund der Regelungen sind die historischen Erfahrungen, insb. während der Weimarer Republik (vgl. das Auftreten uniformierter, militanter Parteiarmeen wie SA/SS).<sup>7</sup> Diese Hintergrund- bzw. Einzelkenntnisse sind selbstverständlich selbst von sehr überdurchschnittlichen Studierenden keinesfalls zu erwarten. Es ist deshalb schon sehr positiv zu bewerten, wenn Studierende den Bezug zur Gesamtversammlung erkennen (vgl. „diese“). Dieser Bezug zur Gesamtveranstaltung gilt im Übrigen auch für Ziffer 2. Ein paramilitärisches Auftreten liegt vor, wenn das Verhalten demjenigen einer militärischen Einheit ähnlich ist und objektiv den Eindruck vermittelt, dass zur Durchsetzung der vorgetragenen Anliegen Gewalt angewandt wird.<sup>8</sup> Eine solche Definition war aber auch von sehr überdurchschnittlichen Studierenden keineswegs gefordert. Es ist vielmehr positiv hervorzuheben, wenn sich Studierende an einer Auslegung der Ziffern versuchen. Mit dem Begriff „paramilitärisch“ in Ziffer 2 sollten Studierende dabei überwiegend mehr Schwierigkeiten haben als bei der Auslegung von „uniformähnlich“ in Ziffer 1. Im Ergebnis sind allerdings beide Ziffern nicht einschlägig (siehe oben).

### c) Zwischenergebnis

Durch den von A getragenen Motorradhelm mit verdunkeltem Visier rechtfertigen Tatsachen die Annahme, dass A gegen das Verbot in § 17 Abs. 1 Nr. 1 VersG NRW verstoßen wird. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 14 Abs. 1 S. 1 VersG NRW liegen mithin vor.

*Hinweis:* Der obige Tatbestandsaufbau ist nicht zwingend. Wichtig ist vielmehr, dass Studierende im Rahmen der materiellen Rechtmäßigkeit zwischen Tatbestands- und Rechtsfolgenebene trennen und sich mit § 14 Abs. 1 S. 1 VersG NRW schlüssig auseinandersetzen und Verstöße gegen §§ 17, 18 VersG NRW prüfen.

## 2. Rechtsfolge

Die Behörde müsste schließlich eine zulässige Rechtsfolge gewählt haben. Der Versammlungsbehörde wird nach § 14 Abs. 1 S. 1 VersG NRW ein Ermessensspielraum eingeräumt („kann“). Dieses Ermessen kann (gerichtlich) nur in den Grenzen des § 114 S. 1 VwGO (bzw. § 40 VwVfG NRW) auf Ermessensfehler überprüft werden.

<sup>7</sup> Edenharter, in: BeckOK PolR NRW, Stand: 1.6.2024, VersG NRW § 18 Rn. 2 f.

<sup>8</sup> Edenharter, in: BeckOK PolR NRW, Stand: 1.6.2024, VersG NRW § 18 Rn. 29.

*Hinweis:* Ob Studierende auf § 114 S. 1 VwGO oder § 40 VwVfG NRW abstellen, ist unerheblich. Wichtig ist nur, dass die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Rechtsfolge bei einem Ermessensspielraum auf die Ermessensfehler im Sinne dieser Normen beschränkt ist. Denn das gilt auch abseits einer prozessualen Einkleidung.

Überdurchschnittliche Studierende werden zwischen dem Entschließungs- und Auswahlmessen differenzieren wollen. Eine Differenzierung kann vorliegend auch gänzlich unterbleiben. Deshalb ist es auch unerheblich, ob Studierende die Verhältnismäßigkeit im Rahmen des Entschließungs- oder Auswahlmessens prüfen. Je differenzierter Studierende vorgehen, desto positiver ist dies jedoch zu würdigen.

#### a) Entschließungsermessen („ob“)

Die Ermessensausübung von B und P, auf das Erscheinungsbild des A und die Nachfrage an A mit einer Gefährderansprache zu reagieren, müsste ermessensfehlerfrei sein.

##### aa) Ermessensnichtgebrauch

Ein Ermessensnichtgebrauch ist bereits aufgrund der Nachfrage an A, ob er zur Kundgebung möchte, fernliegend.

##### bb) Ermessens Fehlgebrauch

Auch eine Zweckverfehlung i.S.v. § 114 S. 1 Var. 2 VwGO ist nicht ersichtlich. B und P nehmen keine Erwägungen vor, die nicht vom Normzweck des § 14 Abs. 1 S. 1 VersG NRW getragen werden. Sie handeln vielmehr erkennbar zum Zwecke der Gefahrenabwehr und „zur Verhütung dieser Gefahren“ i.S.d. § 14 Abs. 1 S. 1 VersG NRW. Ihre Ermessensausübung ist nicht offensichtlich willkürlich, sondern dem Zweck der Ermächtigung entsprechend.

##### cc) Ermessensüberschreitung

Es könnte jedoch eine Ermessensüberschreitung i.S.v. § 114 S. 1 Var. 1 VwGO vorliegen. Dies ist der Fall, wenn die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten wurden.<sup>9</sup> Die Gefährderansprache müsste daher insbesondere verhältnismäßig sein. Die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ergibt sich dabei verfassungsrechtlich aus Art. 20 Abs. 3 GG.

*Hinweis:* Der Aufbau der Rechtsfolgenprüfung ist nicht zwingend. Wichtig ist es, dass Studierende das Ermessen in § 14 Abs. 1 S. 1 VersG NRW erkennen und über § 114 VwGO (bzw. § 40 VwVfG NRW) zu einer Kontrolle auf Ermessensfehler gelangen. Der Schwerpunkt liegt sodann in der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (insb. Angemessenheit) und der inzidenten Berücksichtigung von Art. 8 Abs. 1 GG.

Die (Gefährder-)Ansprache ist verhältnismäßig, wenn sie als zulässiges Mittel einen legitimen Zweck verfolgt, geeignet, erforderlich und angemessen ist.

---

<sup>9</sup> Vgl. *Ruthig*, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 30. Aufl. 2024, § 114 Rn. 7b. Zur unklaren Abgrenzung von Ermessens Fehlgebrauch und Ermessensüberschreitung siehe *Riese*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, Stand: Februar 2019, § 114 Rn. 63.



### (1) Legitimer Zweck und Geeignetheit

Die in § 14 Abs. 1 S. 1 VersG NRW als gesetzliche Maßnahme und mithin legitimes Mittel normierte Gefährderansprache verfolgt den legitimen Zweck, Störungen der öffentlichen Sicherheit zu verhindern. Die konkrete Ansprache gegenüber A soll ihn vorsorglich ermahnen, Störungen im Zusammenhang mit der Kundgebung „Make NRW great again“ zu unterlassen. Es besteht zumindest die Möglichkeit, dass A aufgrund der Ansprache dies tut. Die Ansprache ist mithin auch geeignet, den Schutz der öffentlichen Sicherheit zumindest zu fördern.

### (2) Erforderlichkeit

Die Gefährderansprache müsste auch erforderlich sein. Dies ist der Fall, wenn kein mildereres, gleich geeignetes Mittel ersichtlich ist.<sup>10</sup> Die Gefährderansprache nach § 14 Abs. 1 S. 1 VersG NRW ist im Vergleich zu der Untersagung nach § 14 Abs. 2 VersG NRW oder dem Ausschluss nach § 14 Abs. 3 VersG NRW das mildeste Mittel des § 14 VersG NRW. Eine Handlungspflicht bestand für A nicht. Mildere Mittel, die gleich geeignet sind, sind folglich nicht ersichtlich.

### (3) Angemessenheit

Der Entschluss, eine Gefährderansprache vorzunehmen, müsste schließlich angemessen sein. Dies ist der Fall, wenn der mit dieser Maßnahme verfolgte Zweck nicht außer Verhältnis zur Schwere des Eingriffs steht (Zweck-Mittel-Relation).<sup>11</sup>

Vorliegend streitet das Recht des A auf ungestörte Teilnahme an der Versammlung (Art. 8 Abs. 1 GG) sowie subsidiär seine allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) gegen den Schutz der öffentlichen Sicherheit im Zuge der Gefahrenabwehr (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG). Gegen die Angemessenheit der Gefährderansprache gegenüber A spricht, dass A keine an sich verbotenen Gegenstände mit sich führt. Er möchte sein in Art. 8 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich gewährleistetetes Recht, sich zu versammeln, wahrnehmen und durch seinen Kleidungsstil seiner Entschlossenheit Ausdruck verleihen. Er ist bis auf sein äußeres Erscheinungsbild nicht negativ aufgefallen.

Zwar ist auch der Weg zur Versammlung – wie vorliegend – vom Schutzbereich der Versammlungsfreiheit in Art. 8 Abs. 1 GG erfasst.<sup>12</sup> Jedoch liegt durch die Ansprache gegenüber A ein im Vergleich zu anderen Maßnahmen des VersG NRW nur milder Eingriff in die von Art. 8 Abs. 1 GG geschützte Freiheit des A vor. Nach der Ansprache ließen B und P den A passieren und er konnte ungehindert zur Kundgebung gehen. Vom Anhalten übers Nachfragen und die Ansprache bis zum Weitergehen vergehen nach lebensnaher Betrachtung nur wenige Minuten.

*Hinweis:* Eine detaillierte Prüfung von Art. 8 Abs. 1 GG ist nicht erforderlich. Studierende sollten erkennen, dass auch der Weg zur Versammlung vom Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG erfasst ist. Ein Eingriff in den Schutzbereich ist bei der Gefährderansprache jedoch als nicht schwerwiegend einzustufen. Studierende müssen dann erkennen, dass A im Anschluss an die Ansprache zur Kund-

<sup>10</sup> Vgl. *Sommermann*, in: Huber/Voßkuhle, GG, Kommentar, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 314 und *Hufen*, Staatsrecht II, 10. Aufl. 2023, § 9 Rn. 21.

<sup>11</sup> Vgl. *Sommermann*, in: Huber/Voßkuhle, GG, Kommentar, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 314 und *Hufen*, Staatsrecht II, 10. Aufl. 2023, § 9 Rn. 23.

<sup>12</sup> BVerfGE 84, 203 (209); *Höfling/Ogorek*, in: Sachs, GG, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 8 Rn. 26.



gebung gehen durfte und hiervon nicht abgehalten wurde (vgl. Frage 1). Durch eine vollständige Grundrechtsprüfung im Rahmen der Rechtsfolge wird deshalb ein falscher Schwerpunkt gesetzt.

Für die Angemessenheit der Gefährderansprache gegenüber A spricht zudem die Gesamterscheinung des A. Die Zusammenschau aus Camouflage-Kleidung, Motorradhelm mit verdunkeltem Visier und – in rechtsextremen Kreisen häufig anzutreffende – umgedrehte Deutschlandfahne auf dem Rücken begründet zulässig den Verdacht, dass A ggf. die öffentliche Sicherheit im Zusammenhang der Versammlung stören wird. Die (Gefährder-)Ansprache bleibt mangels Handlungsanweisung nur eine Ermahnung, welche insbesondere auch im Zusammenhang mit den negativen Erfahrungen der Vergangenheit und den teilweise hasserfüllten und zu Gewalt aufrufenden Beiträgen in den Kommentarspalten der Social-Media-Beiträge des Veranstalters unter Abwägung der Freiheitsrechte des A angemessen erscheint.

Die Gefährderansprache an A ist demnach angemessen.

*Hinweis:* Eine a.A. bleibt mit guten (!) Argumenten grds. vertretbar. Die obige Prüfung soll ausschöpfend aufzeigen, welche Argumente im Sachverhalt angelegt waren. Wichtig ist nur, dass die Studierenden schlüssig und widerspruchsfrei mit § 14 Abs. 1 S. 1 VersG NRW und den Angaben im Sachverhalt argumentieren. Auch für eine überdurchschnittliche Bewertung sind im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Übrigen wenige Vorgaben zwingend. Wünschenswert ist, dass eine lebensnahe Betrachtung erfolgt.

Die (Gefährder-)Ansprache gegenüber A ist verhältnismäßig. B und P haben die gesetzlichen Grenzen ihres Ermessens i.S.v. § 114 S. 1 Var. 1 VwGO nicht überschritten. Es liegt kein Ermessensfehler vor. Die (Versammlungs-)Behörde hat eine zulässige Rechtsfolge gewählt.

#### b) Auswahlermessen („wie“)

Die Ausübung des Auswahlermessens, wie die (Gefährder-)Ansprache gegenüber A erfolgte, ist mit denselben Ausführungen wie oben ebenfalls nicht zu beanstanden. Die Auswahl (ihrer konkreten Ansprache gegenüber A) erfolgte ermessensfehlerfrei.

*Hinweis:* Ob Studierende im Rahmen des Entschließungs- oder Auswahlermessens auf die Ermessensüberschreitung eingehen und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit prüfen, ist für die Bewertung grundsätzlich egal (siehe oben).

#### c) Zwischenergebnis

B und P haben mithin eine zulässige Rechtsfolge gewählt.

### 3. Zwischenergebnis

Die Gefährderansprache ist materiell rechtmäßig.

## IV. Ergebnis

Die (Gefährder-)Ansprache an A ist mithin rechtmäßig.

*Hinweis:* Der Schwerpunkt liegt in Aufgabe 1 (Teil 2) in einer strukturierten und schlüssigen Prüfung unbekannter Vorschriften des VersG NRW. Einzelkenntnisse sind auch für eine sehr überdurchschnittliche Bearbeitung nicht erforderlich. Vielmehr ist stets positiv zu bewerten, wenn sich Studierende mit Normtext und Sachverhalt genau auseinandersetzen und sich mit den Auslegungsmethoden weiterhelfen.

## Aufgabe 2

### I. Grundsatz der Handlungsformenwahlfreiheit

Neben Verwaltungsakt, informellen Verwaltungshandeln und Normsetzung kann die Verwaltung auch Verträge schließen. Die Möglichkeit der Verwaltung, Verträge zu schließen, ist Ausdruck der *relativen Handlungsformenwahlfreiheit* der Verwaltung. Danach ist die Verwaltung beim „wer“ und beim „wie“ grundsätzlich frei in der Auswahl ihrer Organisations- und Handlungsformen.<sup>13</sup> Innerhalb der Handlungsform Vertrag lassen sich zunächst privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Verträge differenzieren.

*Hinweis:* Der Grundsatz der relativen Handlungsformenwahlfreiheit sollte Ausgangspunkt der Aufgabe 2 sein. Es folgt die Unterscheidung zwischen privat-rechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verträgen.

### II. Privatrechtliche Verträge

Nach dem Grundsatz der relativen Handlungsformenwahlfreiheit kann die Verwaltung grundsätzlich *privatrechtliche Verträge* nach den Regeln des allgemeinen Zivilrechts (BGB) abschließen (sog. „fiskalische Verwaltung“). Hierbei sind ggf. spezialgesetzliche Vorgaben zu beachten, wie z.B. Vorgaben des *Vergaberechts* – danach wird insbesondere die Privatautonomie der Behörde beim Vertragsabschluss eingeschränkt. Das Vergaberecht enthält überwiegend europarechtliche Vorgaben. Es erfüllt die *Funktionen*, einerseits Mitbewerber und andererseits die öffentlichen Kassen zu schützen. Wegen Art. 1 Abs. 3 GG kann zudem keine Flucht ins Privatrecht erfolgen; die Verwaltung bleibt an Grundrechte gebunden (z.B. Art. 3 Abs. 1 GG).

*Hinweis:* (Vertiefte) Ausführungen zum Vergaberecht bleiben überdurchschnittlichen Studierenden vorbehalten.

### III. Öffentlich-rechtliche Verträge

Die Verwaltung kann neben privatrechtlichen Verträgen auch *öffentlich-rechtliche Verträge* schließen. Der öffentlich-rechtliche Vertrag ist in §§ 54 ff. VwVfG NRW normiert. In § 54 S. 1 VwVfG NRW findet sich eine *Legaldefinition*. Danach ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, welches durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben wird.

---

<sup>13</sup> Wißmann, Verwaltungsrecht, 2023, Rn. 363. Die für die Lösung von Aufgabe 2 relevanten Aussagen lassen sich jeweils Wißmann, Verwaltungsrecht, 2023, Rn. 362–393 („§ 8 – Verträge“) entnehmen.

Gegenstand des Vertrags ist also die Regelung eines Rechtsverhältnisses auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Die Verwaltung wird konsensual tätig. Der öffentlich-rechtliche Vertrag ist demnach Ausdruck von *Konsens und Kooperation*.

*Hinweis:* Die Legaldefinition in § 54 S. 1 VwVfG NRW sollte zwingend genannt werden.

### 1. Unterscheidung in § 54 S. 2 VwVfG NRW

Der öffentlich-rechtliche Vertrag kennt zwei Grundkonstellationen: So können einmal Verwaltungsträger in Vertragsform zusammenarbeiten und in einem anderen Fall können sich Staat und Bürger vertraglich einigen, z.B. dass etwas an die Stelle eines Verwaltungsakts treten soll. I.R.d. § 54 VwVfG NRW wird zwischen *koordinationsrechtlichen Verträgen* und *sog. subordinationsrechtlichen Verträgen* unterschieden. Letztere sind Verträge gem. § 54 S. 2 VwVfG NRW. Danach kann die Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde. Statt also einseitig einen Verwaltungsakt zu erlassen (Rechtsbefehl), schließt die Behörde einen Vertrag und wird konsensual tätig. (Rein) Koordinationsrechtliche Verträge sind demnach alle öffentlich-rechtlichen Verträge, die nicht (auch) sog. subordinationsrechtliche Verträge sind, also z.B. Verträge zwischen verschiedenen Verwaltungsträgern.

*Hinweis:* Gehen Studierende auf die Kritik der Zuschreibung „subordinationsrechtlicher“ Vertrag i.R.d. § 54 VwVfG NRW ein, ist dies als überdurchschnittlich zu bewerten.

### 2. Insbesondere: Vergleichs- und Austauschvertrag, §§ 55, 56 VwVfG NRW

Im Rahmen der (subordinationsrechtlichen) Verträge i.S.d. § 54 S. 2 VwVfG NRW können dann Vergleichsvertrag (§ 55 VwVfG NRW) und Austauschvertrag (§ 56 VwVfG NRW) unterschieden werden. Bei einem *Vergleichsvertrag* i.S.d. § 55 VwVfG NRW wird eine objektiv bestehende Ungewissheit bzw. Unsicherheit durch Zugeständnisse beider Vertragspartner beseitigt (z.B. praxisnah im Widerspruchsverfahren; vgl. aber auch § 106 VwGO). Der Vergleichsvertrag kann besondere Probleme im Hinblick auf den Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG) mit sich bringen: Wird ein begünstigender Verwaltungsakt beantragt und die zuständige Behörde ist aufgrund der gesetzlichen Vorgaben daran gehindert, den Verwaltungsakt zu erlassen, obwohl dies ebenfalls in ihrem Interesse wäre (z.B. Industrieansiedlung), kann leicht ein „Auslegungsstreit“ um die einschlägige Vorschrift fingiert werden, welcher dann aufgrund der (rechtlichen) Unsicherheiten als Basis für den Abschluss eines Vergleichsvertrags dient.

Im Rahmen eines *Austauschvertrags* nach § 56 VwVfG NRW wird eine Gegenleistung des Bürgers für einen bestimmten Zweck vereinbart, der einer Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient. Diese vereinbarte Gegenleistung muss angemessen und in sachlichem Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung bestehen, § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG NRW (sog. Kopplungsverbot). Hierbei geht es um die Kontrolle der Verwaltung, sich nicht vom Grundsatz der gleichmäßig gesetzeseanwendenden Verwaltung zu entfernen; und zusätzlich offene Korruption entgegenzuwirken.

*Hinweis:* Wenn Studierende auf den „hinkenden Austauschvertrag“ eingehen, ist dies als überdurchschnittlich zu werten. Gleiches gilt für vertiefte Ausführungen zum Vergleichsvertrag abseits der Beseitigung objektiv bestehender Ungewissheit.

### 3. Anforderungen an die Rechtmäßigkeit

An die Rechtmäßigkeit von öffentlich-rechtlichen Verträgen sind besondere formelle wie materielle Anforderungen gestellt. Die grundsätzliche Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge folgt aus § 54 S. 1 VwVfG NRW; zu beachten ist insbesondere, dass „Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen“ dürfen. Dies ist zugleich die Rechtsgrundlage der öffentlich-rechtlichen Verträge. Die §§ 54 ff. VwVfG NRW regeln zudem formelle Anforderungen: Der Vertrag kommt nach § 62 S. 2 VwVfG NRW i.V.m. §§ 145 ff. BGB durch Angebot und Annahme zustande und kann nach § 57 VwVfG NRW formgemäß nur schriftlich geschlossen werden. Über § 58 VwVfG NRW kann zudem die Zustimmung Dritter erforderlich sein. Für alle öffentlich-rechtlichen Verträge gilt im Übrigen nach § 62 S. 1 VwVfG NRW, dass die übrigen Bestimmungen des VwVfG (NRW) gelten, soweit diese der Sache nach anwendbar sind.

*Hinweis:* Anders als § 58 VwVfG NRW enthält § 57 VwVfG NRW keine Rechtsfolge, weshalb ein Verstoß nur über § 59 Abs. 1 VwVfG NRW i.V.m. § 125 S. 1 BGB relevant wird. Studierende können § 57 VwVfG NRW also auch erst im Rahmen der Nichtigkeit ansprechen.

Die §§ 54 ff. VwVfG NRW regeln schließlich auch besondere Vorgaben an die materielle Rechtmäßigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge. Zunächst gelten für Vergleichs- und Austauschvertrag (§§ 55, 56 VwVfG NRW) die dort normierten besonderen Anforderungen (siehe oben).

*Hinweis:* Studierende können auch erst an dieser Stelle auf die Vorgaben der §§ 55, 56 VwVfG NRW eingehen.

Zentrale Vorschrift der §§ 54 ff. VwVfG NRW ist letztlich § 59 VwVfG NRW – Nichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags. Durch § 59 Abs. 1 VwVfG NRW wird auf die Nichtigkeitsvorschriften des BGB verwiesen. Liegt ein öffentlich-rechtlicher Vertrag i.S.d. § 54 S. 2 VwVfG NRW vor, wird durch § 59 Abs. 2 VwVfG NRW für die Nichtigkeit vor allem ein Transfer zu den Regelungen des Verwaltungsakts vorgenommen; zudem können Verstöße gegen die §§ 55, 56 VwVfG NRW anstatt zur Rechtswidrigkeit direkt zur Nichtigkeit des Vertrags führen.

Eine Besonderheit im Zusammenhang mit Verwaltungsverträgen und ihrer Rechtmäßigkeit ist die Frage nach dem Gesetzesvorrang. Nach § 54 S. 1 VwVfG NRW dürfen „Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen“. Zudem bindet Art. 20 Abs. 3 GG die Verwaltung an Recht und Gesetz.

Durch § 55 VwVfG NRW wird aber systematisch deutlich, dass der Gesetzgeber Abweichungen von gesetzlichen Vorgaben unter strengen Voraussetzungen gerade für zulässig hält. Ähnliches gilt auch systematisch für den Ansatz, dass über § 59 Abs. 1 VwVfG NRW i.V.m. § 134 BGB (Verstoß gegen gesetzliches Verbot) jede Abweichung von gesetzlichen Vorschriften unmittelbar zur Nichtigkeit eines Verwaltungsvertrags führt. Insbesondere wegen § 59 Abs. 2 VwVfG NRW beschränkt sich § 59 Abs. 1 VwVfG NRW i.V.m. § 134 BGB vielmehr auf Verstöße gegen ausdrücklich normierte gesetzliche Verbote und nicht auf sämtliche Verstöße gegen rechtliche Vorgaben. Für die Abwicklung öffentlich-rechtlicher Verträge gilt im Übrigen das vertragliche Erfüllungs- und Leistungsstörungsrecht des BGB (vgl. § 62 S. 2 VwVfG NRW).

*Hinweis:* Ausführungen zum Gesetzesvorrang des öffentlich-rechtlichen Vertrags bleiben überdurchschnittlichen Studierenden vorbehalten und sollten entsprechend positiv bewertet werden.

### Aufgabe 3

Fraglich ist, ob der von E am 30.1.2024 erhobene Widerspruch zulässig ist. Dies ist der Fall, soweit alle Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

#### I. Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs

Es müsste sich im Widerspruchsverfahren um eine Streitigkeit handeln, für die der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten grundsätzlich eröffnet wäre.<sup>14</sup> Mangels aufdrängender Sonderzuweisung müsste daher analog § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 68 VwGO eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art gegeben sein, die nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen ist.

*Hinweis:* Die Zulässigkeitsprüfung des Widerspruchsverfahren wurde mit den Studierenden im Rahmen der Arbeitsgemeinschaft und der Vorlesung besprochen. Die Studierenden müssen insbesondere ihr Transferwissen von der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage verwerten. Bei der Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs ist zu fragen, ob für das sich dem Widerspruchsverfahren ggf. anschließende Gerichtsverfahren der Verwaltungsrechtsweg eröffnet wäre, wenn es über denselben Streitgegenstand zu einem Rechtsstreit kommen sollte.<sup>15</sup> Methodischer Anknüpfungspunkt hierfür ist, dass § 68 VwGO das Widerspruchsverfahren als Zulässigkeitsvoraussetzung für die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage nennt und diese Klagearten nur statthaft sind, soweit der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist. Da sich § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO nur auf das Gerichtsverfahren bezieht, ist § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO analog anzuwenden.<sup>16</sup>

Es müsste also insbesondere eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegen. Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidende Norm öffentlich-rechtlicher Natur ist. Nach der modifizierten Subjektstheorie ist eine Norm öffentlich-rechtlich, wenn sie einen Hoheitsträger in seiner Stellung als solcher einseitig berechtigt oder verpflichtet.<sup>17</sup> Die hier streitentscheidende Norm des § 4 Abs. 1 Nr. 5 lit. a RBStV verpflichtet die zuständige Landesrundfunkanstalt als Träger hoheitlicher Gewalt, auf Antrag Empfänger von BAföG von der in § 2 Abs. 1 RBStV normierten Beitragspflicht privater Haushalte zu befreien. Die Norm berechtigt und verpflichtet damit ausschließlich den Staat in seiner Stellung als solcher, sodass eine öffentlich-rechtliche Norm und demnach eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit gegeben ist.

Mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit (E ist bereits kein Verfassungsorgan) und abdrängender Sonderzuweisung wäre der Verwaltungsrechtsweg analog § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 68 VwGO eröffnet.

*Hinweis:* Da E einen Anspruch auf Befreiung begehrt, ist § 4 Abs. 1 Nr. 5 lit. a RBStV die streitentscheidende Norm und nicht § 2 Abs. 1 RBStV. Sollten Studierende § 2 Abs. 1 RBStV als streitentscheidende

<sup>14</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2024, § 6 Rn. 2.

<sup>15</sup> Ebenda.

<sup>16</sup> Ebenda.

<sup>17</sup> Stober, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 13. Aufl. 2017, § 22 Rn. 28–29; Vgl. Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2024, § 11 Rn. 17.

Norm unter die modifizierte Subjektstheorie subsumieren, bleibt dies aber – (nur) weniger überzeugend – vertretbar.

## II. Statthaftigkeit des Widerspruchs

Der Widerspruch müsste nach § 68 VwGO statthaft sein. Die Statthaftigkeit des Widerspruchs richtet sich nach der (möglicherweise folgenden) statthaften Klageart.<sup>18</sup> Die statthaftige Klageart richtet sich nach dem Rechtsschutzbegehren des (hier potenziellen) Klägers (vgl. § 88 VwGO).

Nach § 68 VwGO ist das Widerspruchsverfahren (als dem gerichtlichen Verfahren vorgelagertes behördliches [Vor-]Verfahren) vor Erhebung einer Anfechtungsklage (Abs. 1) und vor Erhebung einer Verpflichtungsklage (Abs. 2) statthaft.

### 1. Rechtsschutzbegehren der E

E begehrt die Befreiung von der (Rundfunk-)Beitragspflicht. Ihr Antrag auf Befreiung nach § 4 Abs. 1 Nr. 5 lit. a RBStV wurde jedoch vom WDR als zuständige Landesrundfunkanstalt abgelehnt. Die Aufhebung der Ablehnung führt jedoch allein nicht zu einer Befreiung der E von der Beitragspflicht, sodass E vielmehr eine für sie positive Verwaltungsentscheidung begehrt.

Für dieses Rechtsschutzbegehren der E könnte die Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO statthaft sein. Dies ist der Fall, soweit E die Verurteilung zum Erlass eines Verwaltungsakts begehren würde. Voraussetzung ist, dass die (begehrte) Befreiung von der Beitragspflicht als Verwaltungsakt zu qualifizieren ist.

Fraglich ist daher, ob die Befreiungsentscheidung einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG darstellt. Die Entscheidung über die Befreiung nach § 4 Abs. 1 Nr. 5 lit. a RBStV wird vom WDR als zuständige Landesrundfunkanstalt als Behörde (vgl. § 1 Abs. 2 VwVfG NRW) auf dem Gebiet des Öffentlichen Rechts (vgl. modifizierte Subjektstheorie) getroffen und befreit E von der Zahlung der Beitragspflicht i.S.d. § 2 Abs. 1 RBStV i.H.v. 18,38 Euro pro Monat. Es wird eine Rechtsfolge gesetzt und eine Regelungswirkung ist mithin gegeben. E steht auch außerhalb des Verwaltungsträgers, sodass eine Regelung mit Außenwirkung vorliegt.

Die Voraussetzungen des § 35 S. 1 VwVfG liegen vor, sodass die (begehrte) Befreiung von der Beitragspflicht als Verwaltungsakt zu qualifizieren ist. Mithin wäre die Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO die statthaftige Klageart für das Rechtsschutzbegehren der E. Statthaft ist insoweit der Verpflichtungswiderspruch nach § 68 Abs. 2 VwGO.

### 2. Keine Ausnahmen vom Grundsatz der Statthaftigkeit

Das Widerspruchsverfahren dürfte nicht nach § 68 Abs. 2, Abs. 1 S. 2 VwGO unstatthaft sein. Danach bedarf es einer Nachprüfung (im Vorverfahren) insbesondere nicht, wenn ein Gesetz dies bestimmt. Nach § 68 Abs. 2, Abs. 1 S. 2 VwGO i.V.m. § 110 Abs. 1 S. 2 und S. 1 JustG NRW bedarf es in Nordrhein-Westfalen ausnahmsweise (im Vergleich zum Grundsatz in § 68 VwGO) keines Widerspruchsverfahrens vor Erhebung der Verpflichtungsklage.

Es könnte aber die (Rück-)Ausnahme nach § 110 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 JustG NRW einschlägig sein. Danach gelten § 110 Abs. 1 S. 1 und 2 JustG NRW nicht für den Erlass oder die Ablehnung der Vornahme von Verwaltungsakten, die insbesondere vom Westdeutschen Rundfunk Köln erlassen wer-

<sup>18</sup> Vgl. *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2024, § 6 Rn. 10

den. Die Befreiung von der Beitragspflicht nach § 4 Abs. 1 Nr. 5 lit. a RBStV trifft der WDR als zuständige Landesrundfunkanstalt. Zwar stellte E den Antrag auf Befreiung im einschlägigen Online-Portal des Beitragsservices. Jedoch lehnte der WDR ihren Antrag auf Befreiung mit Bescheid vom 22.12.2023 ab (vgl. *actus contrarius*). Der WDR lehnte die Vornahme eines Verwaltungsaktes ab, sodass § 110 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 JustG NRW einschlägig ist.

Ein Widerspruchsverfahren ist mithin nach § 110 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 JustG NRW statthaft.

### 3. Zwischenergebnis

Der Verpflichtungswiderspruch nach § 68 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 1 VwGO ist statthaft.

### III. Widerspruchsführer(in)

E müsste die beteiligten-bezogenen Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllen.

#### 1. Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit

Als natürliche Person ist E nach § 11 Nr. 1 Alt. 1 VwVfG NRW beteiligungsfähig und nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG NRW handlungsfähig.

*Hinweis:* Die §§ 11, 12 VwVfG NRW im Verwaltungsverfahren entsprechen den §§ 61, 62 VwGO im Verwaltungsprozess. Die §§ 61, 62 VwGO gelten nicht über § 79 VwVfG, da diese speziell auf das gerichtliche Verfahren zugeschnitten sind und das VwVfG NRW mit §§ 11, 12 VwVfG NRW eigene Regelungen enthält.

#### 2. Widerspruchsbefugnis

E müsste i.S.d. § 42 Abs. 2 VwGO widerspruchsbefugt sein (vgl. § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO). Dies ist (insbesondere) der Fall, wenn er i.S.v. § 42 Abs. 2 VwGO geltend machen kann, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein.<sup>19</sup>

E begehrt durch ihren Verpflichtungswiderspruch die Befreiung von der Beitragspflicht. Diese Befreiung stützt sich normativ auf § 4 Abs. 1 Nr. 5 lit. a RBStV, welcher Empfänger von BAföG auf Antrag von der Beitragspflicht befreit (vgl. gebundener Anspruch). Durch die Ablehnung der Befreiung durch den WDR ist das subjektiv öffentliche Recht der E auf Befreiung möglicherweise verletzt. Schließlich hat E möglicherweise einen Anspruch auf Befreiung aus § 4 Abs. 1 Nr. 5 lit. a RBStV („werden [...] befreit“). E kann mithin die Verletzung eines subjektiv öffentlichen Rechts i.S.d. § 42 Abs. 2 VwGO geltend machen.

*Hinweis:* Das Widerspruchsverfahren ist unbestritten ein subjektives Rechtsbehelfsverfahren. Es ist aber im Einzelnen umstritten, über welche methodische Herleitung (z.B. Analogie) und in welcher Tiefe dieser subjektive Rechtsschutzcharakter zur Geltung kommen soll. Da § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO im Widerspruchsverfahren eine Prüfung der Recht- und Zweckmäßigkeit vorschreibt, wird teilweise gefordert, dass die Widerspruchsbefugnis nicht auf die Möglichkeit einer Rechtsverletzung beschränkt

<sup>19</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2024, § 6 Rn. 20.



sein dürfe, sondern auch bei der Geltendmachung einer Unzweckmäßigkeit vorliegen müsse.<sup>20</sup> Im Rahmen eines Gutachtens kann diese Ansicht aber dahinstehen, wenn die Möglichkeit einer Rechtsverletzung besteht.

Daneben begründet E ihren Widerspruch damit, dass die Ablehnung des Befreiungsanspruchs auch nicht zweckmäßig sei; schließlich solle der Staat junge Leute fördern und nicht zusätzlich finanziell belasten. Ob der Widerspruchsführer auch durch die Geltendmachung einer Zweckwidrigkeit widerspruchsbefugt und mithin i.S.d. § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO beschwert sein kann, ist umstritten. Dies kann jedoch dahinstehen, da E jedenfalls i.S.d. § 42 Abs. 2 VwGO möglicherweise einen Anspruch auf Befreiung hat und widerspruchsbefugt ist.

E ist i.S.v. § 42 Abs. 2 VwGO widerspruchsbefugt.

#### IV. Form und Frist

Der Widerspruch müsste ordnungs- und fristgemäß nach § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO erhoben worden sein. Danach ist der Widerspruch innerhalb eines Monats, nachdem der Verwaltungsakt dem Beschwerden bekanntgegeben worden ist, schriftlich [...] bei der Behörde zu erheben, die den Verwaltungsakt erlassen hat.

##### 1. Formgemäßer Widerspruch bei der richtigen Behörde

E hat schriftlich Widerspruch gegen die Entscheidung des WDR beim zuständigen WDR als diejenige Behörde erhoben, welche den Ablehnungsbescheid vom 22.12.2023 erlassen hat. Mithin hat E den Widerspruch formgemäß (schriftlich) bei der Behörde erhoben, die den Verwaltungsakt erlassen hat.

*Hinweis:* Die „zuständige Widerspruchsbehörde“ i.S.d. § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO kann auch vorab als eigenständiger Prüfungspunkt („IV. Widerspruchsgegner“) geprüft werden.

##### 2. Wahrung der Widerspruchsfrist

E müsste die Widerspruchsfrist nach § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO gewahrt haben. Danach muss der Widerspruch innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe erhoben werden. Die Bekanntgabe richtet sich grundsätzlich nach § 41 Abs. 1 VwVfG NRW.

E hat den Ablehnungsbescheid des WDR vom 22.12.2023 am 2.1.2024 aus dem Briefkasten geholt. Zwar erfuhr sie erst an diesem Tag von der Ablehnung ihres Befreiungsantrags. Jedoch stellt § 41 Abs. 1 VwVfG NRW für die Bekanntgabe auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme und nicht die tatsächliche Kenntnisnahme des Betroffenen ab. Der Bescheid des WDR wurde am 28.12.2023 in den Briefkasten der E geworfen, sodass der ablehnende Verwaltungsakt an diesem Tag nach § 41 Abs. 1 VwVfG NRW bekanntgegeben wurde.

Jedoch könnte abweichend die 3-Tages-Fiktion nach § 41 Abs. 2 S. 1 VwVfG NRW gelten. Danach gilt ein schriftlicher Verwaltungsakt, der im Inland durch die Post übermittelt wird, am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekanntgegeben. Der Ablehnungsbescheid vom 22.12.2023 wurde durch den zuständigen Sachbearbeiter noch am selben Tag zur Post gegeben, sodass nach § 41

---

<sup>20</sup> Vgl. *Wißmann*, Verwaltungsrecht, 2023, Rn. 512; so auch *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2024, § 6 Rn. 22.



Abs. 2 S. 1 VwVfG NRW der Verwaltungsakt am 25.12.2023 als bekanntgeben gilt. Tatsächlich ging der Ablehnungsbescheid der E jedoch erst am 28.12.2023 zu. Nach § 41 Abs. 2 S. 3 VwVfG NRW gilt die 3-Tages-Fiktion des Absatzes 2 nicht zulasten des Adressaten, wenn der Verwaltungsakt nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugeht. So liegt es hier. Folglich ist § 41 Abs. 2 S. 1 VwVfG NRW nicht anwendbar und es bleibt bei der Bekanntgabe nach § 41 Abs. 1 VwVfG NRW am 28.12.2023.

Der am Dienstag, den 30.1.2024, erhobene Widerspruch der E müsste nunmehr die Monatsfrist des § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO wahren. Die Frist beginnt nach § 31 Abs. 1 VwVfG NRW i.V.m. § 187 Abs. 1 BGB am Freitag, den 29.12.2023, und endet nach § 31 Abs. 1 VwVfG NRW i.V.m. § 188 Abs. 2 BGB grundsätzlich am Sonntag, den 28.1.2024. Das Fristende wird wegen des Sonntags jedoch nach § 31 Abs. 3 S. 1 VwVfG NRW modifiziert, sodass die Frist abweichend am Montag, den 29.1.2024 endet.

Der einen Tag später, am 30.1.2024, erhobene Widerspruch wahrt somit nicht die Monatsfrist nach § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO.

*Hinweis:* Die Berechnung der Widerspruchsfrist kann entweder nach § 31 VwVfG i.V.m. §§ 187 ff. BGB oder auch nach § 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 222 ZPO i.V.m. §§ 187 ff. BGB erfolgen. Methodisch ist beides vertretbar, überzeugender ist § 31 VwVfG NRW.<sup>21</sup> Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 32 Abs. 1 S. 1 VwVfG NRW ist abzulehnen, da E aufgrund ihrer Abwesenheit ein Verschulden i.S.d. § 32 Abs. 1 S. 1 VwVfG NRW trifft.

### 3. Zwischenergebnis

Der Widerspruch wurde zwar formgemäß, aber nicht fristgemäß nach § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO erhoben.

### V. Ergebnis

Der Widerspruch der E ist unzulässig.

### Erwartungshorizont

*Die folgenden Formulierungen dienten als Muster für alle Voten. Zusätzlich wurden individuell die Einordnung anhand der vorliegenden Leistung begründet.*

Die Aufgabe 1 enthielt zwei Fallfragen. Zunächst musste im Rahmen des Vorgehens zwischen der Aufforderung, anzuhalten, und der (Gefährder-)Ansprache differenziert werden. Mangels Regelungswirkung war die Ansprache – anders als die Aufforderung – nicht als Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG NRW, sondern als informelles Verwaltungshandeln zu qualifizieren. Teil 2 verlangte anschließend die Prüfung der Rechtmäßigkeit der (Gefährder-)Ansprache. Ermächtigungsgrundlage war § 14 Abs. 1 S. 1 VersG NRW. Im Rahmen der formellen Rechtmäßigkeit musste das Ergebnis der Frage 1 schlüssig verwertet werden, da z.B. § 28 Abs. 1 VwVfG NRW im Wortlaut auf Verwaltungsakte abstellt. Im Rahmen der materiellen Rechtmäßigkeit lag der Schwerpunkt auf einer strukturierten Prüfung und sauberen Subsumtion unter die unbekanntenen Vorschriften des §§ 14 Abs. 1 S. 1, 17 Abs. 1 Nr. 1, 18 Abs. 1 Nr. 1 VersG NRW. Einzelkenntnisse zum VersG NRW waren nicht erforderlich. Die Aufgabe war vielmehr nach den Maßstäben des Allgemeinen Verwaltungsrechts zu lösen. Im Rahmen der Rechtsfolge war schließlich das Ermessen der Behörde zu erkennen („kann“) und die Ansprache nach

<sup>21</sup> Vgl. Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2024, § 6 Rn. 28.

§ 114 VwGO bzw. § 40 VwVfG NRW auf Ermessensfehler zu überprüfen. Die Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit aus Art. 20 Abs. 3 GG bot dann die Gelegenheit, die verschiedenen Angaben im Sachverhalt überzeugend zu verwerten. Wichtig war insgesamt eine schlüssige Argumentation mit den konkreten Angaben im Sachverhalt.

*(Konkrete einzelfallbezogene Ausführungen)*

In *Aufgabe 2* war eine abstrakte Rechtsfrage zu der Handlungsform des Vertrags zu beantworten. Ausgehend vom Grundsatz der relativen Handlungsformenwahlfreiheit musste zunächst zwischen privatrechtlichen (inkl. Ausführungen zum Vergaberecht) und öffentlich-rechtlichen Verträgen differenziert werden. Anschließend war eine vertiefte und strukturierte Darstellung der besonderen Regelungen nach §§ 54 ff. VwVfG NRW gefordert.

*(Konkrete einzelfallbezogene Ausführungen)*

In *Aufgabe 3* musste die Zulässigkeit eines Widerspruchs geprüft werden. Neben der Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs analog § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 68 VwGO war aufgrund des Befreiungsbegehrens der E nach § 4 Abs. 1 Nr. 5 lit. a RBStV im Ergebnis ein Verpflichtungswiderspruch nach § 68 Abs. 2, Abs. 1 S. 1 VwGO anzunehmen. Als Rückausnahme war § 110 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 JustG NRW einschlägig. Die Prüfung der Widerspruchsbefugnis i.S.d. § 42 Abs. 2 VwGO und der Widerspruchsfrist nach § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO bot schließlich Gelegenheit zur Argumentation. Der Widerspruch war wegen § 41 Abs. 2 S. 3 VwVfG NRW im Ergebnis verfristet. Insgesamt war eine strukturierte und schlüssige Prüfung gefordert.

*(Konkrete einzelfallbezogene Ausführungen)*

## Zwischenprüfungsklausur: Nur ein simpler Aufkleber?

Wiss. Mitarbeiter Frederic Stelter, Köln\*

### Sachverhalt

#### Teil I

Nach einem Zuwachs der konventionellen Nutztierhaltung in Deutschland und den damit nachweisbar verbundenen negativen Auswirkungen auf die gehaltenen Tiere und die Umwelt (z.B. erhöhter Gülle- und somit Nitrateintrag in den Boden und das Grundwasser), zögert die fraktionslose Bundestagsabgeordnete A nicht mehr länger. Sie bringt eine Gesetzesinitiative in den Bundestag ein, wonach inländische gewerbliche Tierhalter – also solche, die ihre Tiere aufziehen, schlachten (lassen) und das Fleisch weiterverkaufen – verpflichtet werden, die Form ihrer Tierhaltung innerhalb eines fünfstufigen Bewertungssystems (Stall, Stall und Platz, Stall und Auslauf, Frischluftstall, Bio) einordnen zu lassen und dies auf ihren Produkten durch einen Aufkleber kenntlich zu machen. Das fünfstufige Bewertungssystem wird anhand von Kriterien wie Auslauffläche pro Tier, verfügbarem Futter, dem verfügbaren Beschäftigungsmaterial bestimmt. Diese Kriterien werden durch eine zuständige Behörde, die dann die Einordnung in das fünfstufige Bewertungssystem vornimmt, in den jeweiligen Behörden analysiert. Mit dem Gesetz will die Abgeordnete A außerdem bundeseinheitliche Standards schaffen und der Studienlage der Marktforschung entsprechen, die besagt, dass Verbraucher ihre Kaufentscheidungen maßgeblich an solchen Kennzeichnungen ausrichten und bei gekennzeichneten Produkten vermehrt zu als höherwertig bzw. nachhaltiger bewerteten Kategorien greifen.

Das Gesetzesvorhaben zu diesem „Tierhaltungskennzeichnungsgesetz“ (T-Gesetz) soll, um die dringlichen Belange des Tier- und Umweltschutzes effektiv zu stärken, rasch vorangetrieben werden. Erfreut stellt A fest, dass ihr Anliegen und ihre Vorstellung des Gesetzes einen Nerv im Parlament getroffen zu haben scheint und dort das Bewusstsein geweckt hat, dass gesetzgeberische Eile geboten ist. In der ersten Lesung des Gesetzes beschließt der Bundestag auf Antrag einer Fraktion mit 501 Stimmen der 601 anwesenden Mitglieder, dass es einer Überweisung des Entwurfes in die Fachausschüsse nicht bedarf und direkt im Anschluss an die erste in die zweite Lesung übergetreten werden kann. An diese schließt sich nahtlos die dritte Lesung des nicht veränderten Entwurfes an. Nach diesem zwar zeitlich eng getakteten, aber ausführlichen und fraktionsübergreifendem Meinungsaustausch, in dem sich der Konsens über die Wichtigkeit der Angelegenheit verdichtete, stimmen letztlich 308 der 610 anwesenden Mitglieder für das Gesetz (Zahl der Mitglieder des Bundestages: 733). Der Bundesrat hat gegen das Gesetz keine Einsprüche. Der Gesetzesbeschluss wird durch den Bundeskanzler sowie den zuständigen Bundeslandwirtschaftsminister unterzeichnet.

Allerdings regt sich unter den Tierhaltern Widerstand gegen das Gesetz. Diejenigen, die an einer konventionellen Tierhaltung festhalten, die nach dem neuen System als Haltung der Stufen „Stall“, „Stall und Platz“ und „Stall und Auslauf“ zu kategorisieren ist, sehen ihre wirtschaftliche Zukunft in

---

\* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter am Institut für Staatsrecht an der Universität zu Köln unter Leitung von Herrn Professor *Stephan Rixen*. Die Klausur wurde im Wintersemester 2023/2024 in leicht abgewandelter Form als Zwischenprüfung im Öffentlichen Recht unter der neuen Prüfungsordnung gestellt. In Vorbereitung auf diese Klausur konnten die Studierenden Klausurbesprechungen und Crashkurse wahrnehmen, in denen die Prüfungsgebiete wiederholt und einige thematische Schwerpunkte der Zwischenprüfung gestreift wurden. Der Verf. dankt der Rechtsreferendarin Frau *Paula Peters* für die Durchsicht des Manuskripts.

*Stelzer*: Nur ein simpler Aufkleber?

Gefahr. Die Lebensmittelunternehmen seien aufgrund des veränderten Konsumverhaltens in nur noch geringerem Umfang bereit, Produkte aus konventioneller Tierhaltung abzunehmen und in den Verbrauchermarkt einzubringen. Dieser Trend würde sich laut den Analysen der Marktforschung weiter verstärken. Dadurch entstehen solchen Tierhaltern schon jetzt enorme wirtschaftliche Einbußen; die Lebensmittelunternehmen kündigen Verträge auf und stellen ihr Sortiment in Erwartung eines weiter veränderten Konsumverhaltens um.

Die Proteste verfangen auch beim Bundespräsidenten, der das Gesetz noch ausfertigen müsste. Er hält das T-Gesetz für bereits formell verfassungswidrig. Weder ist er sich sicher, auf welchen Kompetenztitel sich der Bund bei der Gesetzgebung beruft, noch glaubt er, dass eine fraktionslose Abgeordnete allein einen Gesetzesvorschlag machen kann. Außerdem sei das Gesetz in großer Eile durch den Bundestag „geboxt“ worden. Darüber hinaus hat er Zweifel an der materiellen Verfassungsmäßigkeit: Er erkennt in dem Gesetz einen „ganz klassischen“ Eingriff in die Berufsfreiheit der konventionell wirtschaftenden Tierhalter. Die entstehenden Einbußen durch die Kennzeichnungspflicht mache es vor allem kleinen Betrieben, die noch immer stark – was zutrifft – auf konventionelle Stallhaltung setzen, unmöglich, schnell zu reagieren und ihre Strukturen entsprechend dem geänderten Konsumverhalten umzustellen und sei daher unverhältnismäßig. Die mit dem Gesetz einhergehende Kennzeichnungspflicht führe dazu, dass den Tierhaltern nicht nur vorgeschrieben wird, wie sie ihren Beruf ausüben haben. Vielmehr wird es durch die damit einhergehenden negativen wirtschaftlichen Auswirkungen Tierhaltern der konventionellen Betriebsformen fast unmöglich gemacht, ihren Beruf weiter auszuüben. Das Gesetz führe dazu, dass aufgrund der veränderten Nachfrage der Lebensmittelwirtschaft nur noch diejenigen am Markt „zugelassen“ werden, die ihre Betriebe entsprechend umstrukturiert haben.

Die Fraktionen des Bundestages argumentieren hingegen, dass die Auswirkungen für Tierhalter überschaubar seien. Zwar sollen diese mit der Kennzeichnungspflicht durchaus mittelfristig auf den Pfad einer stärker nachhaltig orientierten Lebensmittelproduktion gebracht werden. Aber in dem Gesetz, das der Information und Entscheidungsfreiheit der Endverbraucher diene, könne man keinen Eingriff in die Berufsfreiheit erkennen. Diese werden nur am Rande berührt. Außerdem handele es sich – wenn überhaupt ein Grundrechtseingriff anzunehmen sei – um eine verhältnismäßige Regelung, wie Tierhalter ihren Beruf „auszuüben“ haben. Denn das Gesetz schreibt lediglich vor, dass diese die von ihnen betriebene Haltungsform auf den Produkten anzugeben haben; geregelt wird somit nur ein kleiner Teil der Berufsausübung. Überdies würde durch die Kennzeichnungspflicht die Haltung von Tieren in keiner der Stufen tatsächlich untersagt. Trotz des unbestreitbaren wirtschaftlichen Anpassungsdruckes bestünden zudem zahlreiche andere Möglichkeiten, auch künftig an der konventionellen Stallhaltung festzuhalten. So könne in ausländische Märkte ohne ein solches Regelungsregime expandiert werden. Außerdem bestehen – was zutrifft – zahlreiche Förderprogramme des Bundes, die Tierhalter in der Umstrukturierung ihrer Betriebe hin zu mehr Nachhaltigkeit finanziell unterstützen. Letztlich gehe es mit dem Gesetz darum, die vorhandenen Ansätze bei den Bürgern für einen nachhaltigeren Konsum zu stärken. Damit wiederum verfolge man den – auch schon im Grundgesetz angelegten – Tier- und Umweltschutz und somit gewichtige gemeinwohlorientierte Ziele.

Ohnehin stehe es dem Bundespräsidenten nicht zu, sich in diese Angelegenheit einzumischen. Er habe das Gesetz lediglich auszufertigen. Dies betrifft erst recht die von ihm hinterfragte materielle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes.

Der Bundespräsident hält an seiner Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes jedoch fest und will dieses nicht ausfertigen.

Stelzer: Nur ein simpler Aufkleber?

## Aufgabe

In einem Gutachten, das – ggf. hilfsgutachtlich – auf alle aufgeworfenen rechtlichen Probleme eingeht, ist die Frage zu beantworten, ob der Bundespräsident zur Ausfertigung des Gesetzes verpflichtet gewesen ist.

## Bearbeitungsvermerk

Die Verwendung des Maskulinums im Sachverhalt dient ausschließlich der besseren Lesbarkeit, gemeint sind alle Geschlechter. Die Verwendung anderer inklusiv gemeinter Schreibweisen in der Klausurlösung ist selbstverständlich möglich.

Auf folgende Normen der Geschäftsordnung des Bundestages (GOBT) wird hingewiesen: §§ 75 Abs. 1 lit. a, 76 Abs. 1, 80 Abs. 1 und 2 GOBT und § 84 lit. a GOBT.

Die Verfassungsmäßigkeit der Geschäftsordnung des Bundestages ist zu unterstellen.

## Teil II

§ 48 Abs. 4 VwVfG lautet: „Erhält die Behörde von Tatsachen Kenntnis, welche die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes rechtfertigen, so ist die Rücknahme nur innerhalb eines Jahres seit dem Zeitpunkt der Kenntnisaufnahme zulässig. Dies gilt nicht im Falle des Absatzes 2 Satz 3 Nr. 1.“ Diese Norm gilt außerdem entsprechend für den Widerruf von Verwaltungsakten, siehe § 49 Abs. 2 S. 2 VwVfG.

Beantworten Sie angesichts dieser Norm die folgenden Fragen:

1. Welche Ansichten werden zu der Frage vertreten, ab wann die Behörde „Kenntnis“ von solchen Tatsachen genommen hat, also die Jahresfrist zu laufen beginnt?
2. Welche Ansichten werden zu der Frage vertreten, was unter der „Behörde“ im Sinne der Norm zu verstehen ist?

## Lösungsvorschlag

<b>Teil I</b> .....	<b>1292</b>
<b>I. Kompetenz des Bundespräsidenten</b> .....	<b>1293</b>
1. Prüfungskompetenz hinsichtlich der formellen Verfassungsmäßigkeit.....	1293
2. Prüfungskompetenz hinsichtlich der materiellen Verfassungsmäßigkeit .....	1293
3. Zwischenergebnis .....	1296
<b>II. Verfassungsmäßigkeit des T-Gesetzes</b> .....	<b>1296</b>
1. Formelle Verfassungsmäßigkeit des T-Gesetzes .....	1296
a) Gesetzgebungskompetenz .....	1296
aa) Kompetenztitel .....	1296
bb) Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG.....	1297
b) Gesetzgebungsverfahren .....	1298
aa) Gesetzesinitiative einer fraktionslosen Abgeordneten.....	1298

Stelter: Nur ein simpler Aufkleber?

bb) Beschleunigtes Verfahren .....	1300
cc) Beschlussfassung durch den Bundestag.....	1301
c) Zwischenergebnis.....	1301
2. Materielle Verfassungsmäßigkeit des T-Gesetzes .....	1301
a) Schutzbereich .....	1301
aa) Persönlicher Schutzbereich.....	1302
bb) Sachlicher Schutzbereich .....	1302
b) Eingriff.....	1302
c) Rechtfertigung .....	1303
aa) Einschränkungbarkeit des Grundrechts (Schranken) .....	1303
bb) Grenzen der Einschränkungbarkeit (Schranken-Schranken).....	1304
(1) Legitimer Zweck.....	1305
(2) Geeignetheit .....	1305
(3) Erforderlichkeit .....	1306
(4) Angemessenheit.....	1306
d) Zwischenergebnis.....	1307
3. Ergebnis.....	1308
<b>Teil II .....</b>	<b>1308</b>
1. Welche Ansichten werden zu der Frage vertreten, ab wann die Behörde „Kenntnis“ von solchen Tatsachen genommen hat, also die Jahresfrist zu laufen beginnt? ....	1308
2. Welche Ansichten werden zu der Frage vertreten, was unter der „Behörde“ im Sinne der Norm zu verstehen ist? .....	1308

### Teil I

Fraglich ist, ob der Bundespräsident zur Ausfertigung des T-Gesetzes verpflichtet ist.<sup>1</sup> Eine solche Verpflichtung könnte sich aus Art. 82 Abs. 1 GG ergeben. Danach werden die nach dem Grundgesetz zustande gekommenen Gesetze durch den Bundespräsidenten ausgefertigt und im Bundesgesetzblatt verkündet.

Diese Pflicht besteht allerdings nicht, wenn der Art. 82 Abs. 1 GG dem Bundespräsidenten ein Prüfungsrecht bezüglich der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes zusteht und er in folgedessen die Ausfertigung eines verfassungswidrigen Gesetzes verweigern muss.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Die Frage nach dem Prüfungsrecht des Bundespräsidenten ist immer wieder Gegenstand von staatsorganisationsrechtlichen Klausuren und kann als „Klassiker“ mit abgesenktem Schwierigkeitsniveau bezeichnet werden. Beleg dafür sind die Vielzahl vergleichbarer veröffentlichter (Übungs-)Klausuren, auf die in dieser Lösung immer wieder verwiesen werden wird und auf die auch die Prüflinge in der Vorbereitung Zugriff hatten. Das Grundgerüst – auch dieser Klausur – ist immer wieder sehr ähnlich, um so Standardprobleme abprüfen zu können.

<sup>2</sup> Zum „Charakter als Entweder-Oder-Entscheidung mit Entscheidungszwang“ siehe *Butzer*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Kommentar, 104. Lfg., Stand: April 2024, Art. 82 Rn. 235 f.

Stelter: Nur ein simpler Aufkleber?

## I. Kompetenz des Bundespräsidenten

Zu prüfen ist also, ob der Bundespräsident die Kompetenz besitzt, die formelle sowie die materielle Verfassungsmäßigkeit eines ihm vorgelegten Gesetzes zu überprüfen.

### 1. Prüfungskompetenz hinsichtlich der formellen Verfassungsmäßigkeit

Bereits der Wortlaut des Art. 82 Abs. 1 GG legt nahe, dass dem Bundespräsidenten die Prüfung des formellen Verfassungsrechts zusteht („[...] die nach Vorschriften dieses Grundgesetzes zustande gekommenen Gesetze“). Fertigt der Bundespräsident das Gesetz aus, bekundet er einerseits, dass der veröffentlichte Gesetzestext mit dem vom Gesetzgeber beschlossenen Gesetz übereinstimmt und andererseits, dass das Gesetzgebungsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt wurde. Er setzt den Schlusspunkt des Gesetzgebungsverfahrens und ist so in der Lage, einen „Blick zurückzuwerfen“ und als erster das gesamte Verfahren zu beurteilen.<sup>3</sup> Der Bundespräsident hat daher nach der ganz überwiegenden Auffassung die Kompetenz, die formelle Verfassungsmäßigkeit der ihm vorliegenden Gesetze zu prüfen.<sup>4</sup> Eingeschlossen von dieser Prüfungskompetenz ist die Überprüfung der Einhaltung von Kompetenzvorschriften.<sup>5</sup>

### 2. Prüfungskompetenz hinsichtlich der materiellen Verfassungsmäßigkeit

Umstrittener ist hingegen die Frage, ob sich die Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten auch auf die materielle Verfassungsmäßigkeit eines ihm zur Ausfertigung vorgelegten Gesetzes erstreckt. Der Wortlaut von Art. 82 Abs. 1 GG lässt einen solchen Schluss jedenfalls nicht direkt zu. Es läge aber nahe, die Formulierung „nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes zustande gekommenen Gesetze“ in Art. 82 Abs. 1 GG weit auszulegen und darunter sowohl die formellen als auch die materiellen Bestimmungen zu fassen. Dagegen spricht indes die vom Text her ähnliche Formulierung in Art. 78 GG („Ein vom Bundestag beschlossenes Gesetz kommt zustande [...]“). Dieser Artikel bezieht sich jedoch auf die formellen Aspekte des Gesetzgebungsverfahrens, sodass die Vermutung näher liegt, dass der ähnlich formulierte Art. 82 Abs. 1 GG und somit auch das Prüfungsrecht des Bundespräsidenten lediglich auf diese Fragen der formellen Verfassungsmäßigkeit beschränkt ist.<sup>6</sup>

Dieser am Wortlaut festgemachte Befund lässt sich mit dem Auslegungsmittel der Gesetzes-systematik stützen. Art. 82 Abs. 1 GG schließt den VII. Teil des Grundgesetzes ab, der mit „Die Gesetzgebung des Bundes“ überschrieben ist. Ein in diesem Abschnitt verankertes Prüfungsrecht soll sich – so ließe sich vermuten – als Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens (siehe insbesondere Art. 70 ff.,

---

<sup>3</sup> So und zur Rolle des Bundespräsidenten als Garant formell ordnungsgemäßer Gesetze siehe *Heimann/Kirchhof/Waldhoff*, Verfassungsrecht und Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2022, Fall 1 Rn. 61.

<sup>4</sup> So die überwiegende Ansicht, siehe *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 10. Aufl. 2023, § 14 Rn. 9; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 82 Rn. 3; *Mann*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 82 Rn. 7; *Haratsch*, in: Sodan, Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2024, Art. 82 Rn. 7 m.w.N.; *Kunig*, Jura 1994, 217 (220); *Voßkuhle/Schemmel*, JuS 2021, 118 (120). In der Staatspraxis wurde das formelle Prüfungsrecht durch die Bundespräsidenten *Carstens*, *Herzog* und *Rau* unter den Vorbehalt einer *evidenten* formellen Verfassungswidrigkeit gestellt, was die Frage aufwirft, ob die Unterscheidung zwischen Prüfungskompetenz in formeller und materieller Hinsicht überhaupt noch geboten ist, siehe dazu *Wißmann*, ZJS 2014, 627 (630 f.). Gegen diese Staatspraxis hält *Lutze*, NVwZ 2003, 323.

<sup>5</sup> Wohl die h.L., siehe dazu m.w.N. *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 82 Rn. 3.

<sup>6</sup> Dazu *Degenhart*, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 40. Aufl. 2024, § 10 Rn. 809.



Stelter: Nur ein simpler Aufkleber?

76 ff. GG) auf die im VII. Teil geregelten Fragen der formellen Verfassungsmäßigkeit erstrecken und gleichzeitig beschränken.<sup>7</sup>

Auch eine Bezugnahme auf den Amtseid des Bundespräsidenten nach Art. 56 GG führt zu keinem anderen Ergebnis. Die darin enthaltene Pflicht, „das Grundgesetz zu wahren“, sagt nichts Konkretes über den Umfang der Prüfungskompetenzen und -pflichten im Lichte des Art. 82 Abs. 1 GG aus.<sup>8</sup> Auch daraus lässt sich kein materielles Prüfungsrecht ableiten.

Immer wieder wird in Argumentation für eine materiell-rechtliche Prüfungskompetenz ein Vergleich zur zu Art. 82 Abs. 1 GG sehr ähnlich formulierten Weimarer Reichsverfassung und der Stellung des Reichspräsidenten ins Felde geführt (siehe nur Art. 70 WRV von 1919: „Der Reichspräsident hat die verfassungsmäßig zustande gekommenen Gesetze auszufertigen und binnen Monatsfrist im Reichs-Gesetzblatt zu verkünden.“). Denn diese textliche Ähnlichkeit im Gesetzestext würde rechtshistorisch informiert für ein erweitertes Prüfungsrecht sprechen: Dem Reichspräsidenten der Weimarer Republik wurde – auch vor dem Hintergrund eines noch monarchisch geprägten Denkens – unstreitig ein umfassendes auch materiell-rechtliches Prüfungsrecht eingeräumt. Die Weimarer Verfassung als sprachliches und inhaltliches Vorbild des Art. 82 Abs. 1 GG streite daher für ein materielles Prüfungsrecht. Diese rechtshistorischen Ausführungen führen jedoch ins Leere. Denn, ob die Entwicklung des Art. 82 Abs. 1 GG im Wissen um die fatalen Folgen der übermäßigen Machtzentrierung auf einen Reichspräsidenten als Gegenentwurf zur WRV entworfen wurde (dann nur formelles Prüfungsrecht) oder ob der Normtext sowohl als textliches wie auch inhaltliches Vorbild dienen sollte (was dann für das oben angenommene materielle Prüfungsrecht spräche), kann mit Blick auf die dahingehend undeutliche Entstehungsgeschichte der Norm nicht abschließend festgestellt werden.<sup>9</sup> Einen argumentativen Anknüpfungspunkt in der Weimarer Reichsverfassung zu suchen, ist demnach ein aussichtsloses Unterfangen – anstatt das Verfassungsrecht vom Vergangenen aus zu denken, sollten die Befugnisse des Bundespräsidenten daher aus dem Grundgesetz und der jetzige Staatspraxis abgeleitet werden.<sup>10</sup>

Ein weiterer Ansatzpunkt, der für ein materielles Prüfungsrecht sprechen könnte, ist in der faktischen Arbeit des Bundespräsidenten zu erkennen. Bei der vertieften Auseinandersetzung mit den vorgelegten Gesetzen liegt nämlich die Vermutung nahe, dass Fragen der formellen Verfassungsmäßigkeit von materiell-rechtlichen Fragen oftmals kaum zu trennen sind, sodass sich schon aus diesem ganz praktischen Umstand heraus die Notwendigkeit zur Überprüfung des materiellen Rechts durch den Bundespräsidenten ergibt. Bspw. erfordert die Feststellung, ob dem Bund die Gesetzgebungskompetenz zukommt eine Betrachtung der inhaltlichen Auswirkung des Gesetzes. Der Blick in das materielle Recht kann also nicht ausgeklammert werden.

Gegen dieses Beispiel führt jedoch *Butzer* unter Rückgriff auf weitere Literaturstimmen überzeugend an, dass die Beantwortung solcher materieller Vorfragen den Bundespräsidenten nicht dazu

<sup>7</sup> Siehe in diese Richtung, dann aber umgehend mit weiteren Argumenten für ein extensives Verständnis *Butzer*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 104. Lfg., Stand: April 2024, Art. 82 Rn. 190 ff.

<sup>8</sup> Siehe *Degenhart*, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 40. Aufl. 2024, § 10 Rn. 810.

<sup>9</sup> Dazu ausführlich und mit Bezugnahme auf die Entwicklung des Grundgesetzes *Butzer*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 104. Lfg., Stand: August 2023, Art. 82 Rn. 199.

<sup>10</sup> So *Degenhart*, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 40. Aufl. 2024, § 10 Rn. 810; *Butzer*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 104. Lfg., Stand: April 2024, Art. 82 Rn. 199; *Feihle/Silke*, JuS 2018, 963 (966); siehe auch *Pieper*, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2024, Art. 82 Rn. 10.1, der die Bezugnahme auf die WRV ebenfalls für überholt hält. Nichtsdestotrotz stellte der *Verf.* bei der Bewertung der Klausuren fest, dass besonders viele Prüflinge das rechtshistorische Argument bemühten. Dabei wurde der Charakter des Grundgesetzes als Gegenentwurf zur WRV und *in concreto* Art. 82 Abs. 1 GG im Gefüge eines Grundgesetzes betont, dass die Macht des Bundespräsidenten im Vergleich zur verhängnisvollen Macht der Reichspräsidenten der Weimarer Republik bewusst reduziert sein soll.

*Stelter*: Nur ein simpler Aufkleber?

bewegt, auch die Verletzung von Staatsstrukturprinzipien und/oder Grundrechten umfänglich materiell prüfen zu müssen.<sup>11</sup> Eine – wenn auch mitunter diffizile – Auftrennung ist sehr wohl möglich.

Es ist vielmehr die Bindung des Bundespräsidenten an das Grundgesetz in all seinen Tätigkeiten gem. Art. 1 Abs. 3 GG und Art. 20 Abs. 3 GG, aus der sich eine Prüfungscompetenz auch bzgl. der materiellen Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes ableiten lässt. Als „Notar des Gesetzgebungsverfahrens“ ist es dem an die Grundrechte gebundenen Bundespräsidenten untersagt, ein materiell verfassungswidriges Gesetz auszufertigen.<sup>12</sup> Das setzt eine Prüfungscompetenz auch in materiell-rechtlicher Dimension denklogisch voraus. Daraus ergibt sich auch kein (Gewaltenteilungs-)Konflikt hinsichtlich der Kompetenz des BVerfG zur Überprüfung von Gesetzen und seinem Normverwendungsmonopol. Diese nachträgliche und auf Antrag zu erfolgende Kontrolle befreit das Verfassungsorgan Bundespräsident nämlich nicht davon, von vornherein verfassungsmäßig zu handeln.<sup>13</sup>

*Hinweis*: Den Prüflingen steht es frei, sich für oder gegen das materielle Prüfungsrecht des Bundespräsidenten zu entscheiden. Es kommt darauf an, dass eine Auswahl an Argumenten – weitaus mehr als die hier vorgetragenen sind denkbar<sup>14</sup> – vorgetragen wird. Eine Ablehnung des materiellen Prüfungsrechtes hat im Angesicht der Aufgabenstellung, wonach die Anfertigung eines umfassenden Rechtsgutachtens gefordert ist, die Fortführung der Prüfung in einem Hilfsgutachten zur Konsequenz.

Erkennt man diese materiell-rechtliche Prüfungscompetenz des Bundespräsidenten an, stellt sich allerdings die Frage, ob der Prüfungsmaßstab in Beachtung der gewichtigen Rolle des Bundestages im Gesetzgebungsverfahren und der Stellung des Bundespräsidenten als Staatsgewalt *sui generis* – also in Anerkennung des Gewaltenteilungsgrundsatzes – begrenzt zu sein hat. Das Parlament nämlich hat die materielle Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes, geprägt durch seine Einschätzungsprärogative, vorrangig zu beurteilen. Eine Ansicht streitet daher dafür, dass die materiell-rechtliche Prüfung durch den Bundespräsidenten vorsichtig und zurückhaltend zu erfolgen hätte und auf eine Evidenzkontrolle beschränkt sei.<sup>15</sup> Demnach könnte der Bundespräsident nur bei einem materiellen Verfassungsverstoß tätig werden, der dem Gesetz ganz offensichtlich anhaftet – ihm also „wie auf die Stirn geschrieben“ ist.

Das Kriterium eines evidenten Verfassungsverstoßes ist jedoch schwammig und findet im Grundgesetz keinen Anknüpfungspunkt. Steht doch außerdem nicht von vornherein fest, ob und unter wel-

<sup>11</sup> So und zu diesem Streitstand ausführlich *Butzer*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 104. Lfg., Stand: April 2024, Art. 82 Rn. 192; siehe auch *Linke*, DÖV 2009, 434 (440 f.).

<sup>12</sup> *Heimann/Kirchhof/Waldhoff*, Verfassungsrecht und Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2022, Fall 1 Rn. 62; *Pieper*, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2024, Art. 82 Rn. 8 f.; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 10. Aufl. 2023, § 14 Rn. 10. Kritisch ggü. diesem Argument und mit dem Vorwurf der Zirkelschlüssigkeit empört sich *Meyer*, JZ 2011, 602 (605); ähnlich *Kunig*, Jura 1994, 217 (220). Entkräften lässt sich die Kritik von *Meyer* und *Kunig* aber dadurch, dass – sollte sich aus Art. 1 Abs. 3 GG und Art. 20 Abs. 3 GG keine Bindung des Bundespräsidenten ergeben – nur die Ausfertigung eines verfassungswidrigen Gesetzes verfassungsgemäß wäre und der Bundespräsident diesem Konflikt lediglich durch einen Rücktritt ausweichen könnte. So erklärt es *Butzer*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 104. Lfg., Stand: April 2024, Art. 82 Rn. 195.

<sup>13</sup> So auch BVerfGE 131, 47 (53) = NJW 2012, 1941 (1942 Rn. 20); *Degenhart*, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 40. Aufl. 2024, § 10 Rn. 811; ausführlich dazu auch *Kümper*, ZJS 2012, 94 f.

<sup>14</sup> Eine umfassende Übersicht der Argumente mit Fundstellen bieten *Hebeler/Spitzlei*, 60 Probleme aus dem Staats- und Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2024, 37. Problem, S. 195.

<sup>15</sup> Für eine bloße Evidenzkontrolle streiten *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 82 Rn. 3; *Domgörgen*, in: Hömig/Wolff, Grundgesetz, Kommentar, 14. Aufl. 2025, Art. 82 Rn. 3; *Degenhart*, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 40. Aufl. 2024, § 10 Rn. 813; *Kau*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik im europäischen Staatenverbund, Bd. 2, 2. Aufl. 2022, § 43 Rn. 146; *Wißmann*, ZJS 2014, 627 (633); ohne nähere Begründung *Voßkuhle/Schemmel*, JuS 2021, 118 (120).

*Stelzer*: Nur ein simpler Aufkleber?

chen Umständen ein Verstoß evident ist. Rechtsverstöße werden überhaupt und in ihrem Umfang erst zum Ende einer Prüfung ersichtlich, sodass nur aus einer ex-post-Perspektive die Frage beantwortet werden kann, ob ein Verstoß vorliegt und dieser evident ist.<sup>16</sup> Dieses unklare Kriterium widerspricht außerdem – so stellt es *Schoch* fest – den Grundsätzen des Öffentlichen Rechts, nach denen eine durch das Gesetz erteilte Kompetenz dieser Art stets uneingeschränkt wahrzunehmen ist und ihre Ausübung nicht im Belieben des Amtsinhabers stehen soll.<sup>17</sup> Es ist daher von einem umfassenden (formellen und materiellen) Prüfungsrecht auszugehen.<sup>18</sup>

*Hinweis*: Auch hier können sich die Prüflinge entweder für oder gegen eine Reduktion der Prüfungsdichte unter der Maßgabe des evidenten Verfassungsverstoßes entscheiden. Eine Beschränkung – von vielen Prüflingen in der Klausur angenommen – führt jedoch nicht zum Ende der Bearbeitung. Die Prüfung muss fortgesetzt werden. Zum Ende dieser Prüfung hat konsequenterweise die Feststellung zu erfolgen, ob – wenn angenommen – der Verfassungsverstoß evident gewesen ist.

### 3. Zwischenergebnis

Der Bundespräsident hat, abgeleitet aus Art. 82 Abs. 1 GG, die Kompetenz zur umfassenden Überprüfung der formellen und materiellen Verfassungsmäßigkeit des T-Gesetzes.

## II. Verfassungsmäßigkeit des T-Gesetzes

### 1. Formelle Verfassungsmäßigkeit des T-Gesetzes<sup>19</sup>

Zuerst ist die formelle Verfassungsmäßigkeit des T-Gesetzes zu überprüfen. Diese ist anzunehmen, wenn der Bund für den Erlass des T-Gesetzes die Gesetzgebungskompetenz hatte und das Gesetz in einem ordnungsgemäßen Gesetzgebungsverfahren zustande gekommen ist.

#### a) Gesetzgebungskompetenz

##### aa) Kompetenztitel

Eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 71, 73 GG liegt nicht vor.

Allerdings könnte dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 72 Abs. 1,

<sup>16</sup> Siehe *Schoch*, ZG 2008, 207 (223), der davon spricht, dass Evidenz keine apriorische Größe sei.

<sup>17</sup> *Schoch*, ZG 2008, 207 (222); dazu mit weiteren Bsp., die diesen Befund untermauern *Butzer*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 104. Lfg., Stand: April 2024, Art. 82 Rn. 230.

<sup>18</sup> So auch *Butzer*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 104. Lfg., Stand: April 2024, Art. 82 Rn. 230; *Pieper*, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2024, Art. 82 Rn. 14; *Haratsch*, in: Sodan, Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2024, Art. 82 Rn. 8; i.E. auch *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 10. Aufl. 2023, § 14 Rn. 10; *Lutze*, NVwZ 2003, 323 (324); auch *Kümper*, ZJS 2012, 91 (95); *Hauk*, JA 2017, 93 (96).

<sup>19</sup> Die hier verhandelten Fragen zur formellen Verfassungsmäßigkeit gehören in das Standardrepertoire staatsorganisationsrechtlich geprägter Prüfungen. Das belegen auch die zahlreichen Verweise auf ähnliche (Probe-) Klausuren in den folgenden Fußnoten; diese Klausuren inspirierten auch den *Verf.* für die Ausgestaltung dieser Prüfung. Damit kann der Sorge vor staatsrechtlich eingekleideten Sachverhalten in der neuen Zwischenprüfung entgegengetreten werden: Der Pool an möglichen Klausurthemen ist (auch durch die Prüfungsordnung, die u.a. das Prozessrecht ausspart) begrenzt; eine umfassende Vorbereitung ist gut möglich. Auf die Übungsklausuren der ZJS sowie den „Klausurenfinder“ der JuS und den „Klausuren-Campus“ der JA wird hingewiesen.

*Stelzer*: Nur ein simpler Aufkleber?

74 GG zustehen. Nach Art. 72 Abs. 1 GG haben die Länder im Falle der konkurrierenden Gesetzgebung die Gesetzgebungskompetenz, solange und soweit der Bund nicht von seiner Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch macht. Fraglich ist also, ob die geregelte Materie – die Verpflichtung der gewerblich handelnden Tierhalter, ihre Produkte entsprechend den Tierhaltungsstufen einzuordnen und diese Einstufung durch ein Label den Verbrauchern gegenüber erkennbar zu machen, – in den Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 74 GG fällt. Als Kompetenztitel kommt aus dem Katalog Art. 74 Nr. 20 GG (Recht der Lebensmittel einschließlich der ihrer Gewinnung dienenden Tiere, Tiererschutz) in Betracht.<sup>20</sup>

Der Begriff „Lebensmittel“ (sowie die mit erfassten Tiere, aus denen Lebensmittel gewonnen werden) in Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG ist weit zu verstehen; umfasst ist das Lebensmittelrecht in seiner Gänze. Der Kompetenztitel stützt demnach nicht nur Regelungen, die auf die Herstellung und den Handel von Lebens- und Genussmitteln ausgerichtet sind. Auch solche Gesetze, die im Bereich des Lebensmittelhandels dem Verbraucherschutz und der Verbraucherinformation dienen sollen, können auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG gestützt werden. Mithin also auch Regelungen zu etwaigen Kennzeichnungspflichten.<sup>21</sup> Danach ergibt sich für den Bund in Hinblick auf das T-Gesetz, das eine Kennzeichnungspflicht von tierischen Produkten regelt und damit Transparenz für die Verbraucher bezweckt, die Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG.

*Hinweis*: Der Regierungsentwurf des mittlerweile in Kraft getretenen Tierhaltungskennzeichnungsgesetzes<sup>22</sup>, das die Vorlage für das fiktive T-Gesetz bot, stellt sowohl auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG als auch auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) als Kompetenztitel ab. Der Bund kann zwar die Gesetzgebungskompetenz aus mehreren Gegenständen des Kompetenzkataloges herleiten.<sup>23</sup> Für diesen Fall jedoch liegt der Schwerpunkt der gesetzlichen Materie eindeutig im Recht der Lebensmittel, sodass eine Abgrenzung zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG und eine Entscheidung zwischen beiden Kompetenztiteln wohl eher nicht geboten war.

#### bb) Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG

Bei Annahme der Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG müssten darüber hinaus die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG erfüllt sein. Demnach hat der Bund im Rahmen der dort aufgezählten Kompetenztitel der konkurrierenden Gesetzgebung nur dann das Gesetzgebungsrecht, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich machen (sog. Erforderlichkeitsklausel).

Das T-Gesetz könnte zur Wahrung der Wirtschaftseinheit erforderlich sein. Diese Variante des Art. 72 Abs. 2 GG greift dann, wenn länderabhängige Unterschiede im Recht wirtschaftlich bedrohliche Auswirkungen – auch für einzelne Wirtschaftszweige<sup>24</sup> wie den des Lebensmittelhandels mit

<sup>20</sup> Siehe dazu den Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum Tierhaltungskennzeichnungsgesetz, BT-Drs. 20/4822, S. 49. Darin stützt sich die Bundesregierung (auch) auf Art. 74 Abs. 2 Nr. 20 GG.

<sup>21</sup> So ausdrücklich *Degenhart*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 74 Rn. 90; so auch *Streinz*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 206. Aktualisierung, Stand: August 2020.

<sup>22</sup> Gesetz zur Kennzeichnung von Lebensmitteln mit der Haltungsform der Tiere, von denen die Lebensmittel gewonnen wurden (Tierhaltungskennzeichnungsgesetz – TierHaltKennzG) (BGBl. I 2023 Nr. 220 v. 23.8.2023).

<sup>23</sup> BVerfGE 160, 1 (24 Rn. 69) = NVwZ 2022, 704 (708).

<sup>24</sup> *Degenhart*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 72 Rn. 17 m.w.N. zur Rechtsprechung des BVerwG.

Stelter: Nur ein simpler Aufkleber?

tierischen Produkten – befürchten ließen und mit der bundeseinheitlichen Regelung die Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraumes in der Bundesrepublik gewahrt werden soll.

Zweck der mit dem T-Gesetz verbundenen Kennzeichnungspflicht ist es gerade, durch eine einheitliche Ausgestaltung die Verbraucher über Produkte einer bestimmten Haltungsform zu informieren und hinsichtlich der jeweiligen Kriterien für das gesamte Bundesgebiet gleichmäßig Standards zu verankern.<sup>25</sup> Um solche homogenen Rahmenbedingungen für den Wirtschaftsstandort Deutschland zu schaffen und zu verhindern, dass es durch unterschiedliche landesrechtliche Regelungen bzgl. dieser Kennzeichnungspflicht zu nicht hinnehmbaren Wettbewerbsverzerrungen kommt (siehe dazu die Angaben im Sachverhalt, wo auf die starke Orientierung der Verbraucher an solchen Kennzeichnungen hingedeutet wird), ist das Gesetz zur Wahrung der Wirtschaftseinheit erforderlich, Art. 72 Abs. 2 Var. 3 GG.<sup>26</sup>

## b) Gesetzgebungsverfahren

Fraglich ist außerdem, ob das Gesetzgebungsverfahren gem. Art. 76 f. GG für das T-Gesetz ordnungsgemäß durchlaufen wurde.

### aa) Gesetzesinitiative einer fraktionslosen Abgeordneten

Das T-Gesetz wurde durch die fraktionslose Abgeordnete A initiiert. Gem. Art. 76 Abs. 1 GG können Gesetzesvorlagen beim Bundestage durch die Bundesregierung, aus der Mitte des Bundestages oder durch den Bundesrat eingebracht werden. Vor dem Hintergrund des Wortlautes der Norm drängt sich die Frage auf, ob ein Gesetzesentwurf nur von einer Mehrzahl der Abgeordneten des Bundestages eingebracht werden darf und somit A allein kein Initiativrecht zustand; das Gesetz also schon deswegen formell verfassungswidrig ist.

In Art. 76 Abs. 1 GG werden aber nicht nur initiativberechtigte Bundesorgane aufgezählt; es ist bereits eine weitergehende Unterscheidung aus dem Normtext heraus möglich. Während die Bundesregierung und der Bundesrat als Kollegialorgane in ihrer Gesamtheit adressiert sind, eröffnet Art. 76 Abs. 1 Var. 2 GG der „Mitte des Bundestages“ das Recht zur Einbringung von Gesetzesvorschlägen. Diese Formulierung legt nahe, dass nicht das Organ in seiner Gesamtheit – durch einen Mehrheitsbeschluss – handeln muss. Offenbar können auch einzelne Teile des Bundestages und dem ersten Anschein nach auch einzelne Abgeordnete initiativberechtigt sein.<sup>27</sup> Was genau nun aber die „Mitte“ des Bundestages ist, konkretisiert das Grundgesetz nicht weiter. Schon aus Gründen der Rechts-

---

<sup>25</sup> So der Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum Tierhaltungskennzeichnungsgesetz, BT-Drs. 20/4822, S. 49

<sup>26</sup> Siehe dazu auch BVerfGE 148, 40 (49 Rn. 23) = NJW 2018, 2109 (2110). Danach hält das BVerfG eine bundeseinheitliche Regelung zur Information von Verbrauchern zu Verstößen von Unternehmen gegen lebensmittel- und futterrechtliche Verstöße ebenfalls zur Wahrung der Wirtschaftseinheit nach Art. 72 Abs. 2 Var. 3 GG erforderlich. Im Gesetzesentwurf zum Tierhaltungskennzeichnungsgesetz, BT-Drs. 20/4822, S. 49, stützt sich die Bundesregierung bzgl. der Erforderlichkeit sowohl auf die Wahrung der Rechts- als auch der Wirtschaftseinheit. Diese fehlende Trennschärfe ist mit den gesteigerten Anforderungen, die an die Erforderlichkeit wegen der Wahrung der Rechtsordnung zu stellen sind, nicht vereinbar. Die weiteren Ausführungen der Bundesregierung im Gesetzesentwurf konzentrieren sich wohl auch deshalb auf die Wahrung der Wirtschaftseinheit und bauen somit (mittelbar) auf Art. 72 Abs. 2 Var. 3 GG auf. Der Umgang mit der Erforderlichkeitsklausel stellt, das zeigten die oftmals ungenauen Ausarbeitungen der Prüflinge, immer wieder eine Herausforderung dar.

<sup>27</sup> Heimann/Kirchhof/Waldhoff, Verfassungsrecht und Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2022, Fall 1 Rn. 22; Kau, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik im europäischen Staatenverbund, Bd. 2, 2. Aufl. 2022, § 43 Rn. 59; mit Blick auf die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Artikels Hartmann/Kamm, Jura 2014, 283 (285).

*Stelter*: Nur ein simpler Aufkleber?

sicherheit ist es die Pflicht<sup>28</sup> und im Rahmen seiner Geschäftsordnungsautonomie auch das Recht (Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG)<sup>29</sup> des Bundestages, eine Konkretisierung dieser Formulierung vorzunehmen:

Nach §§ 76 Abs. 1, 75 Abs. 1 lit. a GOBT können Gesetzesinitiativen von einer Fraktion oder von fünf vom Hundert der Mitglieder des Bundestages eingebracht werden.

*Hinweis*: Die Frage, ob die GOBT wirksam den Wortlaut des Grundgesetzes konkretisieren bzw. einschränken kann, ist umstritten.<sup>30</sup> Der Bearbeitungsvermerk unterstellt allerdings die Verfassungsmäßigkeit der Geschäftsordnung, sodass eine Auseinandersetzung mit dieser Thematik nicht angezeigt war.

Diesen Voraussetzungen entspricht der Vorschlag durch die fraktionslose Abgeordnete A nicht.

Ein Verstoß gegen die GOBT stellt jedoch nicht zwangsläufig einen Verstoß gegen Art. 76 Abs. 1 GG dar. Während ein solcher Verstoß – handelte es sich um zwingendes Recht und beruhte der Gesetzesbeschluss auf dem Verfahrensfehler – die Nichtigkeit des Gesetzes nach sich ziehen würde, führt eine Verletzung der GOBT als bloßes Innenrecht grundsätzlich nicht zur Unwirksamkeit des Gesetzes und bleibt daher auch in diesem konkreten Fall unbeachtlich.<sup>31</sup> Zu berücksichtigen ist außerdem, dass der Bundespräsident gem. Art. 82 Abs. 1 GG nur zur Prüfung berechtigt ist, ob das Gesetz „nach den Vorschriften des Grundgesetzes“ zustande gekommen ist. Dies betrifft also gerade nicht die Vorgaben der GOBT als autonomer Satzung des Bundestages.<sup>32</sup>

Erkennt man in § 76 Abs. 1 GOBT allerdings einfachgesetzlich heruntergebrochenes Verfassungsrecht, also die verdeutlichende Ausgestaltung der „Mitte des Bundestages“, könnte ein Verstoß gegen diese Vorgabe der GOBT – als Transmissionsriemen in das Grundgesetz hinein – einen Verstoß gegen Art. 76 Abs. 1 GG darstellen, der zur Nichtigkeit des T-Gesetzes führen würde. In diesem Fall wäre aber eine Heilung des Verstoßes dadurch anzunehmen, dass sich der Bundestag im Rahmen des Gesetzbeschlusses zum T-Gesetz den Vorschlag der A zu eigen gemacht hat und das Gesetz nun unbezweifelbar aus der „Mitte des Bundestages“ stammt.<sup>33</sup>

Dass die fraktionslose Abgeordnete A die Gesetzesinitiative einbringt, führt daher – unabhängig wie man das Verhältnis von § 76 Abs. 1 GOBT zu Art. 76 Abs. 1 GG versteht – nicht zur formellen Verfassungswidrigkeit des T-Gesetzes.

---

<sup>28</sup> *Heimann/Kirchhof/Waldhoff*, Verfassungsrecht und Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2022, Fall 1 Rn. 22.

<sup>29</sup> *Mann*, in: *Sachs*, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 76 Rn. 9.

<sup>30</sup> Siehe als eine in diesem Streitstand die Verfassungsmäßigkeit von § 76 Abs. 1 GOBT ablehnende Meinung *Kersten*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Kommentar, 104. Lfg., Stand: April 2024, Art. 76 Rn. 48; anschaulich stellt *Kau*, in: *Stern/Sodan/Möstl*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik im europäischen Staatenverbund, Bd. 2, 2. Aufl. 2022, § 43 Rn. 59, hingegen dar, dass die kostbaren und knappen legislativen Ressourcen des Bundestages die Einschränkung des Initiativrechts von parlamentarischen „Einzelkämpfern“ rechtfertigen.

<sup>31</sup> *Degenhart*, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 40. Aufl. 2024, § 3 Rn. 221; *Kümper*, ZJS 2012, 91 (93).

<sup>32</sup> Diesen Lösungsweg beschreitet *Kümper*, ZJS 2012, 91 (93) in einem vergleichbaren Fall und tritt der Überlegung, dass § 76 Abs. 1 GOBT das Grundgesetz konkretisiert damit entgegen, dass dies immer nur dann anzunehmen sei, wenn die Geschäftsordnung der Sicherung einer einzelnen verfassungsrechtlichen Position (bspw. eines Abgeordneten) diene; vgl. auch *Degenhart*, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 40. Aufl. 2024, § 3 Rn. 209.

<sup>33</sup> *Frenzel*, JuS 2010, 119 (120); so auch *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2022, 312. Die Aneignung eines Vorschlages von einem einzelnen Abgeordneten durch den Bundestag entspricht keineswegs der parlamentarischen Praxis und dient eher als Gedankenspiel, um staatsrechtliche Klausuren „zu basteln“.



Stelter: Nur ein simpler Aufkleber?

## bb) Beschleunigtes Verfahren<sup>34</sup>

Fraglich ist außerdem, ob das zeitlich eng getaktete Gesetzgebungsverfahren zur formellen Verfassungswidrigkeit des T-Gesetzes führt. Das Grundgesetz selbst enthält keine konkreten Vorgaben zur Dauer der Gesetzesberatung und des Gesetzgebungsverfahrens, schon weil eine solche abstrakte Bestimmung wegen der Unterschiedlichkeit der Gesetzesentwürfe nicht möglich ist.<sup>35</sup> Vorgaben zum Ablauf enthalten lediglich die §§ 75 ff. GOBT. Diese Bestimmungen der GOBT wurden allerdings gewahrt: Die hier ausgebliebene Überweisung des Entwurfes in die Fachausschüsse nach Abschluss der ersten und vor Eintritt in die zweite Lesung ist grds. nach § 80 Abs. 1 S. 1 GOBT vorgesehen. § 80 Abs. 2 S. 1 GOBT ermöglicht dem Bundestag jedoch, auf diese Überweisung zu verzichten, wenn auf Antrag einer Fraktion oder von fünf vom Hundert der anwesenden Mitglieder ein entsprechender Beschluss von einer 2/3-Mehrheit (sog. qualifizierte Mehrheit) gefasst wird. So liegt der Fall hier. 501 der 610 anwesenden Mitglieder des Bundestages stimmten auf Antrag einer Fraktion für den Verzicht der Überweisung des Entwurfes in die Fachausschüsse und einen sofortigen Eintritt in die zweite Lesung gem. § 80 Abs. 2 S. 1 GOBT.<sup>36</sup> An diese kann sich, da keine Änderungen vorgenommen worden sind, die dritte Lesung umgehend anschließen (§ 84 S. 1 lit. a GOBT) auf die wiederum umgehend die Schlussabstimmung erfolgt, § 86 S. 1 und 2 GOBT.

Die Gestaltung des Verfahrensablaufes scheint sich im Rahmen der grundgesetzlich abgesicherten Autonomie der Parlamentsmehrheit zu bewegen, vgl. Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG.<sup>37</sup> Diese Autonomie erfährt jedoch in anderen Vorgaben des Grundgesetzes ihre Grenzen.<sup>38</sup> Denkbar ist im konkreten Fall, dass die enge zeitliche Taktung des Verfahrens die Rechte der Bundestagsabgeordneten zur gleichwertigen parlamentarischen Mitwirkung und der (angemessenen) Verhandlung des Beschlussgegenstandes verletzt hat, siehe Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG sowie Art. 42 Abs. 1 GG (zu „verhandeln“).<sup>39</sup> Der Bundespräsident adressiert diese Vermutung, wenn er davon spricht, dass das T-Gesetz „durchgeboxt“ worden sei. Es drängt sich die Vermutung auf, dass sich das T-Gesetz auch ohne Verstoß gegen die Vorgaben der GOBT zum Gesetzgebungsverfahren als formell verfassungswidrig erweist.

Im Bundestag als „Herzkammer der Demokratie“ muss den Abgeordneten genügend Raum und Zeit verbleiben, das Für und Wider eines Gesetzesvorschlages abzuwägen, Alternativen zu diskutieren und um Mehrheiten zu ringen.<sup>40</sup> Wirklich frei entscheiden und beschließen kann nur, wer sich zuvor

---

<sup>34</sup> In Fn. 20 hält der *Verf.* fest, dass die behandelten Problempunkte zur formellen Verfassungsmäßigkeit des T-Gesetzes in den Kanon der Standardprobleme staatsrechtlicher Klausuren gehören. Das sollte jedoch nicht zu dem Trugschluss verleiten, dass diese Probleme somit „ausgelaugt“ und weniger klausurrelevant seien. Die den hier vorgebrachten Ausführungen zugrundeliegenden Entscheidungen des BVerfG aus dem Jahr 2023 zeigen, dass Fragen zum zeitlichen Umfang eines Gesetzgebungsverfahrens und der Bedeutsamkeit der Abgeordnetenrechte aktueller sind denn je (Stichwort: das Gesetzgebungsverfahren zum umstrittenen sog. Heizungsgesetz). Dass sich auch künftig Klausurersteller von dieser Rspr. inspirieren lassen, liegt auf der Hand.

<sup>35</sup> BVerfG NVwZ 2023, 1241 (1243 Rn. 80); BVerfG NJW 2023, 672 (673 Rn. 91).

<sup>36</sup> Siehe dazu und zur fehlenden Praxisrelevanz dieser Abweichungsmöglichkeit wegen der hohen 2/3-Hürde *Kluth*, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2024, GOBT § 80 Rn. 8 sowie *Kau*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik im europäischen Staatenverbund, Bd. 2, 2. Aufl. 2022, § 43 Rn. 78.

<sup>37</sup> BVerfG NJW 2023, 672 (673 Rn. 91).

<sup>38</sup> Im einstweiligen Rechtsschutz äußert sich das BVerfG noch vorsichtig zum Verhältnis der Abgeordnetenrechte aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG und der Autonomie des Bundestages, das Gesetzgebungsverfahren eigenständig auszugestalten, siehe BVerfG NVwZ 2023, 1241 (1244 Rn. 88).

<sup>39</sup> BVerfG NVwZ 2023, 1241 (1244 Rn. 88 ff.). Siehe als Klausurbeispiel für den Fall, dass nur eine statt der vorgesehenen drei Lesungen stattgefunden hat *Heimann/Kirchhof/Waldhoff*, Verfassungsrecht und Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2022, Fall 1.

<sup>40</sup> BVerfGE 150, 204 (231 Rn. 81) = NVwZ 2019, 875; so auch *Kluckert*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik im europäischen Staatenverbund, Bd. 2, 2. Aufl. 2022, § 35 Rn. 66; *Krings/Rudolph*, ZRP 2023, 155 (156), sprechen von „Entschleunigung“ als dem zentralen Versprechen des Gesetzgebungsverfahrens.



Stelter: Nur ein simpler Aufkleber?

umfassend informiert und ausgetauscht hat.<sup>41</sup> Entscheidend ist daher die Feststellung, ob die Abgeordneten vor dem Hintergrund des sehr schnellen Fortschreitens des Verfahrens hinreichend Möglichkeiten hatten, sich mit dem Gesetzesvorhaben auseinanderzusetzen und darauf Einfluss zu nehmen. Diese Bedingungen scheinen hier gegolten zu haben: Die parlamentarische Auseinandersetzung war ausweislich des Sachverhaltes ausführlich und diskussionsreich. Es fand ein fraktionsübergreifender Austausch statt, in dem sich der Konsens über das gesetzgeberische Vorhaben weiter verdichtete.<sup>42</sup> Der Gesetzesvorschlag ist außerdem klar formuliert; die Regelungsmaterie ist eindeutig umrissen und nicht so komplex, als eine noch tiefergehende Auseinandersetzung damit unbedingt angezeigt wäre. Das Recht der effektiven Beratung und Verhandlung über Gesetzesvorschläge wurde folglich gewahrt.<sup>43</sup>

### cc) Beschlussfassung durch den Bundestag

306 der 610 anwesenden Mitglieder des Bundestages, folglich eine einfache Mehrheit gem. Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG, stimmten im Rahmen der Schlussabstimmung nach § 86 S. 1 und 2 GOBT für den Gesetzesvorschlag. Dieser wurde damit angenommen. Das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit für den Beschluss über das T-Gesetz bestand nicht.

### c) Zwischenergebnis

Das T-Gesetz ist formell verfassungsgemäß. Folglich darf der Bundespräsident die Ausfertigung nicht auf der Grundlage seines formellen Prüfungsrechts verweigern.

## 2. Materielle Verfassungsmäßigkeit des T-Gesetzes

Fraglich ist außerdem, ob das T-Gesetz auch materiell verfassungsgemäß ist. Dort, wo den gewerblichen Halter von Nutztieren eine Kennzeichnung ihrer Produkte verpflichtend vorgeschrieben wird, liegt ein Eingriff in Grundrechte nahe. Im vorliegenden Fall verdichten sich die Angaben dazu, dass die Berufsfreiheit der Tierhalter verletzt sein könnte. Dafür müsste ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG vorliegen, der nicht gerechtfertigt werden kann.

### a) Schutzbereich

Zunächst muss der Schutzbereich der Berufsfreiheit eröffnet sein.

---

<sup>41</sup> BVerfG NVwZ 2023, 1241 (1244 Rn. 88).

<sup>42</sup> Der Klausurersteller kann hier eine weitere „Schublade öffnen“, um die Prüflinge mit vertieften Fragen zu Abgeordnetenrechten herauszufordern. Typischerweise würde er dafür im Sachverhalt ein anderes MdB zu Wort kommen lassen, das ausführlich darstellt, dass sie oder er sich in den eigenen Rechten als Abgeordnete oder Abgeordneter verletzt fühlt. Prüflinge sollten bei vergleichbaren Konstellationen stets an Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG und seinen Gewährleistungsumfang denken. Siehe als weiteres Fallbeispiel in diese Richtung *Pape*, JA 2024, 649.

<sup>43</sup> Angesichts der restriktiveren Rspr. des BVerfG (auch, wenn sich das BVerfG nicht endgültig festlegte, siehe zu den Zweifeln BVerfG NJW 2023, 672 [673 Rn. 103]) ist hier auch eine a.A. denkbar. Dafür spricht auch die tatsächlich *sehr* schnelle Durchführung des Gesetzgebungsverfahrens. Dass damit die vom BVerfG aufgezeigte Grenze der missbräuchlich sachgrundlosen Beschleunigung des Verfahrens überschritten ist, erscheint nicht fernliegend. Allerdings sind die Angaben im Sachverhalt so gehalten, dass die Prüflinge dem Grunde nach nur erkennen sollten, dass eine formelle Verfassungswidrigkeit auch dann möglich ist, wenn das Verfahren den Vorgaben der GOBT entspricht. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 42 Abs. 1 GG als mögliche Grenze aufzuzeigen und sich mit den wenigen, aber deutlichen Angaben im Sachverhalt gegen einen Verstoß zu entscheiden, war die klausurtaktisch gebotene Vorgehensweise.

Stelter: Nur ein simpler Aufkleber?

### aa) Persönlicher Schutzbereich

Art. 12 Abs. 1 GG ist als sog. Deutschengrundrecht ausgestaltet. Die vom T-Gesetz betroffenen Tierhalter sind ausweislich des Sachverhaltes Deutsche im Sinne des Grundgesetzes (Art. 116 Abs. 1 GG), für die der persönliche Schutzbereich der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG eröffnet ist.<sup>44</sup>

### bb) Sachlicher Schutzbereich

Das Grundrecht hat einen einheitlichen (sachlichen) Schutzbereich, der durch die Begriffe Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte bestimmt wird.<sup>45</sup> Unter einem Beruf i.S.d. Art. 12 Abs. 1 GG ist jede auf Dauer angelegte, der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dienende Tätigkeit zu verstehen.<sup>46</sup>

Die Tierhalter ziehen in gewerblichem Umfang Nutztiere auf, um diese dann zu schlachten bzw. schlachten zu lassen und die dabei anfallenden tierischen Produkte (vorrangig Fleisch) auf dem Lebensmittelmarkt zu vertreiben bzw. vertreiben zu lassen. Es handelt sich dabei zweifelsfrei um einen Beruf i.S.d. Art. 12 Abs. 1 GG. Der sachliche Schutzbereich der Berufsfreiheit ist eröffnet.

### b) Eingriff

In diesen Schutzbereich müsste außerdem eingegriffen worden sein. Dabei steht der sog. klassische Eingriffsbegriff im Vordergrund. Nach diesem liegt ein Eingriff vor, wenn final, unmittelbar und mittels Rechtsakt imperativ gegen den Grundrechtsträger vorgegangen wird.<sup>47</sup>

*Hinweis:* In die Richtung des klassischen Eingriffsbegriffes soll auch die in Anführungszeichen gesetzte Aussage des Bundespräsidenten im Sachverhalt deuten.

Vorliegend werden den Tierhaltern Vorgaben zur Kennzeichnung ihrer Produkte gemacht. Diese Einflussnahme – vermittelt durch ein Gesetz, also einen Rechtsakt – trifft gezielt die vom Schutzbereich mit umfasste berufliche Außendarstellung und insgesamt den Warenvertrieb der Tierhalter.<sup>48</sup> Diese Beeinträchtigung ist vom Gesetzgeber gerade bezweckt, folglich auch final. Die Gesetzesfolgen treffen die Tierhalter auch ohne weitere Zwischenschritte, die Beeinträchtigung ist demnach unmittelbar (es handelt sich beim T-Gesetz um eine *self executing norm*). Dabei schreibt das Gesetz die Kennzeichnung entsprechend den Haltungsstufen als verpflichtend vor, demnach hat das staatliche Han-

<sup>44</sup> Immer wieder wurden von den Prüflingen der Versuch unternommen, darzustellen, dass unter der Geltung des Art. 19 Abs. 3 GG auch juristische Personen des Privatrechts in den Genuss der Berufsfreiheit kommen können. Danach war in dieser Klausur nicht gefragt. Freilich scheint es in der Realität unwahrscheinlich, dass nur natürliche Personen von einem Gesetz wie dem T-Gesetz betroffen sind bzw. sich nur natürliche Personen dagegen zur Wehr setzen; die meisten (natürlichen) Personen werden sich zur Tierhaltung in juristischen Personen des Privatrechts organisieren. Doch war danach in diesem Fall eben nicht gefragt. An der Natürlichkeit einer Person ändert sich überdies auch dann nichts, wenn sie gewerblich handelt.

<sup>45</sup> BVerfGE 7, 377 (400 f.) – Apothekenurteil; siehe außerdem *Mann/Worthmann*, JuS 2013, 385 (387).

<sup>46</sup> Zu der Definition m.w.N. über die Rspr. des BVerfG *Ruffert*, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2024, Art. 12 Rn. 40; teilweise wird vertreten, dass der Beruf i.S.d. Art. 12 Abs. 1 GG außerdem nicht schlechthin gemeinschaftsschädlich und nicht verboten sein darf. Siehe zum Umfang und Güte dieser Schutzbereichseinschränkung *Sodan*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik im europäischen Staatenverbund, Bd. 4, 2. Aufl. 2022, § 125 Rn. 31 f.

<sup>47</sup> *Epping*, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 392; *Manssen*, Staatsrecht II, 20. Aufl. 2024, § 7 Rn. 164; im Kontext von Art. 12 GG siehe *Mann*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 12 Rn. 93.

<sup>48</sup> Vgl. für den Fall der Etikettierung von Tabakprodukten mit Warnungen BVerfGE 95, 173 (181) = NJW 1997, 2871 – Warnung vor Gesundheitsgefahren des Rauchens.

*Stelter*: Nur ein simpler Aufkleber?

deln imperativen Charakter. Bereits nach dem klassischen Eingriffsbegriff liegt folglich ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in den Schutzbereich vor.

Das T-Gesetz stellt außerdem eine Regelung mit subjektiver berufsregelnder Tendenz (vgl. das Kriterium der Finalität) dar.<sup>49</sup>

*Hinweis*: Die Angaben im Sachverhalt sind mit Absicht unklar gehalten. Die Fraktionen des Bundestages zweifeln im Gegensatz zum Bundespräsidenten das Vorliegen eines Eingriffes an. Die Prüfungsleistung besteht darin, sich souverän über diese Zweifel zu erheben und mittels konsequenter Subsumtion zum Ergebnis zu gelangen, dass sehr wohl ein Eingriff anzunehmen ist.

Nur ein geringer Teil der Prüflinge arbeitete mit dem klassischen Eingriffsbegriff. Die meisten Studierenden zogen den modernen Eingriffsbegriff heran, wonach als Eingriff jedes staatliche Handeln zu verstehen ist, das ein vom Schutzbereich umfasstes Verhalten ganz oder teilweise unmöglich macht oder wesentlich erschwert.<sup>50</sup> Das ist freilich zulässig und entspricht der verfassungsgerichtlichen Praxis eher. Der Sachverhalt indes zeigt deutlich auf, dass zum klassischen Eingriffsbegriff zumindest Etwas vorgetragen werden musste. Wer sich ausschließlich oder zusätzlich auf den modernen Eingriffsbegriff stützte, hatte sodann noch (ausführlicher) das von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelte Kriterium der berufsregelnden Tendenz als (kritikwürdige<sup>51</sup>) Eingrenzung des als zu weit gesehenen modernen Eingriffsbegriffes heranzuziehen. Die objektive berufsregelnde Tendenz ist einer gesetzlichen Regelung inhärent, wenn sie infolge ihrer Gestaltung in einem engen Zusammenhang mit der Ausübung eines Berufs steht, auch wenn sie sich nicht unmittelbar auf die berufliche Betätigung bezieht.<sup>52</sup> Aber, wie schon weiter oben ausgeführt: Bereits nach dem klassischen Eingriffsbegriff liegt ein Eingriff in den Schutzbereich vor. Mit dem Kriterium der Finalität und dem Eingriff nach dem klassischen Verständnis lässt sich stets auch das Vorliegen einer weitergehenden subjektiven berufsregelnden Tendenz bejahen. Auf die Feststellung, ob auch das Kriterium der objektiven berufsregelnden Tendenz vorliegt, kommt es dann nicht mehr an. Eine knappe Darstellung beider Begriffe und die Differenzierung wären ausreichend.

*Hinweis*: Bereits im Rahmen des Eingriffes kann eine Zuordnung zu einer der Stufen nach der sog. Drei-Stufen-Theorie vorgenommen werden.

### c) Rechtfertigung

Dieser Eingriff könnte jedoch gerechtfertigt sein. Dies ist der Fall, wenn das Grundrecht einschränkbar ist und der Eingriff die Grenzen dieser Einschränkung wahr.

#### aa) Einschränkung des Grundrechts (Schranken)

Auch wenn Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG dem Wortlaut nach nur einen *Regelungsvorbehalt* allein für die Berufs-

<sup>49</sup> Zu diesem Begriff in der Einbettung des klassischen Eingriffsbegriffes mit Bsp. siehe *Manssen*, Staatsrecht II, 20. Aufl. 2024, § 26 Rn. 653; siehe außerdem *Mann*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 12 Rn. 93, dieser spricht von „gezielten Regelungen“.

<sup>50</sup> *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2009, 313 f.; vorsichtig dazu und einen Bagatellvorbehalt annehmend *Manssen*, Staatsrecht II, 20. Aufl. 2024, Rn. 165 ff.; *Epping*, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 393, spricht in diesem Zusammenhang vom „erweiterten Eingriffsbegriff“.

<sup>51</sup> Zu dieser Kritik siehe *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 104. Lfg., Stand: April 2024, Art. 12 Rn. 129; *Manssen*, Staatsrecht II, 20. Aufl. 2024, Rn. 654 ff.

<sup>52</sup> *Sodan*, in: Sodan, Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2024, Art. 12 Rn. 20; mit zahlreichen Nachweisen zur Rspr. des BVerfG *Ruffert*, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2024, Art. 12 Rn. 55.

Stelter: Nur ein simpler Aufkleber?

ausübung enthält, wird dieser wie ein (einfacher) Gesetzesvorbehalt verstanden.<sup>53</sup> Dieser erstreckt sich – unter Zugrundelegung des Verständnisses von einem einheitlichen Grundrecht der Berufsfreiheit – auf das gesamte Grundrecht.<sup>54</sup> Das T-Gesetz als Gesetz im materiellen Sinne füllt diesen einfachen Gesetzesvorbehalt aus.

#### bb) Grenzen der Einschränkung (Schranken-Schranken)

Nachdem die formelle Verfassungsmäßigkeit des T-Gesetzes bereits an früherer Stelle festgestellt wurde, beschränkt sich die Überprüfung des T-Gesetzes auf dessen materielle Verfassungsmäßigkeit. Vor allem scheint unklar zu sein, ob das T-Gesetz den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt.<sup>55</sup> Im sog. Apothekenurteil typisierte das BVerfG die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei einem Eingriff in die Berufsfreiheit, woraus sich die sog. Drei-Stufen-Lehre ableitete.<sup>56</sup> Diese Lehre besagt, dass zwischen Berufsausübungsregelungen (das „Wie“ der Berufsausübung) auf der ersten und subjektiven sowie objektiven Berufszulassungsregelungen (das „Ob“ der Berufszulassung) auf der zweiten und dritten Stufe zu unterscheiden ist.<sup>57</sup>

Der Bundespräsident trägt vor, dass das T-Gesetz in seinen Folgen für den Wettbewerb so bedeutsam sei, dass damit nicht nur die Ausübung eines Berufes geregelt werden soll, sondern faktisch der Beruf von konventionell wirtschaftenden Tierhalter verunmöglicht wird. Dafür spricht, – was auch aus den Ausführungen der Mitglieder des Bundestages hervorgeht – dass die Tierhalter mittelfristig zum Umstieg auf die nachhaltigeren und tierwohlkonformeren Stufen der Haltung motiviert werden sollen. Aus dieser Perspektive betrachtet, regelt das T-Gesetz nicht nur die Berufsausübung, sondern (zumindest mittelbar), ob überhaupt die Ausübung des Berufes als konventioneller Tierhalter möglich ist bzw. weiter möglich sein soll. Diesem Verständnis nach stellt das T-Gesetz eine Berufswahlregelung dar.

Dem ist mit den überzeugenderen Argumenten der Fraktionen des Bundestages entgegenzutreten. Ganz im Vordergrund des T-Gesetzes steht die Regelung der beruflichen Modalitäten der Tierhaltung. Die Tierhalter werden lediglich zur Einstufung ihrer Betriebe innerhalb der vom T-Gesetz

---

<sup>53</sup> Zu dieser terminologischen Besonderheit des Art. 12 Abs. 1 im Gefüge der Grundrechte und der nicht unumstrittenen Entwicklung des BVerfG hin zu einem einfachen Gesetzesvorbehalt siehe *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 104. Lfg., Stand: April 2024, Art. 12 Rn. 149 f.; nur die wenigsten Prüflinge sind über diese Besonderheit des Wortlautes von Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG „gestolpert“. Ganz überwiegend wurde pauschal ein einfacher Gesetzesvorbehalt angenommen. Das ist i.E. zutreffend, bedarf aber einer zumindest knappen Erläuterung.

<sup>54</sup> Ausführlich dazu unter Einbezug der Rspr. des BVerfG *Epping*, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 402.

<sup>55</sup> Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit insgesamt und den unterschiedlichen Möglichkeiten zur Herleitung aus dem Grundgesetz siehe *Sodan*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik im europäischen Staatenverbund, Bd. 3, 2. Aufl. 2022, § 87 Rn. ?; eine knappere – und für die Vorbereitung auf die Zwischenprüfung ausreichende – Fassung findet sich in *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 10. Aufl. 2023, § 24 Rn. 32 ff.

<sup>56</sup> Für eine übersichtliche Darstellung dieses Modells siehe das online frei verfügbare Smartbook Grundrechte von *Towfigh/Gleixner*, 2022, § 14 Rn. 16 ff.

<sup>57</sup> BVerfGE 7, 377 = NJW 1958, 1035 (Apothekenurteil). Immer wieder wird den Studierenden in Vorlesungen und Übungen vermittelt, dass diese Stufenlehre des BVerfG überholt ist. Diese Feststellung ist korrekt, wie ein Blick in die Rspr. des BVerfG zeigt. Siehe dazu die Nachweise bei *Wollenschläger*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 12 Rn. 127 f. Für die Klausurpraxis jedoch stellt sich dieser Hinweis als unbrauchbar heraus. Es zeigt sich, dass in universitären wie auch staatlichen Prüfungen an dem Modell festgehalten wird, siehe als Bsp. aus der Klausurpraxis die an der LMU gestellte Schwerpunktbereichsprüfung von *Schmidt am Busch/Naumann*, GewA 2019, 103 (104) oder die an der Universität Bayreuth gestellte Zwischenprüfung im Öffentliches Recht von *Goldhammer/Hofmann*, JuS 2013, 704 (705, 707); zu dieser Thematik und mit einem Appell für die Abkehr von der strikten Drei-Stufen-Lehre auch in Klausuren *Britz*, JuS 2024, 905 (912).

*Stelter*: Nur ein simpler Aufkleber?

aufgestellten Kategorien und einer entsprechenden Kennzeichnung verpflichtet. Die konkrete Tätigkeit wird nicht berührt. Kein Tierhalter wird gezwungen, seinen oder ihren Beruf aufzugeben. Der vom Gesetzgeber bezweckte Umstieg auf höhere Haltungsstufen ist ein Fernziel, das bei der Betrachtung der direkten Folgen des Gesetzes und der Einordnung in das Modell der Drei-Stufen-Lehre unbeachtet bleiben muss. Damit handelt es sich um einen Eingriff auf der ersten Stufe und somit um eine Berufsausübungsregelung.<sup>58</sup> Die Rechtfertigung des Eingriffes auf dieser ersten Stufe der Drei-Stufen-Lehre unterliegt keinen speziellen Anforderungen. Vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls können für die Rechtfertigung des Eingriffes ausreichen.<sup>59</sup>

*Hinweis*: Hier oder an späterer Stelle im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit ist eine andere Auffassung (noch) vertretbar. Denkbar wäre es, den hohen wirtschaftlichen Druck auf die konventionell wirtschaftenden Tierhalter in den Vordergrund zu rücken und der Berufsausübungsregelung eine so bedeutsame faktische Auswirkung zuzuschreiben, dass von einem sog. Stufensprung<sup>60</sup> auszugehen ist, wonach die Berufsausübungsregelung dem gesteigerten Rechtfertigungsdruck einer Berufswahlregelung standhalten muss. Das erhöht den argumentativen Aufwand nicht unwesentlich. Klausurtaktisch ist daher eine Berufswahlregelung anzunehmen.

### (1) Legitimer Zweck

Für den gesetzgeberischen Eingriff muss eine legitime Zwecksetzung des Gesetzgebers vorliegen. Für eine Berufsausübungsregelung wie die im T-Gesetz kommt dem Gesetzgeber ein weiter und gerichtlich grundsätzlich nicht einschränkbarer Gestaltungsspielraum zu.<sup>61</sup>

Das T-Gesetz dient in erster Linie der Transparenz gegenüber den Verbrauchern, damit diese sich für oder gegen bestimmte tierische Produkte entscheiden können. So soll das Bewusstsein bei den Verbrauchern für einen nachhaltigeren und mehr am Tierwohl orientierten Konsum gesteigert werden. Dieses Ziel findet im Grundgesetz einen Anknüpfungspunkt. Nach Art. 20a GG obliegt dem Staat die Verpflichtung zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen und der Tiere. Das T-Gesetz verfolgt mit der Kennzeichnungspflicht als Vehikel zur Erreichung dieser Ziele folglich Werte von Verfassungsrang.

Dies genügt den vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls; das T-Gesetz verfolgt insgesamt einen legitimen Zweck im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

### (2) Geeignetheit

Wissenschaftliche Erhebungen (siehe dazu die Marktforschungsergebnisse im Sachverhalt) zeigen, dass die Verbraucher bei entsprechender Kennzeichnung der Produkte verstärkt solche erwerben, die einer höherwertigen Haltungsstufe im Sinne des T-Gesetzes entsprechen. Von der gesetzlichen Regelung wird auf Basis dieser wissenschaftlichen Erkenntnisse erwartet, dass sie dieses Verhalten fördert. Auch unter Berücksichtigung der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers kann folglich davon ausgegangen werden, dass die dem T-Gesetz zu entnehmende Kennzeichnungspflicht der

<sup>58</sup> Vgl. bzgl. der Kennzeichnung von Tabakprodukten BVerfGE 95, 173 (183) = NJW 1997, 2871 (2872) – Warnung vor Gesundheitsgefahren des Rauchens.

<sup>59</sup> M.w.V. auf die Rspr. des BVerfG *Mann*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 12 Rn. 126 f.

<sup>60</sup> Diesen sehr anschaulichen Begriff verwenden *Heimann/Kirchhof/Waldhoff*, Verfassungsrecht und Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2022, Fall 15 Rn. 59.

<sup>61</sup> *Sodan*, in: Sodan, Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2024, Art. 1 Vorb. Rn. 62; *Mann*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 12 Rn. 127 mit zahlreichen Nachweisen.

*Stelter*: Nur ein simpler Aufkleber?

Erreichung des legitimen Zwecks nicht objektiv entgegensteht bzw. dafür völlig ungeeignet ist.<sup>62</sup> Von der Geeignetheit des T-Gesetzes ist auszugehen.

### (3) Erforderlichkeit

Die gesetzliche Regelung müsste außerdem erforderlich sein. Dies ist der Fall, wenn kein die Grundrechte der Tierhalter schonenderes Mittel, das den Zweck mit gleicher Effizienz verfolgt, zur Verfügung steht.<sup>63</sup>

Denkbare Wege, die den Verbrauchern zu einer informierten Kaufentscheidung verhelfen und gleich effizient sind, sind nicht ersichtlich und werden im Sachverhalt auch nicht dargetan. Mögliche Aufklärungskampagnen des Bundes für mehr Nachhaltigkeit entfalten nicht die gleiche Wirkung, wenn die Verbraucher am konkreten Endprodukt nicht nachvollziehen können, welcher Haltungsfarm dieses zuzuordnen ist. Vorstellbar ist es außerdem, die Tierhalter zur freiwilligen Kennzeichnung anzuhalten. Diese Maßnahme wäre jedoch ebenfalls nicht gleich effektiv, da nicht sichergestellt werden kann, dass alle Produkte gekennzeichnet sind und es so zu einer Informationsasymmetrie zwischen den Kunden käme. Die gesetzliche Regelung ist daher zur Zweckerreichung erforderlich.

*Hinweis*: Oftmals besteht die Prüfung der Verhältnismäßigkeit bis zum Punkt der Angemessenheit aus dem „Abspulen“ der Floskeln, worin ein legitimer Zweck besteht und wann staatliches Handeln geeignet und erforderlich ist. Im Punkt der Erforderlichkeit kann sich der Prüfling abheben, wenn er oder sie eine denkbare Alternative zur staatlichen Maßnahme vorträgt. Es geht dabei nicht darum, völlig neue Überlegungen anzustellen und in der Verhältnismäßigkeitsprüfung Ersatzgesetzgebung zu betreiben. Mit wenigen Sätzen und sich auf den Sachverhalt beziehenden Gedanken kann jedoch gutachterlicher Weitblick bewiesen werden.

### (4) Angemessenheit

Fraglich ist letztlich, ob die gesetzliche Regelung auch angemessen ist.

Vorliegend steht der Eingriff in die Berufsfreiheit der (konventionellen) Tierhalter der Transparenz und der Lenkung der Verbraucher hin zu einer nachhaltigeren Kaufentscheidung gegenüber. Letzteres findet in Art. 20a GG wiederum seinen verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt; dort wird der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen als Staatszielbestimmung festgelegt (siehe dazu auch schon die Ausführungen zum legitimen Zweck des Gesetzes). Die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG ist auf Seiten der Tierhalter ins Felde zu führen.

Der Gesetzgeber will mit dem T-Gesetz ein (bereits erkenn- und messbares) Konsumverhalten unterstützen, das auf einer nachhaltigeren Tierhaltung aufbaut. Nachweislich belastet die Tierhaltung in den Haltungsstufen „Frischlufstall“ und „Bio“ die Umwelt weniger. Die gesteigerten Platzanforderungen in diesen Haltungsstufen führen dazu, dass weniger Tiere gehalten werden können. Dies verringert den Eintrag von übermäßig viel Gülle in das Erdreich und das Trinkwasser, wo diese – sollte die Belastung besonders hoch sein – zu einer gesundheitsgefährdenden Nitratkonzentration führen kann. Mehr Auslauf und Beschäftigungsmaterialien in Betrieben dieser Art werten außerdem die ebenfalls schützenswerten und förderungsbedürftigen Lebensbedingungen der Tiere auf.

---

<sup>62</sup> Siehe zu dieser Einschränkung des gesetzgeberischen Beurteilungsspielraums *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 10. Aufl. 2023, § 24 Rn. 39.

<sup>63</sup> Siehe nur *Sodan*, in: *Sodan*, Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2024, Art. 1 Vorb. Rn. 65.



Stelter: Nur ein simpler Aufkleber?

Mit dieser Einflussnahme und der damit mittelbar einhergehenden Benachteiligung von konventionell wirtschaftenden Tierhaltern handelt der Gesetzgeber nicht, um einen bloß frei gewählten Zweck zu verfolgen (was grundsätzlich weder der Bejahung des legitimen Zwecks noch der Angemessenheit gesetzgeberischen Handelns entgegenstehen muss), sondern verfolgt die soeben aufgezeigten Leitlinien der Staatszielbestimmung nach Art. 20a GG. Der Gesetzgeber bemüht sich also, einem Verfassungsauftrag von gewisser Dringlichkeit nachzukommen.<sup>64</sup> Unverhältnismäßig würde die Kennzeichnungspflicht nur dann, wenn damit eine völlig willkürliche Lenkung des Marktes – losgelöst von nachvollziehbaren politischen oder verfassungsrechtlichen Zielen – vorgenommen werden soll.

Die Verpflichtung zur Mitteilung durch die Betriebe und Kennzeichnung ihrer Waren überschreitet außerdem mit Blick auf das Grundrecht der Berufsfreiheit nicht die Grenze des Zumutbaren. Auch weiterhin können sämtliche Tierhalter ihre Waren auf dem Markt anbieten. Der Zusatz in Form der Kennzeichnung dient lediglich der Information, lässt aber den Kern des Güterauslaufes in Form von Angebot und Nachfrage unberührt und konturiert somit lediglich einen schon zuvor bestehenden Wettbewerb.<sup>65</sup> Außerdem besteht für die konventionell agierenden Tierhalter die Möglichkeit der Expansion in andere (ausländische) Märkte, auf denen keine Kennzeichnungspflicht dieser Art besteht. Es ist also, losgelöst von der Möglichkeit, den eigenen Betrieb trotz der damit verbundenen Kosten auf eine nachhaltige Tierhaltung umzustellen, realistisch, dem erhöhten betriebswirtschaftlichen Druck auszuweichen und sich den veränderten Bedingungen anzupassen. Das Argument des wirtschaftlichen Druckes wird zusätzlich mit dem Verweis auf die zahlreichen Förderprogramme des Bundes entscheidend entkräftet. Durch diese ist es den Tierhaltern mittels staatlicher finanzieller Unterstützung leichter möglich, ihre Betriebe umzustrukturieren und auf das veränderte Konsumverhalten zu reagieren.<sup>66</sup> Generell bietet Art. 12 Abs. 1 GG keinen absoluten Bestandsschutz für bestimmte Berufsformen und berufliche Ausprägungen; die Tierhalter haben grundsätzlich damit zu rechnen, dass der Gesetzgeber Maßnahmen zur Erfüllung von Staatszielbestimmungen wie Art. 20a GG ergreift, die auch sie und ihr Geschäftsfeld betreffen.<sup>67</sup>

Die Bedeutung des Grundrechts der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG wird also auch mit dem einschränkenden T-Gesetz noch genügend berücksichtigt; das Gesetz gewährt einen hinreichenden Interessensausgleich.

Die mit dem T-Gesetz einhergehende Berufsausübungsregelung ist demnach insgesamt angemessen.

*Hinweis:* Eine andere Ansicht ist vertretbar. Es kommt lediglich auf die vorgetragenen Argumente und deren Darstellung an.

#### d) Zwischenergebnis

Das T-Gesetz ist auch materiell verfassungsgemäß.

<sup>64</sup> Zu den Anforderungen an das gesetzgeberische Handeln im Rahmen der Angemessenheit siehe *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 104. Lfg., Stand: April 2024, Art. 12 Rn. 180. Vgl. außerdem die Begründung zum Gesetzesentwurf für das Tierhaltungskennzeichnungsgesetz, BT Drs. 20/4822, S. 2.

<sup>65</sup> Vgl. BVerfGE 95, 173 (187) = NJW 1997, 2871 (2872) – Warnung vor Gesundheitsgefahren des Rauchens.

<sup>66</sup> Für solche Förderungen siehe Bundesprogramm Umbau der Tierhaltung der Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung, abrufbar unter [https://www.ble.de/DE/Projektfoerderung/Foerderungen-Auftraege/Bundesprogramm\\_Umbau\\_Tierhaltung/BUT\\_node.html](https://www.ble.de/DE/Projektfoerderung/Foerderungen-Auftraege/Bundesprogramm_Umbau_Tierhaltung/BUT_node.html) (23.11.2024).

<sup>67</sup> Siehe BVerfGE 126, 122 (156) = NVwZ 2010, 1212 (1220).



*Stelter*: Nur ein simpler Aufkleber?

### 3. Ergebnis

Das T-Gesetz ist sowohl formell als auch materiell verfassungsgemäß. Der Bundespräsident durfte die Ausfertigung daher nicht verweigern. Vielmehr ist er bei einem verfassungsgemäßen Gesetz in der Pflicht, dieses gem. Art. 82 Abs. 1 GG auszufertigen.<sup>68</sup>

#### Teil II<sup>69</sup>

#### 1. Welche Ansichten werden zu der Frage vertreten, ab wann die Behörde „Kenntnis“ von solchen Tatsachen genommen hat, also die Jahresfrist zu laufen beginnt?<sup>70</sup>

Nach einer Ansicht beginnt die Frist zu laufen, wenn die Behörde von allen Tatsachen Kenntnis hat, die für den Erlass des Verwaltungsaktes relevant sind; also mit dem Erlass des Verwaltungsaktes. Es kommt danach nicht darauf an, dass die Behörde – zu welchem Zeitpunkt auch immer – eine etwaige Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes erkannt hat.<sup>71</sup>

Nach einer anderen Ansicht beginnt die Frist zu laufen, wenn die Behörde erste Kenntnis von Rücknahme- bzw. Widerrufsgründen erhält. Ob und wann die Behörde aus diesen Umständen tatsächlich zur abschließenden Erkenntnis kommt, dass der Verwaltungsakt zurückzunehmen bzw. zu widerrufen ist, ist unbeachtlich (Bearbeitungsfrist).<sup>72</sup>

Nach Ansicht des BVerwG beginnt die Jahresfrist zu laufen, wenn die Behörde positive Kenntnis von allen entscheidungserheblichen Tatsachen hat, die für die Aufhebung des Verwaltungsaktes relevant sind (einschließlich also der Frage nach der Schutzwürdigkeit des Vertrauens des Adressaten und dem Rücknahmeermessen). Die Frist läuft also erst, wenn die Behörde ihre Ermittlungen vollständig und uneingeschränkt abgeschlossen hat; die Kenntnis von der bloßen Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes genügt noch nicht (Entscheidungsfrist).<sup>73</sup>

#### 2. Welche Ansichten werden zu der Frage vertreten, was unter der „Behörde“ im Sinne der Norm zu verstehen ist?

Nach Ansicht des BVerwG ist unter „Behörde“ grundsätzlich derjenige Amtswalter zu verstehen, der

<sup>68</sup> Erneut zum „Charakter als Entweder-Oder-Entscheidung mit Entscheidungszwang“ siehe *Butzer*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 104. Lfg., Stand: April 2024, Art. 82 Rn. 235 f.

<sup>69</sup> Der zweite Teil der Klausur war – schon aus Zeitgründen – nur als Frageteil ausgestaltet. Die Aufteilung in eine gutachterliche Prüfung und einen Frageteil bietet sich an, um in der dreistündigen Zwischenprüfung alle infrage kommenden Teilrechtsgebiete abprüfen zu können.

<sup>70</sup> Angesichts der begrenzten Zeit ist es wichtig, die Fragestellung genau zu lesen und den Erwartungshorizont zu umreißen. Von den Prüflingen wurde hier lediglich gefordert, die unterschiedlichen Ansichten vorzutragen. Ein Entscheid für die eine oder andere Ansicht unter Abwägung von Argumenten ist nicht erforderlich. Das haben nicht wenige Prüflinge übersehen und sind so in Zeitnot geraten. Für eine Übersicht zu diesen Argumenten siehe aber *Hebeler/Spitzlei*, 60 Probleme aus dem Staats- und Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2024, 41. Problem, S. 222.

<sup>71</sup> So noch BVerwGE 66, 61 = NVwZ 1983, 91. Diese ältere Rspr. des BVerwG ist überholt und muss auch in einer guten Klausurbearbeitung nicht mehr vorgetragen werden. Sie wird von der Lehrbuchliteratur aber noch aufgeführt und hat deswegen Einzug in die Klausurlösung gefunden, siehe bspw. *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2023, § 10 Rn. 713.

<sup>72</sup> *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 11 Rn. 44; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2023, § 10 Rn. 713; *Schoch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, Stand: Juli 2020, § 48 Rn. 247 m.w.N. zu dieser Ansicht in der Literatur.

<sup>73</sup> Rspr. des BVerwG, siehe nur m.w.N. BVerwGE 164, 237 (245 ff.) = LKV 2019, 316 (318); m.w.N. zur Rspr. des BVerwG siehe *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 48 Rn. 211; außerdem *Martini*, JA 2017, 838 (839 f.).

*Stelter*: Nur ein simpler Aufkleber?

nach der innerbehördlichen Geschäftsverteilung für den konkreten Fall zuständig ist. Dieser muss von den die Rücknahme oder den Widerruf rechtfertigenden Umständen positive Kenntnis erlangen.<sup>74</sup>

Eine andere (bürgerfreundlichere) Ansicht zieht den Behördenbegriff von § 1 Abs. 4 VwVfG heran und versteht unter der Behörde i.S.d. § 48 Abs. 4 VwVfG nicht den einzelnen Sachbearbeiter, sondern die Institution Behörde, die durch ihre Sachbearbeiter handelt. Es reicht demnach, dass sich die rücknahmeerheblichen Tatsachen aus den in der jeweiligen Behörde liegenden Akten entnehmen lassen.<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> *Schoch* spricht diesbezüglich von einem „Machtwort“ des *Großen Senates* und verweist in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, Stand: Juli 2020, § 48 Rn. 252, 255 auf die maßgebliche Entscheidung des BVerwG, BVerwGE 70, 356 (364) = NJW 1985, 819 (821).

<sup>75</sup> *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2023, § 10 Rn. 713; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 11 Rn. 44, der seine von der Rspr. abweichende Meinung darauf aufbaut, dass dem Bürger Organisationsprobleme, die dafür sorgen, dass der zuständige Amtswalter nicht tätig wird, nicht angelastet werden können.

## Zwischenprüfungsklausur: Schattenwirtschaft

Prof. Dr. Ken Eckstein, Bochum\*

*Stoff der Zwischenprüfung nach nordrhein-westfälischem JAG sind der Allgemeine und der Besondere Teil des StGB.<sup>1</sup> Studierende können sich mit Fällen aus dem gesamten Pflichtfachstoff des materiellen Strafrechts konfrontiert sehen. Der Zeitumfang von (mindestens) drei Stunden verlangt fortgeschrittenes Knowhow in der Falllösungstechnik. Der vorliegende Fall beruht auf zwei älteren Gerichtsentscheidungen.<sup>2</sup> Er wurde im März 2024 an der Ruhr-Universität Bochum als Zwischenprüfungsklausur gestellt. Während im ersten Tatkomplex anspruchsvolle Fragen der Vermögensschädigung beim Betrug zu bewältigen waren, führt der zweite Tatkomplex zu geläufigen Fragestellungen des Allgemeinen Teils (Mittäterschaft, aberratio ictus). Erwartungsgemäß führte diese Mischung zu einer Durchfallquote im niedrigen Normalbereich. Höhere Punktzahlen wurden von wenigen Bearbeiterinnen und Bearbeitern erzielt. Studierende sollten die in Nordrhein-Westfalen jüngst verschärfte<sup>3</sup> Zwischenprüfung zum Anlass nehmen, den Vorlesungsstoff nachhaltig zu verarbeiten und die Trainingsangebote an ihren Fakultäten wahrzunehmen, z.B. die Übung zur Vorbereitung auf die Zwischenprüfung, die an der Ruhr-Universität Bochum in allen drei Rechtsgebieten angeboten wird.*

### Sachverhalt

J gibt L die Schuld an einem Unfall, bei dem Js rechtes Knie so schwer verletzt wurde, dass er es nicht mehr bewegen kann. Deshalb beschließt J, sich an L zu rächen. Als J in einer Bar den G kennenlernt, verspricht J dem G 5.000 Euro, wenn er es schafft, dem L ein steifes Bein zu verpassen. Zum Schein geht G auf Js Angebot ein und sagt ihm zu, Ls rechtes Knie mit einem Gewehrschuss zu zerstören, ohne Ls Leben zu gefährden. J zahlt dem G als Vorschuss 2.500 Euro in bar. G macht sich, wie von vornherein beabsichtigt, mit dem Geld aus dem Staub, ohne seinen Pflichten nachzukommen.

Auch A, B und C haben Probleme mit G. A, B und C betreiben einen Nachtclub. Seit kurzem machen ihnen G und T mit ihrer Gruppe baumstarker Türsteher und ihrem beliebten Nachtclub „Night Owl“ unliebsame Konkurrenz. A, B und C beraten, was zu tun sei. B meint, sie sollten bei G und T vorfahren, Lärm machen, bis Angestellte und Gäste herauskämen, und einen Angehörigen des gegnerischen Clans erschießen. A und C sind einverstanden. Alle weiteren Einzelheiten werden verabredet.

Verabredungsgemäß hält C sich am Tattag in einem zweiten Kraftfahrzeug im Hintergrund, um den Fluchtweg durch einen engen Torbogen zu sichern. A und B sitzen im ersten Kraftfahrzeug und stoppen vor der Eingangstür des „Night Owl“. A ist ein guter Schütze und hat absprachegemäß seine geladene Schusswaffe dabei, B kennt alle Angehörigen des gegnerischen Clans und soll A das Signal zum Feuern geben, wenn keine Gefahr für Gäste besteht. Als auf ihr Lärmen hin 15 Personen aus dem Gebäude kommen, prüft B die Lage und gibt A das Signal, auf eine Gruppe von fünf Türstehern zu schießen. A nimmt einen der Türsteher, den rothaarigen R, aufs Korn, schießt aber vorbei und trifft einen anderen Türsteher, nämlich die blonde P tödlich.

---

\* Der Verf. ist Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Ruhr-Universität Bochum.

<sup>1</sup> § 28 Abs. 2 JAG NRW.

<sup>2</sup> KG NJW 2001, 86, ähnlich BGH JR 2003, 163, und BGH NStZ 1995, 285.

<sup>3</sup> JAG NRW in der Fassung durch das Gesetz vom 9.11.2021, GV. NRW. S. 1190.

**Aufgabe**

In einem Gutachten, das auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen notfalls hilfsgutachtlich eingeht, ist folgende Frage zu beantworten: Wie haben G, A, B und C sich nach dem StGB strafbar gemacht? – Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt. Auf §§ 129, 129a, 211, 240, 246, 253, 255 StGB ist nicht einzugehen. – Bearbeitungszeit: 180 Minuten.

**Lösungsvorschlag**

<b>Erster Tatkomplex: In der Bar .....</b>	<b>1313</b>
<b>A. Strafbarkeit des G .....</b>	<b>1313</b>
<b>I. §§ 226 Abs. 2, 1 Nrn. 2, 3, 30 Abs. 2 Var. 1 StGB durch das Sich-bereit-Erklären zur schweren Körperverletzung .....</b>	<b>1313</b>
1. Objektiver Tatbestand .....	1313
a) Verbrechen .....	1313
b) Sich bereit erklären .....	1313
2. Ergebnis.....	1313
<b>II. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zu Lasten des J durch das Sich-bereit-Erklären ...</b>	<b>1313</b>
1. Objektiver Tatbestand .....	1314
a) Täuschung .....	1314
b) Irrtum .....	1314
c) Vermögensverfügung .....	1314
d) Vermögensschaden .....	1315
aa) Unbewusste Selbstschädigung .....	1315
bb) Vermögensbegriff.....	1315
e) Kausalität.....	1316
2. Subjektiver Tatbestand .....	1316
a) Vorsatz.....	1316
b) Bereicherungsabsicht.....	1316
3. Rechtswidrigkeit, Schuld, Ergebnis.....	1317
<b>B. Ergebnis .....</b>	<b>1317</b>
<b>Zweiter Tatkomplex: Vor dem „Night Owl“ .....</b>	<b>1317</b>
<b>A. Strafbarkeit des A .....</b>	<b>1317</b>
<b>I. § 212 Abs. 1 StGB zu Lasten P durch den Schuss.....</b>	<b>1317</b>
1. Objektiver Tatbestand .....	1317
a) Erfolg und Kausalität .....	1317
b) Objektive Zurechnung.....	1317

2. Subjektiver Tatbestand .....	1318
a) Vorsatz, Irrtum über das Tatobjekt und aberratio ictus .....	1318
b) Konkretisierungslehre .....	1318
c) Gleichwertigkeitslehren .....	1318
d) Lehre von der Planverwirklichung .....	1319
e) Lehre vom Vorsatz in Bezug auf den Kausalverlauf .....	1319
f) Entscheidung der Streitfrage .....	1319
3. Rechtswidrigkeit, Schuld, Ergebnis .....	1319
<b>II. §§ 212 Abs. 1, 22 StGB zu Lasten R durch den Schuss .....</b>	<b>1320</b>
1. Vorprüfung .....	1320
2. Subjektiver Tatbestand, sogenannter Tatentschluss .....	1320
3. Ergebnis .....	1320
<b>B. Strafbarkeit des B .....</b>	<b>1320</b>
<b>I. §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB zu Lasten P durch Planung und Anweisung .....</b>	<b>1320</b>
1. Tatbestand .....	1321
a) Tatbestandsmerkmale des § 212 Abs. 1 StGB .....	1321
b) Zurechnung nach § 25 Abs. 2 StGB .....	1321
aa) Gemischt subjektiv-objektive Theorie .....	1321
bb) Tatherrschaftslehre .....	1321
cc) Anwendung auf den Sachverhalt .....	1322
c) Vorsatz, Irrtum des A .....	1322
2. Rechtswidrigkeit und Schuld .....	1323
<b>II. Ergebnis .....</b>	<b>1323</b>
<b>C. Strafbarkeit des C .....</b>	<b>1323</b>
<b>I. §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB zu Lasten P durch Sichern des Fluchtwegs .....</b>	<b>1323</b>
1. Tatbestand .....	1323
a) Tatbestandsmerkmale des § 212 Abs. 1 StGB .....	1323
b) Zurechnung nach § 25 Abs. 2 StGB .....	1323
c) Vorsatz, Irrtum des A .....	1324
2. Rechtswidrigkeit und Schuld .....	1324
<b>II. Ergebnis .....</b>	<b>1324</b>
<b>Gesamtergebnis .....</b>	<b>1324</b>

## Erster Tatkomplex: In der Bar

### A. Strafbarkeit des G

#### I. §§ 226 Abs. 2, 1 Nrn. 2, 3, 30 Abs. 2 Var. 1 StGB durch das Sich-bereit-Erklären zur schweren Körperverletzung

Indem G dem J zusagte, Ls rechtes Knie mit einem Gewehrschuss zu zerstören, könnte er sich nach §§ 226 Abs. 2, 1 Nrn. 2, 3, 30 Abs. 2 Var. 1 StGB wegen Sich-bereit-Erklärens zur schweren Körperverletzung strafbar gemacht haben.

#### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Verbrechen

In Rede stehen müsste die Begehung eines Verbrechens. § 226 Abs. 2 StGB ist mit einer Mindeststrafdrohung von drei Jahren Freiheitsstrafe nach § 12 Abs. 1 StGB ein Verbrechen. Absichtlich herbeigeführt werden sollte von G die Versteifung eines Beins, also die dauernde Unbrauchbarkeit eines wichtigen Körpergliedes. Daraus hätte sich naheliegenderweise eine Lähmung mit Beeinträchtigung der Bewegungsfähigkeit des ganzen Körpers ergeben sowie möglicherweise zusätzlich eine erhebliche dauernde Entstellung. Somit war Gegenstand der Kommunikation zwischen G und J jedenfalls eine Tat nach § 226 Abs. 2, 1 Nr. 2 StGB.

##### b) Sich bereit erklären

Überdies müsste G sich zur Begehung dieses Verbrechens bereit erklärt haben. In Betracht kommt die Kundgabe der Bereitwilligkeit zur Tatbegehung gegenüber einer anderen Person<sup>4</sup> in Form der Annahme einer Anstiftung. Die Initiative ging von J aus. G erklärte daraufhin gegenüber J seine Bereitschaft, die Tat zu begehen. Allerdings geschah das nur zum Schein. Eine Selbstbindung, deren Gefährlichkeit es rechtfertigen soll, die Strafbarkeit ins Vorbereitungsstadium vorzuverlagern,<sup>5</sup> tritt aber nur ein, wenn die Erklärung ernst gemeint ist.<sup>6</sup> Mangels Ernstlichkeit der Erklärung des G scheidet ein Sich-bereit-Erklären aus.

*Hinweis:* Diese Frage konnte auch im subjektiven Tatbestand angesprochen werden.

#### 2. Ergebnis

G hat sich nicht nach §§ 226 Abs. 2, 1 Nrn. 2, 3, 30 Abs. 2 Var. 1 StGB strafbar gemacht.

#### II. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zu Lasten des J durch das Sich-bereit-Erklären

Indem G dem J zum Schein zusagte, Ls rechtes Knie mit einem Gewehrschuss zu zerstören, und dafür

<sup>4</sup> Vgl. dazu BGH NJW 2019, 449 (451 Rn. 24 ff.).

<sup>5</sup> Zum Streit um die Verfassungsmäßigkeit (Schuldgrundsatz) BGH NJW 2019, 449 (452 Rn. 39 ff.) m.w.N.

<sup>6</sup> BGH BeckRS 2016, 4193 Rn. 13.

von J einen Vorschuss in Höhe von 2.500 Euro erhielt, könnte G sich nach § 263 Abs. 1 StGB wegen Betrugs gegenüber und zu Lasten des J strafbar gemacht haben.

## 1. Objektiver Tatbestand

### a) Täuschung

G müsste J durch Vorspiegelung falscher oder Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen getäuscht haben, indem er nur zum Schein erklärte, dem L ein steifes Bein verpassen zu wollen. Unter einer Täuschung versteht man die Einwirkung auf das Vorstellungsbild einer anderen Person mit dem Ziel, eine Fehlvorstellung über Tatsachen herbeizuführen.<sup>7</sup> Tatsachen sind Vorgänge oder Umstände der Gegenwart oder Vergangenheit, die dem Beweis zugänglich sind. Dazu zählen äußere Tatsachen, aber auch innere Tatsachen, also beispielsweise die Absichten des Täters.<sup>8</sup> Der Anschlag auf L sollte zwar erst in Zukunft stattfinden. G spiegelte dem J aber ausdrücklich seine gegenwärtige Bereitschaft vor, den L zu verstümmeln, also eine innere Tatsache. Allerdings stellt sich die Frage, ob das Vertrauen des Auftraggebers einer Straftat in die Zusage des vermeintlichen Täters, diese Straftat zu begehen, strafrechtlichen Schutz verdient. Das wird teilweise verneint und eine Täuschung deshalb abgelehnt.<sup>9</sup> Solche normativen Beschränkungen des im Ausgangspunkt deskriptiven Tatbestandsmerkmals Täuschung würden aber den im Wortsinn durch Vorspiegelung falscher Tatsachen Täuschenden zu Unrecht wegen eines anderweitigen deliktischen Kontextes privilegieren.<sup>10</sup> Deshalb überzeugt es, eine Täuschung anzunehmen.

### b) Irrtum

Aufgrund der Täuschung müsste bei J ein Irrtum entstanden sein. Irrtum ist jede unrichtige, der Wirklichkeit nicht entsprechende Vorstellung über Tatsachen.<sup>11</sup> Indem J den täuschenden Angaben des G Glauben schenkte, unterlag er der Fehlvorstellung, G wäre bereit, L zu verstümmeln. Das entsprach nicht den Tatsachen, so dass ein Irrtum gegeben ist.

### c) Vermögensverfügung

Als Bindeglied zwischen Irrtum und Vermögensschaden setzt § 263 Abs. 1 StGB eine Vermögensverfügung voraus. Vermögensverfügung ist jedes Tun, Dulden oder Unterlassen des Getäuschten, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.<sup>12</sup> Beim Sachbetrug werden zur Abgrenzung vom Diebstahl ein Verfügungsbewusstsein und eine gewisse freie Willensentschließung gefordert.<sup>13</sup> Indem J dem G im Vertrauen auf dessen Zusage, L zu verstümmeln, einen Vorschuss i.H.v. 2.500 Euro in bar aushändigte, minderte J seinen Bargeldbestand unmittelbar, bewusst und freiwillig durch eigenes Tun. Somit nahm J eine Verfügung vor – auch wenn sich die weitere Frage stellt, ob tatsächlich das Vermögen des J i.S.v. § 263 Abs. 1 StGB betroffen ist.

<sup>7</sup> Eisele/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2024, Rn. 1305.

<sup>8</sup> Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil II, 3. Aufl. 2023, S. 170 f.

<sup>9</sup> Mitsch, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 3. Aufl. 2015, S. 276 f. Wer dem folgt, muss hilfsgutachtlich weiterprüfen.

<sup>10</sup> Vgl. Saliger, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 27.

<sup>11</sup> Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil II, 3. Aufl. 2023, S. 178.

<sup>12</sup> Eisele/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2024, Rn. 1332.

<sup>13</sup> Eisele/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2024, Rn. 1338, 1341.



#### d) Vermögensschaden

Eingetreten sein müsste infolge der Verfügung ein Vermögensschaden. Das setzt einerseits die Zuordnung der Zahlung zum geschützten Vermögen voraus und andererseits, dass die im Zuge der Verfügung eingetretene Vermögensminderung nicht durch einen unmittelbar mit der Verfügung verbundenen Vermögenszuwachs als Äquivalent wieder ausgeglichen wurde (Gesamtsaldierung).<sup>14</sup> J hat für seine Geldzahlung keine Gegenleistung erhalten, so dass ein Schaden eingetreten zu sein scheint. Es stellt sich aber die Frage, ob Geldzahlungen, mit denen ein Verbrechen entlohnt werden soll, vom Betrugstatbestand erfasst sind.

*Hinweis:* Die mit der Zuordnung der Zahlung zum geschützten Vermögen zusammenhängenden Fragen können auch unter dem Tatbestandsmerkmal Vermögensverfügung diskutiert werden.

#### aa) Unbewusste Selbstschädigung

Daran könnten zunächst insofern Zweifel bestehen, als J selbst klar sein musste, dass die Rechtsordnung ihn nicht zur Zahlung der 2.500 Euro verpflichtete, sondern dass er vielmehr auf eine nichtige Forderung einzahlte (§ 134 BGB). Wer § 263 StGB als Tatbestand versteht, der nur die – täuschungsbedingt – unbewusste Selbstschädigung erfasst,<sup>15</sup> für den begründet die freiwillige Hingabe der 2.500 Euro in Kenntnis der fehlenden Verpflichtung (§ 134 BGB) keinen Betrug. In der Folge wäre zu fragen, ob mit der Lehre von der Zweckverfehlung ein Schaden hergeleitet werden kann. Dann wäre zu klären, ob die nicht erreichte Verstümmelung des L als schadensbegründend herangezogen werden kann. Das erscheint auch auf dem Boden eines weiten, wirtschaftlichen Vermögensbegriffs fraglich. Freilich ist schon der Ausgangspunkt, nur unbewusste Selbstschädigungen als betrugsbegründend gelten zu lassen, angreifbar. So darf es keinen Freibrief für Täuschungen geben, nur weil auch das Opfer der Täuschung bewusst ins Risiko geht. Außerdem tendiert die korrigierende Lehre von der Zweckverfehlung dazu, die Natur des Betrugstatbestands als Vermögensdelikt zu verfälschen.<sup>16</sup> Die Hingabe der 2.500 Euro bleibt somit mögliche Schadensposition.

#### bb) Vermögensbegriff

Problematisch erscheint aber, ob der Vermögensbegriff einer normativen Einschränkung unterliegt, so dass die 2.500 Euro als Lohn für eine Straftat schutzlos gestellt sind. Auf dem Boden eines wirtschaftlichen Vermögensbegriffs, der alle Positionen von wirtschaftlichem Wert einschließt,<sup>17</sup> kommt das nicht in Betracht. Vertreten wird jedoch auch ein juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff, der zusätzlich zum wirtschaftlichen Wert einschränkend verlangt, dass Wirtschaftsgüter einer Person unter dem Schutz der Rechtsordnung zustehen.<sup>18</sup> Die auf eine nichtige Vereinbarung (§ 134 BGB) hin gezahlten, in diesen deliktischen Kontext eingebrachten 2.500 Euro könnten aus dem juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff ausscheiden. Freilich wäre daran wiederum problematisch, dass die 2.500 Euro für sich genommen gänzlich unbemakeltes Eigentum des J sind. Vertreten werden beide Positionen.

<sup>14</sup> Eisele/Heinrich, *Strafrecht*, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2024, Rn. 1348, 1362.

<sup>15</sup> Perron, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 150.

<sup>16</sup> Vgl. dazu BGH NJW 1995, 539; Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 13 Rn. 172, 168.

<sup>17</sup> Krey/Hellmann/Heinrich, *Strafrecht*, Besonderer Teil, Bd. 2, 18. Aufl. 2021, Rn. 669 ff., 675 ff.; im Ausgangspunkt auch die Rechtsprechung, z.B. BGH NSTZ-RR 2017, 44.

<sup>18</sup> Schramm, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 3. Aufl. 2023, S. 192 ff.

Teilweise wird unter Berufung auf die Einheit der Rechtsordnung postuliert, dass Leistungen zur Erfüllung beidseitig verbotener Vereinbarungen (§ 134 BGB) einheitlich für beide Seiten auch strafrechtlich schutzlos zu stellen sind.<sup>19</sup> Die Gegenauffassung jedoch macht geltend, dass rechtsfreie Räume verhindert werden müssten, dass das Strafrecht auch zwischen Straftätern gelte und dass für sich genommen geschützte Vermögenspositionen diesen Schutz unabhängig von einem hinzutretenden deliktischen Kontext genießen.<sup>20</sup> Danach wären die 2.500 Euro als Vermögensschaden anzuerkennen. Für diese Lösung spricht, dass das Vortäuschen von Straftaten gegenüber sonstigen Täuschungen nicht privilegiert werden darf. Der einem Vermögensschutz scheinbar entgegenstehende § 817 S. 2 BGB versagt nur zivilrechtlichen Schutz der Rückabwicklung.<sup>21</sup> Somit erscheint es überzeugend, einen Vermögensschaden anzunehmen.

### e) Kausalität

Im Sinne der *Conditio-sine-qua-non*-Formel kann die Täuschungshandlung des G nicht hinweggedacht werden, ohne dass auch Irrtum, Zahlung und Schaden des J entfielen, so dass eine durchlaufende Kausalkette besteht. Der objektive Tatbestand liegt vor.

## 2. Subjektiver Tatbestand

### a) Vorsatz

Nach § 15 StGB müsste G vorsätzlich gehandelt haben, also mit Wissen und Wollen in Bezug auf alle objektiven Tatumstände<sup>22</sup> (vgl. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB). G wusste, dass er J gegenüber die falsche innere Tatsache erklärte, zur Verstümmelung des L bereit zu sein, dass J ihm glaubte, also irrte, und nur deshalb die schädigende Zahlung i.H.v. 2.500 Euro in bar vornahm, ohne eine Gegenleistung zu erhalten. Gerade darauf kam es G an. Somit handelte G vorsätzlich.

### b) Bereicherungsabsicht

Überdies müsste G mit Bereicherungsabsicht gehandelt haben, also mit der Absicht, einen Vermögensvorteil im Sinne einer günstigeren Gestaltung der Vermögenslage zu erlangen,<sup>23</sup> sei es für sich selbst oder für einen Dritten. G wollte die 2.500 Euro für sich haben, handelte also in Selbstbereicherungsabsicht. Die angestrebte Bereicherung müsste mit dem Schaden stoffgleich, also durch dieselbe Verfügung vermittelt („Kehrseite des Schadens“),<sup>24</sup> und rechtswidrig sein, es dürfte also kein fälliger und einredefreier anderweitiger Anspruch auf die Bereicherung bestehen.<sup>25</sup> G hatte es auf die 2.500 Euro abgesehen, die J einbüßte. Einen anderweitigen Anspruch darauf hatte G nicht. All das war auch von seinem Vorsatz umfasst. Summa summarum handelte G mit Bereicherungsabsicht und hat den subjektiven Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB verwirklicht.

---

<sup>19</sup> Hecker, JuS 2001, 228 (230 ff.).

<sup>20</sup> KG NJW 2001, 86 f.; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 13 Rn. 168.

<sup>21</sup> KG NJW 2001, 86.

<sup>22</sup> Kaspar, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, S. 67.

<sup>23</sup> Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil II, 3. Aufl. 2023, S. 212.

<sup>24</sup> Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 667.

<sup>25</sup> Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 664 ff.

### 3. Rechtswidrigkeit, Schuld, Ergebnis

Zugunsten des G sind weder Rechtfertigungsgründe ersichtlich noch Schuldausschließungsgründe, insbesondere Entschuldigungsgründe, so dass Rechtswidrigkeit und Schuld vorliegen. G hat sich wegen Betruges gegenüber und zu Lasten des J nach § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

#### B. Ergebnis

G hat sich des Betrugs schuldig gemacht, strafbar nach § 263 Abs. 1 StGB.

#### Zweiter Tatkomplex: Vor dem „Night Owl“

##### A. Strafbarkeit des A

###### I. § 212 Abs. 1 StGB zu Lasten P durch den Schuss

Indem A einen Schuss auf die Gruppe der Türsteher abgab und die P tödlich traf, könnte er sich nach § 212 Abs. 1 StGB wegen Totschlags strafbar gemacht haben.

###### 1. Objektiver Tatbestand

###### a) Erfolg und Kausalität

Mit dem Tod der P ist der tatbestandsmäßige Erfolg des Totschlags eingetreten. Hätte A den Schuss auf R nicht abgegeben, hätte die Kugel nicht fehlgehen und P treffen können, so dass P auch nicht an der Schussverletzung gestorben wäre. Damit besteht Kausalität im Sinne der *Conditio-sine-qua-non*-Formel.

###### b) Objektive Zurechnung

Fraglich erscheint, ob das Fehlgehen des Schusses zum Ausschluss der objektiven Zurechnung führt. Grundsätzlich kann ein Erfolg der Handlung des Täters dann zugerechnet werden, wenn die Handlung ein rechtlich relevantes Risiko des Erfolgeintritts schafft und dieses Risiko sich im Erfolg verwirklicht.<sup>26</sup> Mit dem gezielten Schuss auf einen Menschen hat A ein rechtlich relevantes Tötungsrisiko geschaffen. Indem P jedoch erst dadurch tödlich verletzt wurde, dass A das anvisierte Opfer R verfehlte und mit seinem Schuss zufälligerweise die P traf, stellt sich die Frage, ob der konkrete Geschehensverlauf noch innerhalb der Grenzen der Vorhersehbarkeit liegt. Handelte es sich demgegenüber um einen atypischen Kausalverlauf, mit dem nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht zu rechnen ist, stünde kein Unrecht, sondern Unglück in Rede und müsste die objektive Zurechnung verneint werden.<sup>27</sup> A gab seinen fehlgehenden Schuss allerdings in Richtung auf eine Gruppe von fünf Türstehern ab, die beieinanderstanden und zu denen auch P gehörte. Dass die Kugel in dieser Situation mehrerer beieinanderstehender Personen eine dieser Personen verfehlt und eine andere trifft, überrascht nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht, sondern liegt durchaus nahe. Somit war der Geschehens-

---

<sup>26</sup> Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 54. Aufl. 2024, Rn. 259.

<sup>27</sup> Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 54. Aufl. 2024, Rn. 297 f.

verlauf eine vorhersehbare Verwirklichung des von A geschaffenen Risikos. Die objektive Zurechnung besteht, der objektive Tatbestand ist erfüllt.

## 2. Subjektiver Tatbestand

### a) Vorsatz, Irrtum über das Tatobjekt und *aberratio ictus*

Nach § 15 StGB müsste A vorsätzlich gehandelt haben, also mit Wissen und Wollen in Bezug auf alle objektiven Tatumstände (vgl. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB). A wollte R erschießen, so dass er an sich mit Tötungsvorsatz handelte. A traf mit seinem Schuss aber P tödlich. Fraglich erscheint, ob diese Abweichung zwischen Vorstellung und Wirklichkeit den Vorsatz des A betrifft. Nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB muss der Vorsatz alle Tatumstände erfassen, die zum objektiven Tatbestand gehören. Ein Irrtum über das Tatobjekt (*error in persona*) ist deshalb grundsätzlich nur dann ein vorsatzrelevanter Tatbestandsirrtum, wenn das Objekt, das der Täter sich vorstellt, und das tatsächlich vorhandene Objekt tatbestandlich nicht gleichwertig sind.<sup>28</sup> Im Übrigen genügt bei § 212 Abs. 1 StGB grundsätzlich der Vorsatz, „einen Menschen“ zu töten. Dass der Täter das Opfer kennt, ist keine Strafbarkeitsvoraussetzung, sondern liegt außerhalb des Tatbestands.<sup>29</sup> Umstritten ist aber, ob es damit auch dann sein Bewenden haben kann, wenn der Täter auf ein räumlich und zeitlich individualisiertes Objekt zielt, vorbeischießt und ein räumlich zeitlich anderes Objekt trifft (*aberratio ictus*).

### b) Konkretisierungslehre

Verbreitet wird in solchen Fällen des Fehlgehens der Tat davon ausgegangen, dass sich mit der räumlich zeitlichen Individualisierung des Opfers durch den Täter auch der Tatvorsatz auf dieses Opfer hin konkretisiert und dadurch beschränkt.<sup>30</sup> Tatumstand i.S.v. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB ist dann ein räumlich zeitlich individualisiertes Objekt. Wird tatsächlich ein anderes Objekt getroffen, liegt das außerhalb des Tätervorsatzes, so dass eine vollendete Vorsatztat ausscheidet. In Betracht kommen in der Folge eine fahrlässige Tat am getroffenen und eine versuchte Tat am anvisierten Objekt. Mit der Konkretisierungslehre hatte As Vorsatz sich auf R hin verengt, so dass A keinen Vorsatz hatte, P zu töten.

### c) Gleichwertigkeitslehren

Die entgegengesetzte Position hält an der tatbestandlichen Gleichwertigkeit als Kriterium fest. Bei gleichwertigen Tatobjekten lässt danach die *aberratio ictus* ebenso wie ein *error in persona* den Vorsatz unberührt.<sup>31</sup> Tatumstand i.S.v. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB bleibt bei § 212 Abs. 1 StGB irgendein Mensch. Darüber hinausgehende Konkretisierungen liegen außerhalb des Tatbestands. Indem A mit R einen Menschen töten wollte, handelte er nach der Gleichwertigkeitslehre vorsätzlich.

Teilweise wird vermittelnd zwischen höchstpersönlichen und sonstigen Rechtsgütern unterschieden. Bei höchstpersönlichen Rechtsgütern wie dem Leben soll das Fehlgehen der Tat den Vorsatz – wie unter b) festgestellt – ausschließen.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> Eisele/Heinrich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2023, Rn. 721.

<sup>29</sup> Anders noch v. Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1919, S. 170 f.: Wesentlich ist ein Irrtum, wenn richtige Voraussicht den Täter von der Tatbegehung abgehalten hätte. Ebenso Walter, *Der Kern des Strafrechts*, 2006, S. 292 ff.

<sup>30</sup> Eisele/Heinrich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2023, Rn. 723.

<sup>31</sup> Vgl. Frister, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 10. Aufl. 2023, S. 163 ff.

<sup>32</sup> Hillenkamp, *Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf*, 1971, S. 112 ff.

#### d) Lehre von der Planverwirklichung

Die Auffassung, die den Vorsatz als Planverwirklichung konzipiert, unterscheidet bei der aberratio ictus danach, ob die Objektindividualisierung relevanter Bestandteil des Täterplans ist oder ob es sich um eine zufällige, unmotivierte Objektindividualisierung handelt. Im zuletzt genannten Fall soll das Fehlgehen der Tat den Vorsatz unberührt lassen, weil das objektive Geschehen weiterhin als Verwirklichung des Täterplans erscheint. Andernfalls soll die Konkretisierungslehre zutreffend sein.<sup>33</sup> Die von A vorgenommene Objektindividualisierung war angesichts des Plans, irgendeinen Angehörigen des gegnerischen Clans zu töten, willkürlich. Das Fehlgehen der Tat ließ die Verwirklichung des Tatplans unberührt. Demnach besteht der Vorsatz.

#### e) Lehre vom Vorsatz in Bezug auf den Kausalverlauf

Schließlich wird teilweise vorgeschlagen, auf die aberratio ictus die allgemeinen Regeln für den Vorsatz in Bezug auf den Kausalverlauf anzuwenden.<sup>34</sup> Dann schließt auch die aberratio ictus den Vorsatz im Wesentlichen nur dann aus, wenn die Abweichung im Geschehensverlauf außerhalb der Grenzen der Vorhersehbarkeit liegt.<sup>35</sup> Dass A mit seinem Schuss die neben R stehende P tödlich treffen könnte, lag nicht außerhalb des nach allgemeiner Lebenserfahrung in Rechnung zu stellenden Geschehensverlaufs. Nach dieser Ansicht handelte A somit vorsätzlich.

#### f) Entscheidung der Streitfrage

Da die Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, muss der Streit entschieden werden. Für die Konkretisierungslehre wird vorgebracht, Gegenstand des Vorsatzes sei die konkrete Wirklichkeit, in der es nicht Menschen an sich, sondern nur räumlich und zeitlich konkrete Personen gebe. Am getroffenen Objekt verwirkliche sich nicht das spezifische Risiko einer Vorsatztat, sondern das Risiko unsorgfältigen Handelns. Außerdem müsse, wer sich gegen einen Angreifer verteidigt, vorbeischießt und einen Außenstehenden trifft, hinsichtlich seiner Vorsatztat gerechtfertigt sein. § 32 StGB deckt aber nur die Verteidigung gegen den Angreifer. Hinsichtlich des getroffenen Objekts soll deshalb kein Vorsatz anzunehmen sein.<sup>36</sup> Alledem ist entgegenzuhalten, dass es nicht einleuchtet, auf naheliegende Abweichungen im Geschehensverlauf Sonderregeln anzuwenden, wenn sie die Person des Tatopfers betreffen. In den Grenzen der Vorhersehbarkeit bleibt daher richtigerweise der Vorsatz bestehen.

*Hinweis:* Wer sich anders entscheidet und den Vorsatz verneint, prüft (und bejaht) eine fahrlässige Tötung der P nach § 222 StGB.

### 3. Rechtswidrigkeit, Schuld, Ergebnis

Zugunsten des A sind weder Rechtfertigungsgründe ersichtlich noch Schuld ausschließende Gründe, insbesondere Entschuldigungsgründe, so dass Rechtswidrigkeit und Schuld vorliegen. A hat sich durch den Schuss wegen Totschlags an P nach § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Mitverwirklichte

<sup>33</sup> Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 165 f.

<sup>34</sup> Puppe, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 95 ff., 104 ff.

<sup>35</sup> Zu diesem Maßstab Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 383.

<sup>36</sup> Zu allen Argumenten Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 15 Rn. 34 ff.

Körperverletzungstatbestände treten in Gesetzeskonkurrenz zurück.<sup>37</sup>

## II. §§ 212 Abs. 1, 22 StGB zu Lasten R durch den Schuss

Indem A einen Schuss auf die Gruppe der Türsteher abgab, den R jedoch verfehlte, könnte er sich nach §§ 212 Abs. 1, 22 StGB wegen versuchten Totschlags an R strafbar gemacht haben.

### 1. Vorprüfung<sup>38</sup>

R kam nicht zu Tode, die Tat wurde also nicht vollendet. Der Versuch müsste unter Strafe gestellt sein. Nach § 23 Abs. 1 StGB ist der Versuch eines Verbrechens stets strafbar. Verbrechen sind nach § 12 Abs. 1 StGB Taten, die im Mindestmaß mit mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht sind. Die angedrohte Mindeststrafe für Totschlag beträgt nach § 212 Abs. 1 StGB fünf Jahre. Also handelt es sich um ein Verbrechen, dessen Versuch unter Strafe gestellt ist.

### 2. Subjektiver Tatbestand, sogenannter Tatentschluss<sup>39</sup>

A müsste mit Vorsatz in Bezug auf die objektiven Tatumstände des § 212 Abs. 1 StGB gehandelt haben. Er müsste also den Vorsatz gehabt haben, R zu töten. Das war scheinbar der Fall. Der Vorsatz des A schloss aber die Person ein, die er getroffen hat. Insofern bezog sich der Vorsatz auf P. Einen kumulativen oder alternativen Vorsatz, der sich auf zwei Personen bezogen hätte, hat A nicht gebildet. Wollte man das anders sehen, würde A der Vorsatz unterstellt, zwei Menschen zu töten.

*Hinweis:* Dass die Tat des A an P vollendet wurde, konnte auch schon in der Vorprüfung herausgearbeitet werden.

### 3. Ergebnis

A hat sich nicht des versuchten Totschlags an R schuldig gemacht.

*Hinweis:* Wer den Vorsatz, P zu töten, verneint, bejaht den Vorsatz, R zu töten, und gelangt zur Strafbarkeit wegen Versuchs. Ein Rücktritt könnte diskutiert werden (Fehlschlag, Zielerreichung, bereits eingetretene Vollendung etc.). Der Sachverhalt enthält aber keinerlei Informationen darüber, was nach dem Schuss des A geschah, so dass die Prüfung eines Rücktritts ausscheidet.

## B. Strafbarkeit des B

### I. §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB zu Lasten P durch Planung und Anweisung

Indem B die Idee hatte, einen Angehörigen des gegnerischen Clans zu erschießen, und überdies dem A vor Ort das Signal gab, den tödlichen Schuss abzugeben, könnte B sich nach §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB wegen Totschlags an P in Mittäterschaft strafbar gemacht haben.

<sup>37</sup> Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 294.

<sup>38</sup> Für diesen Prüfungspunkt z.B. Eisele/Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2023, Rn. 435 ff.

<sup>39</sup> Eisele/Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2023, Rn. 439.

## 1. Tatbestand<sup>40</sup>

### a) Tatbestandsmerkmale des § 212 Abs. 1 StGB

Mit dem Tod der P ist der tatbestandsmäßige Erfolg i.S.d. § 212 Abs. 1 StGB eingetreten. Allerdings hat B selbst durch seine Handlungen noch kein ausreichendes Tötungsrisiko geschaffen.

### b) Zurechnung nach § 25 Abs. 2 StGB

Möglicherweise kann dem B jedoch die Ausführung der Tat durch A, dessen tödlicher Schuss, in Mitäterschaft nach § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden. Das setzt gemeinschaftliche Tatbegehung voraus (§ 25 Abs. 2 StGB), also ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken aufgrund eines gemeinsamen Tatplans.<sup>41</sup> B hat in Gestalt der Idee zur Tat und durch sein späteres Beobachten und Signalgeben für den Schützen A einen objektiven Tatbeitrag geleistet. Diesen Beitrag brachte B in das arbeitsteilige Vorgehen mit A und C ein, mit denen er folglich zusammenwirkte. Indem A und C sich mit der Idee des B einverstanden erklärten und alle Einzelheiten vereinbart wurden, war Grundlage der Kooperation ein gemeinsamer Tatplan, die Tat so zu begehen, wie es später geschah. Im Zeitpunkt der Tatausführung (§§ 16 Abs. 1 S. 1, 8 StGB) hatte B auch weiterhin den kenntnisgetragenen Willen, also Vorsatz, seinen Tatbeitrag zu erbringen und zusammen mit A und C einen Menschen zu töten. Das

Zusammenwirken von A, B und C war somit bewusst und gewollt. Allerdings erscheint fraglich, ob die intellektuell prägende Mitwirkung des B im Vorfeld und sein Signalgeben am Tatort gegenüber dem Schuss des A, der allein über Leben und Tod entschied, einen täterschaftlichen Beitrag begründen oder bloße Teilnahme. Was einen Täter im Gegensatz zum Teilnehmer auszeichnet, ist umstritten.

#### aa) Gemischt subjektiv-objektive Theorie

Die gemischt subjektiv-objektive Theorie basiert auf der subjektiven Theorie, die denjenigen als Täter ansieht, der mit Täterwillen (*animus auctoris*) handelt, die Tat also als eigene will. Teilnehmer ist nach der subjektiven Theorie, wer mit Teilnehmerwillen (*animus socii*) handelt und die Tat als fremde veranlassen oder fördern will.<sup>42</sup> Um Täterschaft festzustellen, wird eine wertende Gesamtbetrachtung aller objektiven und subjektiven Umstände des Einzelfalls angestellt, unter Berücksichtigung insbesondere der Art und des Umfangs der Beteiligung, des Interesses an der Verwirklichung der Tat, der Tatherrschaft und des Willens zur Tatherrschaft.<sup>43</sup>

#### bb) Tatherrschaftslehre

Die Vertreter der Tatherrschaftslehre halten diesem Ansatz Beliebigkeit der Kriterien und Ergebnisse vor und stellen stattdessen allein auf den Maßstab der Tatherrschaft ab, im Falle der Mittäterschaft auf funktionelle Tatherrschaft. Tatherrschaft meint das vom Vorsatz umfasste In-den-Händen-Halten des tatbestandlichen Geschehensablaufs. Täter ist danach, wer als Zentralgestalt die Tatbestandsverwirklichung nach seinem Willen ablaufen lassen oder hemmen kann, Teilnehmer dagegen, wer

---

<sup>40</sup> Zum Aufbau bei Mittäterschaft beispielsweise *Rengier*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 44 Rn. 5 ff.

<sup>41</sup> *Eisele/Heinrich*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2023, Rn. 782.

<sup>42</sup> Vgl. zu diesem Ursprung *Rengier*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 41 Rn. 6 ff.

<sup>43</sup> BGH NJW 2021, 2896 (2899); BGH NStZ 1995, 285.



als Randfigur die Tatbegehung durch andere nur veranlasst oder fördert.<sup>44</sup>

### cc) Anwendung auf den Sachverhalt

Die gemischt subjektiv-objektive Theorie diagnostiziert bei B eigenes Interesse an der Tat – Ausschalten der unliebsamen Konkurrenz. Angesichts des nicht völlig untergeordneten Tatbeitrags des B (Initiative und Planung, Startsignal für den Schuss des A) kann davon ausgegangen werden, dass B die Tat als eigene wollte, also Täterwillen hatte.<sup>45</sup> Die Tatherrschaftslehre steht demgegenüber vor der Frage, ob eine intellektuelle Mitwirkung Tatherrschaft begründen kann. Das Problem, dass der intellektuell Mitwirkende die Entscheidung über Ob und Wie der tatsächlichen Ausführung aus der Hand gibt, wird im vorliegenden Fall allerdings dadurch abgemildert, dass B auch im Ausführungsstadium vor Ort war, eine Vorauswahl potenzieller Opfer traf und das entscheidende Signal gab, das den A zum Schuss veranlasste. Folglich kommt es nicht allein auf eine mögliche Gestaltungsherrschaft<sup>46</sup> des B durch die Planung im Vorfeld an. Vielmehr trägt B auch im Ausführungsstadium einen Anteil an der Entscheidungsherrschaft. Dem könnte zwar entgegengehalten werden, dass letztlich allein A die Tathandlung ausführte, so dass auch nur A entschied, zu schießen oder nicht. Das kann aber richtigerweise nicht den Ausschlag geben, soll eine Mittäterschaft überhaupt möglich sein. Auch in einer strengen Lesart kommt die Tatherrschaftslehre damit zum selben Ergebnis wie die gemischt subjektiv-objektive Theorie. B ist Mittäter. Ihm kann die Tatausführung durch den Schuss des A nach § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden. Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

*Hinweis:* Vertretbar konnte die Mittäterschaft verneint und stattdessen Beihilfe geprüft und bejaht werden.

### c) Vorsatz, Irrtum des A

B handelte grundsätzlich mit dem Vorsatz (§ 15 StGB), ein Clanmitglied, also einen Menschen zu töten. Dennoch stellt sich die Frage, ob B alle maßgeblichen Umstände der Tatausführung in seinen Vorsatz aufgenommen hatte (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB). Immerhin unterlag A einem Irrtum in Gestalt einer aberratio ictus. Zu untersuchen ist, wie sich dieser Irrtum auf B auswirkt. Was der error in persona eines Mittäters für die Strafbarkeit der anderen Mittäter bedeutet, ist umstritten.<sup>47</sup> Den Ausgangspunkt dieser Streitfrage bildet ein möglicher Irrtum auch des jeweiligen Mittäters, eine mögliche Abweichung vom Tatplan. Für B ist jedoch zu konstatieren, dass er die Vorsatzkonkretisierung durch A gar nicht mitvollzogen hat. Vielmehr war B egal, welcher Angehörige des gegnerischen Clans sterben würde. Bs Vorsatz war, ebenso wie der Tatplan, von vornherein weiter gefasst. Aus der Perspektive des B lag somit kein Fehlgehen der Tat und keinerlei Fehlvorstellung vor. Indem B keinem Irrtum unterlag, wirkt sich die aberratio ictus des A auf B in keiner Weise aus, ganz unabhängig davon, welcher Ansicht zur aberratio ictus man folgt. B handelte also vorsätzlich.

*Hinweis:* Wer das anders sehen wollte, käme für B neben §§ 212, 22, 25 Abs. 2 StGB auch zu § 222 StGB.

<sup>44</sup> Grundlegend *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 10 ff.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 41 Rn. 10 ff.

<sup>45</sup> Vgl. für einen ähnlichen Sachverhalt BGH NStZ 1995, 285.

<sup>46</sup> Dazu *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, Kap. 21 Rn. 47 ff.

<sup>47</sup> Zum Streitstand *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 44 Rn. 32 ff., § 45 Rn. 57 ff. m.w.N.

## 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Zugunsten des B sind weder Rechtfertigungsgründe ersichtlich noch Schuldausschließungsgründe, insbesondere Entschuldigungsgründe, so dass Rechtswidrigkeit und Schuld vorliegen.

## II. Ergebnis

B hat sich durch seine Initiative und das Signalgeben wegen Totschlags an P in Mittäterschaft nach §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht. Mitverwirklichte Körperverletzungstatbestände treten in Gesetzeskonkurrenz zurück.

## C. Strafbarkeit des C

### I. §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB zu Lasten P durch Sichern des Fluchtwegs

Indem C sich in einem zweiten Kraftfahrzeug zur Sicherung des gemeinsamen Fluchtwegs durch einen engen Torbogen an den Tatort begab, wo A den tödlichen Schuss abgab, könnte C sich nach §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB wegen Totschlags an P in Mittäterschaft strafbar gemacht haben.

#### 1. Tatbestand

##### a) Tatbestandsmerkmale des § 212 Abs. 1 StGB

Mit dem Tod der P ist der tatbestandsmäßige Erfolg i.S.d. § 212 Abs. 1 StGB eingetreten. Allerdings hat C selbst durch seine Handlungen noch kein ausreichendes Tötungsrisiko geschaffen.

##### b) Zurechnung nach § 25 Abs. 2 StGB

Möglicherweise kann dem C jedoch die Ausführung der Tat durch A, dessen tödlicher Schuss, in Mittäterschaft nach § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden. C hat auf der Basis des gemeinsamen Tatplans, den er durch seine Zustimmung mitgefasst hatte, in Kenntnis der Tatumstände arbeitsteilig mit A und B seinen eigenen Tatbeitrag – Sicherung des Fluchtwegs – ins Gesamtgeschehen eingebracht, also mit A und B bewusst und gewollt zusammengewirkt. Da C noch weiter von der Tatausführung entfernt war als B, stellt sich auch bei ihm die Frage, ob sein Tatbeitrag ihn zum Mittäter macht oder ob er als Teilnehmer einzustufen ist.

Die gemischt subjektiv-objektive Theorie kann C angesichts seines durchaus gewichtigen Tatbeitrags wegen seines eigenen Interesses an der erfolgreichen Einschüchterung der Konkurrenz Täterwillen zuschreiben und ihn als Mittäter einstufen. Die Tatherrschaftslehre dagegen steht vor der Frage, ob Unterstützungshandlungen einer Person, die sich nicht unmittelbar am Ort der Ausführungshandlung aufhält und deren Beitrag erst nach Vollendung der Tat wirksam wird, funktionelle Tatherrschaft vermitteln. Das könnte im vorliegenden Fall schon deshalb abzulehnen sein, weil C die Entscheidung aus der Hand gab, ob A vor dem „Night Owl“ einen tödlichen Schuss abgeben würde oder nicht. Allerdings werden die Rollenverteilung und das Gewicht der Tatbeiträge ausschlaggebend durch den gemeinsamen Tatplan bestimmt. Diesem Plan zufolge sollte C für die Flucht vor dem gegnerischen Clan einen engen Torbogen offenhalten und sichern. Es erscheint naheliegend, dass die Erfüllung dieser Aufgabe für die Entscheidung auch der anderen Beteiligten, das Risiko der Tatausführung auf sich zu nehmen, maßgebliche Bedeutung hatte. Insofern hätten A und B die Tat

nicht ausgeführt, hätte nicht auch C im Zuge der Tatausführung den Fluchtweg gesichert. Hinzu kommt, dass C sich im Ausführungsstadium immerhin in der Nähe des unmittelbaren Tatorts befand, so dass er dort hätte eingreifen können. Daher erscheint C als Zentralgestalt, die dem Tatplan nach über das Ob und Wie der Tatausführung mitbestimmte. C ist Mittäter. Ihm kann die Tatausführung durch den Schuss des A nach § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden. Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

*Hinweis:* Vertretbar konnte die Mittäterschaft verneint und stattdessen Beihilfe geprüft und bejaht werden.

### c) Vorsatz, Irrtum des A

C handelte grundsätzlich mit dem Vorsatz (§ 15 StGB), ein Clanmitglied, also einen Menschen zu töten. Auch bei ihm stellt sich die Frage, ob die aberratio ictus des A nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB seinen Vorsatz ausschließt. Ebenso wie B unterlag C freilich keinem Irrtum. Vielmehr umfasste sein Vorsatz von vornherein die Tötung eines beliebigen Angehörigen des gegnerischen Clans. Die aberratio ictus des A wirkt sich daher auf C in keiner Weise aus, ganz unabhängig davon, welcher Ansicht zur aberratio ictus man folgt. C handelte vorsätzlich.

## 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Zugunsten des C sind weder Rechtfertigungsgründe ersichtlich noch Schuldausschließungsgründe, insbesondere Entschuldigungsgründe, so dass Rechtswidrigkeit und Schuld vorliegen.

## II. Ergebnis

C hat sich durch das Sichern des Fluchtwegs wegen Totschlags in Mittäterschaft an P nach §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht. Mitverwirklichte Körperverletzungstatbestände treten in Gesetzeskonkurrenz zurück.

### Gesamtergebnis

A hat sich des Totschlags an P schuldig gemacht, strafbar nach § 212 Abs. 1 StGB. B und C haben sich wegen Totschlags an P in Mittäterschaft nach §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht. G hat sich des Betrugs schuldig gemacht, strafbar nach § 263 Abs. 1 StGB.

## Zwischenprüfungsklausur: Späte Reue

Wiss. Mitarbeiterin Ellen Hofmann, Wiss. Mitarbeiterin Jannika Hofmann,  
Prof. Dr. Markus Wagner, Bonn\*

### Sachverhalt

M ist selbstständiger Programmierer; allerdings läuft das Geschäft im Augenblick nicht gut. Als auch noch der Mietvertrag seiner Wohnung wegen Eigenbedarfs gekündigt wird, zieht er notgedrungen bei seiner neuen Freundin F und deren zweijährigem Kind K ein. F, die als Lehrerin arbeitet, sieht in der Situation eine Chance: Da M von zu Hause aus arbeitet, könne er auf K aufpassen, während sie in der Schule ist. Außerdem hofft sie, dass M über die Zeit eine Beziehung zu K aufbauen und ihm künftig den verstorbenen Vater ersetzen werde. M sieht sich jedoch gänzlich nicht in einer Vaterrolle, sondern findet es lästig, dass er sich um K kümmern und die Aufmerksamkeit der F mit dem Kind teilen muss. Gegenüber F lässt er sich seine Abneigung jedoch nicht anmerken, die deshalb von nichts ahnt und ihm daher zunehmend im Umgang mit K vertraut. Daher beschließt sie, K für eine Woche in der Obhut des M zu lassen, als sie erfährt, dass sie als Betreuerin eine Klassenfahrt begleiten soll.

M ist davon überhaupt nicht begeistert, lässt sich F gegenüber jedoch nichts anmerken. Er äußert seinem Bekannten B gegenüber, dass er F gerne „für sich alleine hätte“ und K am liebsten loswerden würde. B, den F in der Vergangenheit zurückgewiesen hatte, sieht seine Chance auf Rache gekommen. Er schlägt M vor, K in Abwesenheit der F sterben zu lassen, indem er das Kind schlichtweg nicht versorgt. Davon lässt M sich überzeugen.

Nachdem F abgereist ist, verweigert M dem K jegliche Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr. Nach drei Tagen ohne Flüssigkeit und Nahrung leidet K unter erheblichen Mangelerscheinungen und Krämpfen. M erkennt zutreffend, dass das Kind akut lebensgefährlich dehydriert und auf sofortige ärztliche Hilfe angewiesen ist, um die Folgen der Vernachlässigung und damit den Tod noch abwenden zu können. Gleichwohl bleibt er untätig. Zwar belastet ihn der Umstand, dass K offensichtlich erhebliche Schmerzen erleidet, er hofft aber, dass es „bald vorbeisein möge“.

Für M überraschend kommt F bereits am vierten Tag vorzeitig nach Hause, da die Klassenfahrt aufgrund einer Krankheitswelle unter den Schülern vorzeitig abgebrochen werden musste. Sie erfasst sofort die Lage und verlässt mit K die Wohnung. M versucht ihr hinterherzueilen, stolpert dabei aber, stößt sich den Kopf und wird bewusstlos. F bringt K ins nächstgelegene Krankenhaus, wo es sofort behandelt wird.

Als M wieder zu Bewusstsein kommt, folgt er F und K ins Krankenhaus, um sich nach Ks Zustand zu erkundigen und um Fs Vergebung zu bitten. Als er die Station betritt und sich nach der Zimmernummer erkundigt, verweigert ihm die Ärztin A, die über die Situation im Bild ist, den Zutritt, weil sie davon ausgeht, dass M gekommen ist, um „zu Ende zu bringen, was er angefangen hat“. Als M daraufhin versucht, an A vorbeizugehen, kündigt sie ihm an, ihn im Schockraum fixieren zu lassen, falls er weiterhin versuchen sollte, Kontakt zu K und F zu suchen. Davon lässt M sich abschrecken und zieht von dannen. K überlebt ohne dauerhafte gesundheitliche oder psychische Folgeschäden.

---

\* Prof. Dr. Wagner ist Inhaber der Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Bonn. Ellen Hofmann und Jannika Hofmann sind Wiss. Mitarbeiterinnen ebenda. Die Verf. danken Herrn Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg für wertvolle Hinweise und Anregungen.

**Bearbeitungsvermerk**

Die Strafbarkeit von M, B und A nach dem StGB ist gutachtlich zu prüfen. Die Bearbeitungszeit beträgt 180 Minuten. §§ 138, 171, 221 StGB sind *nicht* zu prüfen. Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt.

**Lösungsvorschlag**

<b>1. Handlungskomplex: Während der Klassenfahrt.....</b>	<b>1329</b>
<b>A. Strafbarkeit des M.....</b>	<b>1329</b>
<b>I. §§ 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1 StGB durch Nicht-Versorgen des K.....</b>	<b>1329</b>
1. Vorprüfung.....	1329
2. Tatentschluss/Subjektiver Tatbestand .....	1329
a) Hinsichtlich des Eintritts des tatbestandsmäßigen Erfolgs .....	1329
b) Hinsichtlich der Nichtvornahme (Unterlassung) einer geeigneten und erforderlichen Handlung trotz physisch-realer Handlungsmöglichkeit.....	1329
c) Hinsichtlich der hypothetischen Kausalität des Unterlassens für den konkreten Erfolg .....	1329
d) Hinsichtlich der objektiven Zurechenbarkeit des Erfolgs .....	1330
e) Hinsichtlich der Garantenstellung .....	1330
f) Hinsichtlich der Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen .....	1331
3. Unmittelbares Ansetzen .....	1331
4. Rechtswidrigkeit und Schuld .....	1331
5. Rücktritt, § 24 Abs. 1 StGB.....	1331
6. Ergebnis.....	1332
<b>II. §§ 211, 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1 StGB durch Nicht-Versorgen des K .....</b>	<b>1332</b>
1. Tatentschluss .....	1332
a) Vorsatz hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale des § 212 Abs. 1 StGB.....	1332
b) Vorsatz hinsichtlich der Mordmerkmale der 2. Gruppe.....	1332
aa) Heimtücke .....	1332
bb) Grausam.....	1334
cc) Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe (niedrige Beweggründe) .....	1335
2. Unmittelbares Ansetzen .....	1335
3. Rechtswidrigkeit und Schuld .....	1335
4. Rücktritt, § 24 Abs. 1 StGB.....	1335
5. Ergebnis.....	1336
<b>III. §§ 225 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 1 Var. 1, 13 StGB durch Nicht-Versorgen des K .....</b>	<b>1336</b>

1. Objektiver Tatbestand.....	1336
a) Grunddelikt.....	1336
aa) Tatopfer/Schutzverhältnis.....	1336
bb) Erfolg und tatbestandsmäßiges Verhalten .....	1336
b) Qualifikationstatbestand.....	1337
2. Subjektiver Tatbestand .....	1338
a) Vorsatz hinsichtlich des Grundtatbestands.....	1338
b) Vorsatz hinsichtlich der Qualifikation .....	1338
3. Rechtswidrigkeit und Schuld .....	1338
4. Ergebnis.....	1338
<b>IV. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5, 13 StGB durch Nicht-Versorgen des K .....</b>	<b>1338</b>
<b>V. Konkurrenzen .....</b>	<b>1338</b>
<b>B. Strafbarkeit des B .....</b>	<b>1339</b>
<b>I. §§ 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB .....</b>	<b>1339</b>
1. Tatbestand.....	1339
a) Objektiver Tatbestand .....	1339
aa) Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat .....	1339
bb) Bestimmen zur Haupttat.....	1339
b) Subjektiver Tatbestand.....	1339
c) Tatbestandsverschiebung? .....	1339
2. Ergebnis.....	1340
<b>II. §§ 211, 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB .....</b>	<b>1340</b>
1. Tatbestand.....	1340
a) Objektiver Tatbestand .....	1340
b) Subjektiver Tatbestand.....	1340
c) Tatbestandsverschiebung? .....	1341
2. Rechtswidrigkeit und Schuld .....	1341
3. Ergebnis.....	1341
<b>III. §§ 225 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 1 Var. 1, 13, 26 StGB .....</b>	<b>1342</b>
1. Tatbestand.....	1342
a) Objektiver Tatbestand .....	1342
aa) Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat .....	1342
bb) Bestimmen zur Haupttat.....	1342
b) Subjektiver Tatbestand.....	1342

c) Akzessorietätslockerung.....	1342
2. Ergebnis.....	1342
<b>IV. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB, 13, 26 StGB.....</b>	<b>1342</b>
<b>V. Konkurrenzen.....</b>	<b>1343</b>
<b>2. Handlungskomplex: Im Krankenhaus (Strafbarkeit der A).....</b>	<b>1343</b>
<b>I. § 240 Abs. 1 StGB durch Ankündigung der Fixierung.....</b>	<b>1343</b>
1. Tatbestand.....	1343
a) Objektiver Tatbestand.....	1343
aa) Nötigungshandlung.....	1343
bb) Nötigungserfolg.....	1343
b) Subjektiver Tatbestand.....	1344
2. Rechtswidrigkeit.....	1344
a) Keine Rechtfertigungsgründe.....	1344
b) Verwerflichkeitsklausel.....	1344
3. Irrtum über rechtfertigende Umstände.....	1344
a) Vorliegen von rechtfertigenden Umständen bei Zugrundelegung der Vorstellung der A.....	1344
aa) Nothilfelage.....	1344
bb) Nothilfehandlung.....	1345
cc) Subjektives Rechtfertigungselement.....	1345
dd) Zwischenergebnis.....	1345
b) Rechtsfolge.....	1345
aa) Vorsatztheorie.....	1345
bb) Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen.....	1346
cc) Strenge Schuldtheorie.....	1346
dd) Eingeschränkte Schuldtheorie.....	1346
ee) Rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie.....	1347
ff) Streitentscheid.....	1347
4. Ergebnis.....	1347
<b>II. § 241 Abs. 1 StGB durch Ankündigung der Fixierung.....</b>	<b>1347</b>
<b>III. Gesamtergebnis.....</b>	<b>1347</b>



## 1. Handlungskomplex: Während der Klassenfahrt

### A. Strafbarkeit des M

#### I. §§ 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1 StGB durch Nicht-Versorgen des K

M könnte sich wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er K jegliche Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr verweigerte.

#### 1. Vorprüfung

K ist nicht tot. In Ermangelung eines tatbestandlichen Erfolges (Tod eines anderen Menschen) nach § 212 Abs. 1 StGB ist die Tat nicht vollendet. Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Var. 1, 12 Abs. 1 StGB.

*Hinweis:* Dieser Prüfungspunkt kann schadlos entfallen. Die Strafbarkeit des Versuchs muss dann jedoch aus der Normenkette hervorgehen.

#### 2. Tatentschluss/Subjektiver Tatbestand

M müsste dazu entschlossen gewesen sein, einen anderen Menschen durch Unterlassen zu töten.

*Hinweis:* Eine derart ausführliche Prüfung ist nicht erforderlich. Die Studierenden können sich hier kürzer halten, da keine Probleme enthalten sind.

#### a) Hinsichtlich des Eintritts des tatbestandsmäßigen Erfolgs

M kam es gerade auf den Tod von K an,<sup>1</sup> sodass er insoweit absichtlich im Sinne eines zielgerichteten Willens hinsichtlich der Erfolgsherbeiführung handelte (dolus directus 1. Grades).

#### b) Hinsichtlich der Nichtvornahme (Unterlassung) einer geeigneten und erforderlichen Handlung trotz physisch-realer Handlungsmöglichkeit

M wusste, dass er in der Lage gewesen wäre, K zu versorgen, und dass K altersbedingt und aufgrund der Abwesenheit der Mutter auch auf seine Versorgung angewiesen war. M erkannte darüber hinaus, dass K nach drei Tagen aufgrund der mangelnden Versorgung auf sofortige ärztliche Hilfe angewiesen war, um den Tod abzuwenden, was er unterließ, um den Tod herbeizuführen. Er handelte daher auch insoweit absichtlich.

#### c) Hinsichtlich der hypothetischen Kausalität des Unterlassens für den konkreten Erfolg

M müsste weiterhin vorsätzlich hinsichtlich der hypothetischen Kausalität seines Unterlassens für den Erfolgseintritt gehandelt haben. Hypothetisch kausal ist jede Handlung, die nicht hinzugedacht

---

<sup>1</sup> Zur herrschenden Vorsatzdefinition und den herkömmlich unterschiedenen Formen vgl. nur etwa Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 14 Rn. 5 ff.

werden kann, ohne dass der tatbestandliche Erfolg in seiner konkreten Gestalt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfiel.<sup>2</sup> M wusste, dass K bei ordnungsgemäßer Versorgung nicht sterben würde, und erkannte, dass der Tod bei sofortiger ärztlicher Hilfe nach den drei Tagen noch abgewandt werden konnte, sah aber zielgerichtet davon ab. Mithin handelte er absichtlich hinsichtlich der hypothetischen Kausalität.

#### d) Hinsichtlich der objektiven Zurechenbarkeit des Erfolgs

M wusste, dass die Nichtversorgung des K eine rechtlich missbilligte Gefahr für das Rechtsgut Leben des K darstellt, und wollte gerade, dass sich diese im Erfolg, d.h. dem Tod des K, realisiert. Mithin handelte er auch hinsichtlich der objektiven Zurechenbarkeit<sup>3</sup> absichtlich.

#### e) Hinsichtlich der Garantenstellung

Weiterhin müsste M Vorsatz hinsichtlich seiner eigenen Garantenstellung haben. Eine Garantenstellung kann sich daraus ergeben, dass der Täter für den Schutz des Rechtsguts verantwortlich ist (Beschützergarant) oder, dass er die Verantwortung für eine bestimmte Gefahrenquelle innehat (Überwachergarant).<sup>4</sup> Für den Vorsatz reicht es, dass der Täter die Umstände erkennt, aus denen sich seine Garantenstellung ergibt,<sup>5</sup> ohne dass er dies rechtlich zutreffend als Garantenstellung bewerten muss<sup>6</sup>.

M ist nicht der rechtliche Vater des K, sodass sich seine Garantenstellung nicht bereits aus der Stellung als Elternteil gem. § 1626 Abs. 1 BGB ergibt. M lebt jedoch mit F und deren Kind in einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft und übernimmt auch hinsichtlich des K Versorgungsaufgaben, wodurch eine Beschützergarantenstellung entstehen könnte. Jedenfalls hat M für die Dauer der Klassenfahrt die tatsächliche Sorge für K übernommen und ist daher (vergleichbar mit einem Babysitter) Beschützergarant kraft tatsächlicher Übernahme<sup>7</sup>.

M weiß, dass F im Vertrauen darauf, dass er sich um K kümmert, auf die Klassenfahrt gefahren ist und er die Sorge für K tatsächlich übernommen hat. Mithin erkennt er die Umstände, aus denen sich seine Garantenstellung ergibt, sodass er diesbezüglich vorsätzlich handelte.

*Hinweis:* Dass M in Wahrheit K gar nicht versorgen will, steht dem nicht entgegen. Entscheidend ist, dass ihm bewusst ist, dass er durch sein äußerliches Verhalten einen Vertrauenstatbestand schafft.

<sup>2</sup> Exemplarisch BGH, Beschl. v. 23.5.2000 – 4 StR 157/00 = NStZ 2000, 583; vgl. *Gaede*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 14 m.w.N. Zum Umgang damit in der Fallbearbeitung vgl. *Bock/Nicklaus*, ZJS 2023, 471. Zu den Anforderungen an den diesbezüglichen Vorsatz vgl. die jüngste (nun beigelegte) Kontroverse zwischen den Strafsenaten des BGH: BGH, Urt. v. 28.6.2017 – 5 StR 20/16 = BGHSt 62, 223 = NStZ 2017, 701 m. Anm. *Hoven*; dagegen BGH, Urt. v. 19.8.2020 – 1 StR 474/19, Rn. 20 f. = NJW 2021, 326 (328); BGH, Urt. v. 4.8.2021 – 2 StR 178/20 m. Anm. *Bock*, ZfStw 9–10/2022, 563; BGH, Beschl. v. 9.3.2022 – 4 StR 200/21; so nun auch BGH, Beschl. v. 27.9.2022 – 5 ARs 34/22 = BeckRS 2022, 32026.

<sup>3</sup> Zur Grundformel vgl. nur etwa *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 13 Rn. 46 ff.; zur Umformulierung beim Unterlassungsdelikt vgl. *Kölbel*, JuS 2006, 309.

<sup>4</sup> *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 50 Rn. 3 ff.

<sup>5</sup> Exemplarisch BGH, Beschl. v. 24.4.2018 – 1 StR 160/18, Rn. 14 = StV 2018, 736; *Gaede*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 20 m.w.N.

<sup>6</sup> Grdl. BGH, Beschl. v. 29.5.1961 – GSSt 1/61 = BGHSt 16, 155; diff. aber bspw. *Gaede*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 20 m.w.N.

<sup>7</sup> BGH, Urt. v. 7.9.1983 – 2 StR 239/83 = NStZ 1984, 163.

#### f) Hinsichtlich der Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen

Bei Erfolgsdelikten wie dem Totschlag entspricht die pflichtwidrige Nichtabwendung durch einen Garanten der aktiven Erfolgsherbeiführung.<sup>8</sup> Da M die Tötung anstrebte, handelte er auch hinsichtlich der Gleichwertigkeit seines Unterlassens mit einem aktiven Tun vorsätzlich.

### 3. Unmittelbares Ansetzen

M müsste zur Tatbegehung unmittelbar angesetzt haben. Ein unmittelbares Ansetzen i.S.d. § 22 StGB liegt nach der h.M. vor, wenn der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat subjektiv die Schwelle zum „Jetzt geht es los“ überschreitet und objektiv Handlungen vornimmt, die bei ungestörtem Fortgang ohne wesentliche Zwischenakte zur Tatbestandsverwirklichung führen oder mit ihr in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen.<sup>9</sup>

Umstritten ist, wann die Schwelle zum Versuch beim Unterlassungsdelikt überschritten wird.<sup>10</sup>

Nach der engsten Ansicht ist dies bereits dann der Fall, wenn der Garant die erste Rettungsmöglichkeit verstreichen lässt.<sup>11</sup> Danach hätte M bereits am ersten Tag der Abwesenheit von F durch das Nichtversorgen des K die Schwelle überschritten.

Nach der weitesten Ansicht ist hingegen auf das Verstreichenlassen der letzten Rettungsmöglichkeit abzustellen.<sup>12</sup> Danach hätte M erst, als er es unterließ, für K ärztliche Hilfe zu holen, obwohl K darauf angewiesen war, um die Folgen der Vernachlässigung und damit den Tod abzuwenden, unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt.

Die vermittelnde Ansicht wendet § 22 StGB sinngemäß an, sodass der Garant dann eingreifen muss, wenn sich das Opfer in einer Lage befindet, in der aus Sicht des Täters für das tatbestandlich geschützte Rechtsgut eine unmittelbare Gefahr entsteht oder eine bestehende Gefahr erhöht wird.<sup>13</sup> Bei einem Kleinkind im Alter von zwei Jahren ist in der Regel davon auszugehen, dass am dritten Tag ohne Nahrung und Flüssigkeit eine akute Gefahr für das Leben besteht; spätestens jedoch auch in dem Zeitpunkt, in dem M erkennt, dass K auf sofortige ärztliche Hilfe angewiesen ist.

Da alle Ansichten zum selben Ergebnis kommen, ist ein Streitentscheid entbehrlich. M hat zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar angesetzt.

### 4. Rechtswidrigkeit und Schuld

M handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

### 5. Rücktritt, § 24 Abs. 1 StGB

M könnte jedoch gem. § 24 Abs. 1 StGB strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten sein, indem er nach der Rückkehr von M keine weiteren Schritte zur Tötung von K unternahm.

---

<sup>8</sup> Exemplarisch BGH, Urt. v. 4.8.2015 – 1 StR 624/14, Rn. 39 = NJW 2015, 3047 (3048 f.); *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 4; jeweils m.w.N.

<sup>9</sup> St. Rspr., vgl. nur etwa BGH, Urt. v. 17.3.2022 – 4 StR 223/21 = BeckRS 2022, 7965.

<sup>10</sup> Dazu *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2023, 14. Problem.

<sup>11</sup> *Herzberg*, MDR 1973, 89 (93); *Maihofer*, GA 1958, 289 (297 f.); *Schröder*, JuS 1962, 81 (86).

<sup>12</sup> *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 210 ff., insb. 215 ff.; *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 221.

<sup>13</sup> H.A., vgl. bspw. BGH, Urt. v. 13.9.1994 – 1 StR 357/94 = BGHSt 40, 257; *Gaede*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 23 m.w.N.

Dafür dürfte der Versuch nicht fehlgeschlagen sein. Dies ist der Fall, wenn der Täter die Tat nach seiner Vorstellung im Zeitpunkt des Rücktrittsverhaltens mit den bereits eingesetzten oder den zur Hand liegenden Mitteln nicht mehr ohne zeitliche Zäsur vollenden kann.<sup>14</sup> Da M stolperte und bewusstlos wurde, konnte er F zunächst nicht folgen und die Tat nach seiner Vorstellung nicht mehr ohne zeitliche und räumliche Zäsur vollenden. Der Versuch ist mithin fehlgeschlagen. Ein strafbefreiender Rücktritt ist daher ausgeschlossen.

*Hinweis:* Ein Rücktritt ist hier so fernliegend, dass es unschädlich ist, wenn nur kurz festgestellt wird, dass ein solcher nicht in Betracht kommt. Sollte fälschlicherweise ein Fehlschlag abgelehnt werden, scheitert der Rücktritt jedenfalls an aktiven Vollendungsverhinderungsmaßnahmen, weil ein beendeter Versuch vorliegt.

## 6. Ergebnis

M hat sich gem. §§ 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1 StGB wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen strafbar gemacht.

### II. §§ 211, 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1 StGB durch Nicht-Versorgen des K

M könnte sich darüber hinaus durch dieselbe Handlung wegen versuchten Mordes durch Unterlassen gem. §§ 211, 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

#### 1. Tatentschluss

##### a) Vorsatz hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale des § 212 Abs. 1 StGB

M wollte einen anderen Menschen töten (siehe oben).

##### b) Vorsatz hinsichtlich der Mordmerkmale der 2. Gruppe

M könnte Vorsatz hinsichtlich objektiver Mordmerkmale gehabt haben.

##### aa) Heimtücke

In Betracht kommt zunächst, dass M Vorsatz bzgl. einer heimtückischen Begehungsweise hatte, indem er gerade den Umstand, dass F ihm vertraute und ihm daher K überließ, zur Tötung ausnutzen wollte.

Heimtückisch handelt, wer die auf Arglosigkeit beruhende Wehrlosigkeit einer anderen Person bewusst zur Tötung ausnutzt.<sup>15</sup> Arglos in diesem Sinne ist, wer zum Zeitpunkt des Beginns der Tat

<sup>14</sup> Exemplarisch BGH, Beschl. v. 21.8.2018 – 3 StR 205/18 = NStZ 2018, 718; *Engländer*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 24 Rn. 12 ff. m.w.N.

<sup>15</sup> St. Rspr.; hierzu und zum Folgenden vgl. exemplarisch BGH, Urt. v. 30.3.2023 – 4 StR 234/22, Rn. 21 f. = NJW 2023, 2291 (2293) m.w.N. Das von der Rspr. üblicherweise noch zitierte Erfordernis des Handelns in „feindlicher Willensrichtung“ ist sehr eng auszulegen und daher kaum noch von Bedeutung, vgl. BGH, Urt. v. 19.6.2019 – 5 StR 128/19 = BGHSt 64, 111; dazu *Theile*, ZJS 2019, 525; es sollte daher nur bei Anlass als möglicher Restriktionsansatz thematisiert werden (a.A. aber *Stam*, ZIS 2020, 336). Es ist unschädlich, wenn die Studierenden es in die Definition mitaufnehmen, solange es der Rechtsprechung entsprechend restriktiv gehandhabt wird.

nicht mit einem Angriff auf seine körperliche Unversehrtheit oder sein Leben rechnet. Wehrlos im genannten Sinne ist, wer infolge seiner Arglosigkeit zu Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs zur Verteidigung außer Stande oder in seiner Verteidigung stark eingeschränkt ist.

*Hinweis:* Es ist grundsätzlich umstritten, ob Heimtücke bei Unterlassungstötungen anwendbar ist.<sup>16</sup> Die Kenntnis dieses Streits wird nicht erwartet; Ausführungen in diese Richtung – z.B. unter argumentativem Rückgriff auf die Entsprechungsklausel – sollten dementsprechend honoriert werden.

Fraglich ist, ob K zum Zeitpunkt der unterlassenen Versorgung nach der Vorstellung des M arglos war. Arglosigkeit setzt die Fähigkeit voraus, Argwohn zu hegen. Diese ist insbesondere bei sehr kleinen Kindern unter drei Jahren noch nicht vorhanden.<sup>17</sup> Da K erst zwei Jahre alt war, was M auch wusste, würde ein Vorsatz hinsichtlich der Arglosigkeit grundsätzlich ausscheiden.

*Hinweis:* Der BGH hat jedoch bereits vertreten, dass ein heimtückischer Mord an einem Kleinkind dennoch möglich sein soll, wenn dessen natürliche Abwehrinstinkte gezielt umgangen oder ausgeschaltet werden (z.B. durch das Vermischen des tödlichen Mittels mit einem süßen Brei<sup>18</sup>). Unabhängig davon, ob man dieser Rechtsprechung folgen will, ist ein solches Vorgehen nicht vom Vorsatz des M umfasst, sodass M keinen Vorsatz hinsichtlich der Arglosigkeit des K hat.

Allerdings ist nach st. Rspr.<sup>19</sup> ein versuchter heimtückischer Mord an einem Kleinkind dann möglich, wenn M vorsätzlich bzgl. des Ausnutzens der auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosigkeit eines im Hinblick auf K schutzbereiten Dritten gehandelt hat. Schutzbereiter Dritter ist „jede Person, die den Schutz eines Kleinkindes vor Leib- und Lebensgefahr dauernd oder vorübergehend übernommen hat und diesen im Augenblick der Tat entweder tatsächlich ausübt oder dies deshalb nicht tut, weil sie dem Täter vertraut“<sup>20</sup> oder von diesem ausgeschaltet wurde<sup>21</sup>. Der potenziell schutzbereite Dritte muss jedoch nach den Umständen des Einzelfalls den Schutz wirksam erbringen können, wofür eine gewisse räumliche Nähe erforderlich ist.<sup>22</sup> Daran fehlt es jedenfalls, „wenn aufgrund der räumlichen Entfernung vom Tatort der tödliche Angriff schon gar nicht wahrgenommen werden kann und eine Gegenwehr des Dritten auch deshalb zu spät käme, weil hierfür erst eine erhebliche räumliche Distanz überwunden werden müsste.“<sup>23</sup>

*Hinweis:* Eine derart detaillierte Kenntnis der Rechtsprechung kann von den Studierenden nicht erwartet werden. Erwartet werden kann jedoch, dass die Studierenden die Figur des schutzbereiten

<sup>16</sup> Dafür etwa BGH, Beschl. v. 7.7.2009 – 3 StR 204/09 = NStZ 2010, 87; *Berster*, ZIS 2011, 255 (258 ff.); dagegen insb. *Bachmann/Goeck*, NStZ 2010, 510 f.; *Rauber*, Mord durch Unterlassen?, 2008, S. 68 ff., insb. 93 f., 101, 103; *Roxin*, in: FS Lüderssen, 2003, S. 577 (583); *ders.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 32 Rn. 239; *Sinn*, in: SK-StGB, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, § 211 Rn. 51.

<sup>17</sup> So bspw. bereits BGH, Urte. v. 25.11.1952 – 1 StR 477/52 = BGHSt 3, 330 (332); *Saliger*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 211 Rn. 54 m.w.N.

<sup>18</sup> BGH, Urte. v. 7.6.1955 – 5 StR 104/55 = BGHSt 8, 216.

<sup>19</sup> Bspw. BGH, Beschl. v. 5.8.2014 – 1 StR 340/14 = NStZ 2015, 215; BGH, Urte. v. 21.11.2012 – 2 StR 309/12 = NStZ 2013, 158 (159) m.w.N.

<sup>20</sup> BGH, Urte. v. 21.11.2012 – 2 StR 309/12 = NStZ 2013, 158 (159) m.w.N.

<sup>21</sup> So bspw. bei BGH, Beschl. v. 13.10.2005 – 5 StR 401/05 = NStZ-RR 2006, 43.

<sup>22</sup> Dazu zuletzt BGH, Beschl. v. 12.7.2023 – 6 StR 231/23 = NStZ 2023, 675 m.w.N.

<sup>23</sup> BGH, Beschl. v. 12.7.2023 – 6 StR 231/23 = NStZ 2023, 675 (675 f.).

Dritten kennen und sich mit dem Problem auseinandersetzen, ob F aufgrund der räumlichen Distanz darunter zu subsumieren ist.

F ist als Mutter des K grundsätzlich zu dessen Schutz verpflichtet, was M auch bewusst war. Jedoch befand sich F, wie M auch wusste, zum Zeitpunkt des Unterlassens auf Klassenfahrt, sodass sie den Schutz nach seiner Vorstellung nicht tatsächlich ausüben konnte. Auch ein gezieltes Ausschalten ist vom Vorsatz des M nicht umfasst. Allerdings ließ F K gerade in der Obhut des M, während sie auf Klassenfahrt fuhr, weil sie diesem im Umgang mit K vertraute, was M auch bewusst war. M ließ F auch bewusst in diesem Vertrauen, indem er ihr nichts von seiner Abneigung gegenüber K erzählte, und hat sie damit durch tückisches Verhalten in Sicherheit gewogen. Fraglich ist jedoch, ob M auch Vorsatz bzgl. des Umstands hatte, dass F den Schutz wirksam erbringen hätte können, da nur dann ein heimtückisches Vorgehen vorliegen soll. M wusste, dass F sich auf Klassenfahrt befand. Nach der Vorstellung des M konnte F den tödlichen Angriff daher gar nicht wahrnehmen und es bestand keine hinreichende räumliche Nähe. Mithin hatte M keinen Vorsatz hinsichtlich einer heimtückischen Vorgehensweise.

*Hinweis:* Daher erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit den Restriktionsansätzen. A.A. vertretbar. Sofern Heimtückeversatz bejaht wird, müssen konsequenterweise Restriktionsansätze diskutiert werden.

#### bb) Grausam

Weiterhin könnte M Vorsatz hinsichtlich einer grausamen Begehungsweise gehabt haben.

Grausam tötet, wer dem Opfer besondere Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art aus gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung zufügt, die über das zur Tötung erforderliche Maß hinausgehen.<sup>24</sup> Diese besonderen Schmerzen müssen nach der Vorstellung des M auch während eines vom Tötungsvorsatz umfassten Handels eintreten, damit eine (versuchte) grausame Tötung vorliegt.

*Hinweis:* Der BGH hat festgestellt, dass in dem Zeitraum, in welchem das Tatopfer (bereits oder noch) besonders quälende Schmerzen erleidet, ein Tötungsvorsatz vorliegen muss, damit die grausame Tötung bejaht werden kann.<sup>25</sup> Sofern Kinder aufgrund chronischer Mangelernährung kein Verlangen mehr nach Essen und Trinken verspüren, d.h. keine besonders qualvollen Schmerzen mehr verspüren, und erst zu diesem Zeitpunkt ein Tötungsvorsatz besteht, scheidet eine grausame Tötung daher aus. So liegt der Fall hier jedoch nicht.

Das Verdursten- bzw. Verhungernlassen stellt eine Tötungsmethode dar, die bei einem Kleinkind, so auch bei K, zu über mehrere Tage andauernden erheblichen Schmerzen führt, welche über das für eine Tötung erforderliche Maß hinausgehen. M erkennt, dass K aufgrund der mangelnden Versorgung offensichtlich unter erheblichen Schmerzen leidet, so dass er Vorsatz i.S.d. dolus directus 2. Grades hinsichtlich des Zufügens besonderer Schmerzen hatte. Da M zum Zeitpunkt, in dem er die

<sup>24</sup> Bspw. BGH, Beschl. v. 21.6.2007 – 3 StR 180/07 = NStZ 2008, 29.

<sup>25</sup> BGH, Beschl. v. 13.3.2007 – 5 StR 320/06 = NStZ 2007, 402 (403).

besonderen Schmerzen des K erkennt, weiterhin an seinem Plan festhält, strebt er nach wie vor dessen Tod an. Mithin liegt sein Tötungsvorsatz zeitgleich mit dem Vorsatz bzgl. der besonderen Schmerzen vor.

Fraglich ist jedoch, ob M auch mit gefühlloser unbarmherziger Gesinnung handelt. Dass K offensichtlich unter starken Schmerzen leidet, belastet M. Darüber hinaus hofft er, dass es bald vorbei sein möge. Eine gefühllose unbarmherzige Gesinnung des M ist mithin abzulehnen. M handelte nicht vorsätzlich hinsichtlich einer grausamen Begehungsweise.

*Hinweis:* A.A. gut vertretbar. Insbesondere dahingehend, dass die „gefühllose unbarmherzige Gesinnung“ von Teilen der Literatur als eigenständiges Merkmal abgelehnt wird<sup>26</sup> oder wenn man es hierfür ausreichen lässt, dass der Täter die Schmerzen in Kenntnis der Wirkungsweise seines Vorgehens zufügt<sup>27</sup>.

### cc) Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe (niedrige Beweggründe)

Zudem könnte M aus niedrigen Beweggründen gehandelt haben. Niedrig ist ein Beweggrund, wenn er nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe steht und deshalb besonders verachtenswert ist.<sup>28</sup> Dies beurteilt sich aufgrund einer Gesamtwürdigung, welche die Umstände der Tat, die Lebensverhältnisse des Täters und seine Persönlichkeit umfasst.<sup>29</sup>

M wollte den Tod des K herbeiführen, weil er es als lästig empfand, sich um K zu kümmern und die Aufmerksamkeit der F mit dem Kind zu teilen. Diese Motivation ist von einer krassen Eigensucht gekennzeichnet. Die Tötung eines Kleinkindes, um sich nicht mehr darum kümmern zu müssen und um die Freundin für sich zu haben, ist zudem menschlich nicht mehr nachvollziehbar, sodass ein niedriger Beweggrund vorliegt.

*Hinweis:* A.A. schwer vertretbar, höchstens unter Hinweis auf eine gebotene (sehr) restriktive Auslegung der Mordmerkmale.

## 2. Unmittelbares Ansetzen

M hat, wie bereits geprüft, auch unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt.

## 3. Rechtswidrigkeit und Schuld

M handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

## 4. Rücktritt, § 24 Abs. 1 StGB

Da der Versuch fehlgeschlagen ist, ist kein strafbefreiender Rücktritt möglich (siehe oben).

<sup>26</sup> So bspw. *Schneider*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 211 Rn. 145 ff. m.w.N.

<sup>27</sup> So etwa *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 211 Rn. 27.

<sup>28</sup> St. Rspr., vgl. etwa BGH, Urt. v. 24.1.2024 – 1 StR 363/23 = NStZ-RR 2024, 144 (145) m.w.N.

<sup>29</sup> Exemplarisch BGH, Urt. v. 11.5.2022 – 2 StR 445/21, Rn. 21 = NStZ 2022, 541 (542) m.w.N.



## 5. Ergebnis

M hat sich wegen versuchten Mordes durch Unterlassen gem. §§ 211 Abs. 1, Abs. 2 Gr. 1, 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

### III. §§ 225 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 1 Var. 1, 13 StGB durch Nicht-Versorgen des K

*Hinweis:* Soweit auf das böswillige Vernachlässigen abgestellt wird, ist umstritten, ob auf § 13 StGB zu rekurrieren ist.<sup>30</sup> Insoweit ist es unschädlich, wenn diese Vorschrift nicht mitzitiert wird. Anderes gilt beim Quälen durch Unterlassen.

M könnte sich wegen schwerer Misshandlung von Schutzbefohlenen (durch Unterlassen) gem. §§ 225 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 1 Var. 1, 13 StGB strafbar gemacht haben, indem er K jegliche Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr verweigerte.

#### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Grunddelikt

##### aa) Tatopfer/Schutzverhältnis

Das Tatopfer der Misshandlung muss unter 18 Jahren oder wegen Gebrechlichkeit oder Krankheit wehrlos sein und darüber hinaus in einem der in Nrn. 1–4 genannten Schutzverhältnisse stehen.

K ist zwei Jahre alt und daher unter 18 Jahre. M ist aber nicht dessen rechtlicher Vater, weshalb kein Fürsorgeverhältnis (Nr. 1) vorliegt. F hat K in der Obhut des M für die Dauer der Klassenfahrt gelassen. Mithin liegt ein Schutzverhältnis i.S.d. Nr. 3 zwischen M und K vor. Hierin liegt auch ein Garantenverhältnis i.S.d. § 13 StGB (siehe oben).

##### bb) Erfolg und tatbestandsmäßiges Verhalten

M könnte K durch Unterlassen gequält haben. Quälen bedeutet das Verursachen länger dauernder oder sich wiederholender erheblicher Schmerzen oder Leiden.<sup>31</sup> Infolge der Mangelernährung erleidet K erhebliche Krämpfe und sonstige Schmerzen, die bei Erfüllung der Pflicht zur Versorgung hätten vermieden werden können. Diese ziehen sich auch über mehrere Tage hinweg, weshalb sie auch länger andauern.

Umstritten ist aber, ob hinzukommen muss, dass der Täter auch aus einer gefühllosen und unbarmherzigen Gesinnung heraus handelt.<sup>32</sup> Dies ist hier jedoch nicht der Fall (siehe oben), weshalb der Streit entschieden werden muss. Für das Erfordernis sprechen zum einen der Wortlaut und zum anderen der systematische Vergleich mit den anderen beiden Tatvarianten, die ebenfalls vergleichbare Voraussetzungen aufweisen.

<sup>30</sup> So wohl bspw. *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 13 Rn. 134 f.; krit. dazu *M. Wagner*, Die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB, 2024, S. 186 ff. m.w.N.

<sup>31</sup> Exemplarisch BGH, Urt. v. 30.3.1995 – 4 StR 768/94 = NJW 1995, 2045.

<sup>32</sup> Dafür insbesondere *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 225 Rn. 13 m.w.N.

*Hinweis:* Die Tatvariante des „rohen Misshandelns“ scheidet jedenfalls mangels einer gleichgültigen Gesinnung<sup>33</sup> aus.

Ein Quälen durch Unterlassen scheidet damit aus.

*Hinweis:* A.A.<sup>34</sup> vertretbar. Dieser Streit kann auch im subjektiven Tatbestand ergänzend zum Vorsatz hinsichtlich der objektiven Dimension des Quälens geprüft werden.

M könnte K durch böswillige Vernachlässigung der Sorgspflicht an der Gesundheit geschädigt haben.

Eine Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines vom Normalzustand der körperlichen Funktionen des Menschen nachteilig abweichenden, d.h. pathologischen, Zustands.<sup>35</sup> Indem M dem zweijährigen K keine Nahrung und Flüssigkeit gegeben hat, hat er seine Sorgpflicht vernachlässigt. Dadurch litt K an Mangelerscheinungen und Krämpfen, was einen von Normalzustand abweichenden und d.h. krankhaften Zustand und demnach eine Gesundheitsschädigung darstellt. Dies geschah auch in kausaler und objektiv zurechenbarer Weise. M hat K daher durch Vernachlässigung seiner Sorgpflicht an der Gesundheit geschädigt. Da dies auch aus eigensüchtigen Motiven<sup>36</sup> heraus geschah (das Interesse, F „für sich alleine“ haben zu wollen), verhielt M sich zudem böswillig.

*Hinweis:* Die Böswilligkeit kann auch erst im subjektiven Tatbestand geprüft werden.

## b) Qualifikationstatbestand

Weiterhin könnte M die Qualifikation gem. § 225 Abs. 3 Nr. 1 Var. 1 StGB verwirklicht haben. Dafür ist erforderlich, dass M den K durch die Tat in die konkrete Gefahr des Todes gebracht hat.

Eine konkrete Gefahr liegt vor, wenn es nur noch vom Zufall abhängt, ob der Tod des Opfers eintritt oder nicht.<sup>37</sup> Diese Gefahr muss gerade auf der Verwirklichung des Grundtatbestands beruhen. Durch das Nichtversorgen des K hat sich dessen Zustand derartig verschlechtert, dass der Tod nach drei Tagen nur noch durch sofortige ärztliche Hilfe abgewendet werden kann. Diese verweigert der M dem K jedoch. Die Rettung erfolgt nur durch die überraschende vorzeitige Heimkehr der F und das nachfolgende sofortige Verbringen von K in das nächstgelegene Krankenhaus. Mithin hing der Eintritt des Todes von K nur noch vom Zufall ab, sodass eine konkrete Gefahr, die gerade auf der Nichtversorgung beruht, eingetreten ist.

<sup>33</sup> BGH, Urt. v. 6.6.1952 – 1 StR 708/51 = BGHSt 3, 105 (109); *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 225 Rn. 16 m.w.N.

<sup>34</sup> V.a. BGH, Urt. v. 4.8.2015 – 1 StR 624/14, Rn. 31 ff. = NJW 2015, 3047 (3047 f.).

<sup>35</sup> St. Rspr. und h.L.; exemplarisch BGH, Urt. v. 4.11.1988 – 1 StR 262/88 = BGHSt 36, 1 (6); *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 223 Rn. 7 m.w.N.

<sup>36</sup> Dazu bspw. BGH, Urt. v. 6.6.1952 – 1 StR 113/52 = BGHSt 3, 20 (22).

<sup>37</sup> Vgl. etwa BGH, Urt. v. 23.7.2015 – 3 StR 633 = NStZ-RR 2015, 369 (370); speziell zum „Zufalls“-Kriterium siehe bspw. BGH, Beschl. v. 10.10.2013 – 2 StR 64/13 = NStZ-RR 2014, 111 (zu § 306a Abs. 2 StGB).

## 2. Subjektiver Tatbestand

### a) Vorsatz hinsichtlich des Grundtatbestands

M wusste, dass K unter 18 Jahre alt ist sowie, dass K von F seiner Gewalt überlassen worden ist. Da M sogar den Tod von K wollte und auch erkennt, dass K erhebliche Schmerzen erleidet, ihn jedoch trotzdem nicht versorgt, handelte M auch diesbezüglich vorsätzlich (dolus directus 1. Grades).

*Hinweis:* Wenn nicht bereits im objektiven Tatbestand geschehen (siehe oben), ist hier zudem die Böswilligkeit zu prüfen.

### b) Vorsatz hinsichtlich der Qualifikation

M hat auch erkannt, dass das Kind auf sofortige ärztliche Hilfe angewiesen war, um den Tod anzuwenden, welche er ihm bewusst verweigerte, um den Tod herbeizuführen, sodass er auch absichtlich hinsichtlich der Qualifikation handelte.

## 3. Rechtswidrigkeit und Schuld

M handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

## 4. Ergebnis

M hat sich wegen Misshandlung von Schutzbefohlenen durch Unterlassen gem. §§ 225 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 1 Var. 1, 13 StGB strafbar gemacht.

## IV. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5, 13 StGB durch Nicht-Versorgen des K

Durch das Nicht-Versorgen des K verwirklicht M zudem eine gefährliche Körperverletzung durch Unterlassen mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung (da konkrete Lebensgefahr besteht, kann der Streit<sup>38</sup> dahinstehen); diese tritt aber hinter der qualifizierten Misshandlung von Schutzbefohlenen durch Unterlassen zurück.<sup>39</sup>

## V. Konkurrenzen

Die qualifizierte Misshandlung von Schutzbefohlenen gem. § 225 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB verdrängt das Grunddelikt im Wege der Spezialität.<sup>40</sup> Der von M begangene versuchte Mord durch Unterlassen gem. §§ 211, 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1 StGB steht mit der schweren Misshandlung von Schutzbefohlenen gem. § 225 Abs. 3 Nr. 1 Var. 1 StGB in Tateinheit gem. § 52 Abs. 1 StGB.

<sup>38</sup> Die h.A. verlangt nicht den Eintritt einer konkreten Lebensgefahr, vgl. aus der Rspr. jüngst anschaulich BGH, Urt. v. 25.1.2024 – 3 StR 157/23 = NStZ 2024, 285; aus der Literatur bspw. *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 42; jeweils m.w.N.; zur Gegenauffassung, die eine konkrete Lebensgefahr verlangt, vgl. insb. *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 28.

<sup>39</sup> Bspw. BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 20 = BGHSt 67, 229 (234) m.w.N.

<sup>40</sup> Klarstellend *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 225 Rn. 40.

## B. Strafbarkeit des B

### I. §§ 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB

B könnte sich wegen Anstiftung zum versuchten Totschlag durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB strafbar gemacht haben, indem er M vorschlägt, K in Abwesenheit der F loszuwerden, indem er das Kind nicht versorgt.

#### 1. Tatbestand

##### a) Objektiver Tatbestand

###### aa) Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat

Eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat ist in Form des versuchten Totschlags durch Unterlassen des M gegeben.

###### bb) Bestimmen zur Haupttat

B müsste M auch zur Haupttat bestimmt haben. Unter Bestimmen wird das zumindest mitursächliche Hervorrufen des Tatentschlusses beim Haupttäter verstanden.<sup>41</sup> B hat M überhaupt erst auf die Idee gebracht, K verdursten und verhungern zu lassen, und ihn damit zum Totschlag durch Unterlassen bestimmt.

##### b) Subjektiver Tatbestand

B wollte bei M den Entschluss zur Haupttat hervorrufen, er handelte mit *dolus directus* 1. Grades.

##### c) Tatbestandsverschiebung?

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass B kein Garant zum Schutz des K ist. Die Garantstellung des M kraft faktischer Übernahme ist ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 StGB.

*Hinweis:* Str., a.A. mit entsprechender Begründung vertretbar:

Für die Einordnung von Garantstellungen als besondere persönliche Merkmale wird maßgeblich angeführt, dass die Strafbarkeit wegen eines „unechten“ Unterlassungsdelikts sich gerade nicht ausschließlich aus der Bedrohung für das Rechtsgut, sondern aus dem Verhältnis zwischen den Personen ergebe, weshalb es sich gerade um einen persönlichen und damit täterbezogenen (und nicht lediglich tatbezogenen) Umstand handle.<sup>42</sup>

Dagegen wird angeführt, dass die Garantstellung lediglich die Funktion habe, positives Tun und Unterlassen bei der Zurechnung des tatbestandsmäßigen Erfolgs gleichzustellen.<sup>43</sup> Das Tatunrecht werde durch die Garantstellung nicht erhöht, was darin zum Ausdruck komme, dass Handlungs-

<sup>41</sup> Exemplarisch BGH, Urt. v. 20.1.2000 – 4 StR 400/99 = BGHSt 45, 373 (374 f. – zu § 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG) m.w.N.

<sup>42</sup> So bspw. Gaede, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 28; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 28 Rn. 19; Murmann, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 28 Rn. 8; Puppe, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 28 Rn. 72; Weigend, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 13 Rn. 87; jeweils m.w.N.

<sup>43</sup> Insb. Geppert, ZStW 82 (1970), 40 (70).

und Unterlassungsdelikt denselben Strafraumen aufweisen.<sup>44</sup> Die Anwendung der Strafmilderung sei daher nicht sachgerecht.<sup>45</sup>

Vereinzelte Stimmen differenzieren zwischen Beschützer- (Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB) und Überwachergarantenstellungen (keine Strafmilderung)<sup>46</sup> bzw. solchen aus organisatorischer und institutioneller Zuständigkeit<sup>47</sup>.

Jedenfalls für die Garantenstellung aus Ingerenz hat der BGH sich nun kürzlich der erstgenannten Ansicht angeschlossen.<sup>48</sup> Eine derart detaillierte Darstellung der Argumente kann von den Studierenden nicht erwartet werden. Zumindest aber sollte erkannt werden, dass es sich bei der Garantenstellung um ein besonderes persönliches Merkmal handeln könnte.

Da dieses in Bezug auf unechte Unterlassungsdelikte strafbegründend wirkt, ist § 28 Abs. 1 StGB einschlägig. Die fehlende Garantenstellung des B verschiebt daher nicht den Tatbestand, sondern nur den Strafraumen.

## 2. Ergebnis

B hat sich wegen Anstiftung zum versuchten Totschlag durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB strafbar gemacht. Die Strafe kann gem. §§ 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 StGB gemildert werden.

### II. §§ 211, 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB

B könnte sich durch dieselbe Handlung wegen Anstiftung zum versuchten Mord durch Unterlassen gem. §§ 211, 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB strafbar gemacht haben.

#### 1. Tatbestand

##### a) Objektiver Tatbestand

B hat M zum (versuchten) Mord durch Unterlassen bestimmt.

##### b) Subjektiver Tatbestand

Dabei handelte er auch vorsätzlich; insbesondere wusste er um die Motive des M.

---

<sup>44</sup> Etwa *Stein*, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, Vor § 13 Rn. 62.

<sup>45</sup> Bspw. *Freund/Rostalski*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 13 Rn. 262.

<sup>46</sup> Insb. *Herzberg*, GA 1991, 161; dagegen bspw. *Weigend*, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 13 Rn. 87.

<sup>47</sup> *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 23/25, 29/112; dagegen bspw. *Puppe*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 28 Rn. 74.

<sup>48</sup> BGH, Beschl. v. 24.3.2021 – 4 StR 416/20 = BGHSt 66, 66. Die Argumentation des *Senats* legt aber die Vermutung nahe, dass er § 28 Abs. 1 StGB künftig auch auf Fälle anderer Garantenstellungen anwenden wird; so die nachvollziehbare Einschätzung bei *Hinderer*, NStZ 2022, 223 (223 f.); *Valerius*, NJW 2021, 1770; wohl auch *Murmann*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 28 Rn. 8.

### c) Tatbestandsverschiebung?

*Hinweis:* Sofern oben die Grausamkeit als Mordmerkmal bejaht wurde, entfällt das nachfolgende Problem, da zu unterstellen ist, dass auch B klar ist, dass das Verdursten-und-Verhungern-Lassen eine grausame Form der Tötung ist.

Umstritten ist, wie es sich auf die Akzessorietät auswirkt, dass B zwar Kenntnis davon hat, dass M aus niedrigen Beweggründen gehandelt hat, selbst jedoch andere Motive hat. Einigkeit darüber besteht, dass die täterbezogenen Mordmerkmale der ersten und dritten Gruppe besondere persönliche Merkmale i.S.d. § 28 StGB sind, ist strittig, ob sie unter Abs. 1 oder 2 fallen.

Nach Ansicht der Rechtsprechung handelt es sich bei § 211 StGB um einen gegenüber § 212 StGB eigenständigen Tatbestand, sodass die täterbezogenen Mordmerkmale strafbarkeitsbegründende Merkmale i.S.d. Abs. 1 StGB sind.<sup>49</sup> Da allerdings B seinerseits aus niederträchtigen Rachemotiven heraus handelt und somit (andere) niedrige Beweggründe aufweist, versagt auch die Rechtsprechung in diesen Fällen eine Strafmilderung (sog. „gekreuzte Mordmerkmale“).<sup>50</sup>

*Hinweis:* Das gilt nicht nur dann, wenn verschiedene Mordmerkmale (z.B. Habgier einerseits und sonstige niedrige Beweggründe andererseits) vorliegen, sondern auch, wenn – wie hier – dem Sachverhalt nach unterschiedliche Motive vorliegen, die aber demselben Tatbestandsmerkmal subsumiert werden.

Die Literaturansicht hingegen sieht in § 211 StGB eine Qualifikation zu § 212 StGB und die Mordmerkmale daher als strafscharfend i.S.d. § 28 Abs. 2 StGB.<sup>51</sup> Es kommt daher zu einer Tatbestandsverschiebung bei dem Beteiligten, bei dem das Merkmal nicht vorliegt. Da B selbst niedrige Beweggründe aufweist, ist auch er daher wegen Anstiftung zum (versuchten) Mord strafbar, ohne dass es (insoweit) zu einer Strafmilderung käme.

Der Streit muss daher nicht entschieden werden; es kommt jedenfalls zu keiner Tatbestandsverschiebung.

## 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

## 3. Ergebnis

B hat sich gem. §§ 211, 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB wegen Anstiftung zum versuchten Mord durch Unterlassen strafbar gemacht. Die Strafe ist wegen der fehlenden Garantenstellung des B gem. § 28 Abs. 1 StGB zu mildern; eine weitere Strafmilderung kommt wegen der niedrigen Beweggründe des B nicht in Betracht.

<sup>49</sup> St. Rspr. seit BGH, Urt. v. 9.11.1951 – 2 StR 296/51 = BGHSt 1, 368; vgl. bspw. BGH, Beschl. v. 17.1.2002 – 4 StR 482/01 = NStZ-RR 2002, 139 (140).

<sup>50</sup> Vgl. insb. BGH, Urt. v. 12.1.2005 – 2 StR 229/04 = BGHSt 50, 1 (9 f.).

<sup>51</sup> Bspw. Neumann, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, Vor §§ 211–217 Rn. 154 m.w.N.

### III. §§ 225 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 1 Var. 1, 13, 26 StGB

B könnte sich durch dieselbe Handlung wegen Anstiftung zur schweren Misshandlung von Schutzbefohlenen durch Unterlassen gem. §§ 225 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 1 Var. 1, 13, 26 StGB strafbar gemacht haben.

#### 1. Tatbestand

##### a) Objektiver Tatbestand

###### aa) Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat

Eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat liegt mit der schweren Misshandlung von Schutzbefohlenen vor.

###### bb) Bestimmen zur Haupttat

Hierzu hat B den M auch bestimmt.

##### b) Subjektiver Tatbestand

B handelte vorsätzlich im Sinne eines dolus directus 1. Grades.

##### c) Akzessorietätslockerung

Zugunsten des B könnte es jedoch zu einer Tatbestandsverschiebung gem. § 28 Abs. 2 StGB kommen. Das wäre dann der Fall, wenn es sich bei dem Schutzverhältnis zwischen M und K um ein besonderes persönliches Merkmal handelt, welches die Strafe schärft. Da dieses Verhältnis die Beziehung des Täters zum Opfer charakterisiert, handelt es sich nach ganz h.M. um ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 StGB.<sup>52</sup> Da der Täter bei einer Gesundheitsschädigung auch ohne diese Sonderpflicht nach § 223 Abs. 1 StGB strafbar wäre (siehe oben), schärft es vorliegend die Strafe. Mithin handelt es sich um ein Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 2 StGB.<sup>53</sup> Zwischen B und K besteht aber kein entsprechendes Schutzverhältnis.

#### 2. Ergebnis

B hat sich nicht wegen Anstiftung zur Misshandlung Schutzbefohlener durch Unterlassen strafbar gemacht.

### IV. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB, 13, 26 StGB

B ist strafbar wegen Anstiftung zur gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5, 13, 26 StGB. Mangels Garantenstellung ist seine Strafe aber gem. §§ 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 StGB zu mildern.

---

<sup>52</sup> Bspw. *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 225 Rn. 13.

<sup>53</sup> Str.; vgl. zur Diskussion näher *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 225 Rn. 22 m.w.N.



## V. Konkurrenzen

B ist wegen Anstiftung zum versuchten Mord durch Unterlassen gem. §§ 211, 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB in Tateinheit (§ 52 StGB) mit Anstiftung zur gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5, 13, 26 StGB strafbar.

### 2. Handlungskomplex: Im Krankenhaus (Strafbarkeit der A)

#### I. § 240 Abs. 1 StGB durch Ankündigung der Fixierung

A könnte sich wegen Nötigung gem. § 240 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem sie gegenüber M ankündigte, ihn im Schockraum fixieren zu lassen, falls er versuchen sollte, den Kontakt zu K und F zu suchen.

##### 1. Tatbestand

###### a) Objektiver Tatbestand

Dafür müsste A den M durch Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einem Handeln, Dulden oder Unterlassen genötigt haben.

###### aa) Nötigungshandlung

Gewalt ist jede körperliche Tätigkeit, durch die körperlich wirkender Zwang ausgeübt wird, um geleisteten oder erwarteten Widerstand zu überwinden.<sup>54</sup> Insoweit bestehen keine Anhaltspunkte.

Eine Drohung ist das Inaussichtstellen eines Übels, auf das der Drohende Einfluss zu haben vorgibt.<sup>55</sup> Ein Übel ist jeder Nachteil. Empfindlich ist es nach h.M. dann, wenn der in Aussicht gestellte Nachteil von solcher Erheblichkeit ist, dass seine Ankündigung geeignet erscheint, den Bedrohten im Sinne des Täterverlangens zu motivieren.

A hat M gegenüber angekündigt, ihn fixieren zu lassen. Dies stellte einen Eingriff in die Fortbewegungsfreiheit des M und damit einen Nachteil für ihn dar. Auch erweckt A den Anschein, dass es in ihrer Macht stünde, diesen Eingriff herbeiführen zu können. Von M kann nicht erwartet werden, dass er der Drohung „in besonnener Selbstbehauptung“ standhält,<sup>56</sup> sodass das Übel geeignet erscheint, ihm im Sinne des Täterverlangens zu motivieren. Eine Drohung mit einem empfindlichen Übel liegt daher vor.

###### bb) Nötigungserfolg

Dadurch müsste M in kausaler und objektiv zurechenbarer Weise zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung veranlasst worden sein. M hat sich von der Drohung der A abschrecken lassen und hat sich entfernt, ohne mit K und F Kontakt aufzunehmen, sodass der Nötigungserfolg in der Form des Unterlassens vorliegt.

---

<sup>54</sup> Bspw. BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 4 StR 91/22 = NStZ-RR 2023, 248 (249) m.w.N.

<sup>55</sup> Hierzu und zum Folgenden bspw. BGH, Beschl. v. 5.9.2013 – 1 StR 162/13 = NStZ 2014, 149 (151) m.w.N.

<sup>56</sup> BGH, Beschl. v. 5.9.2013 – 1 StR 162/13, Rn. 54 = NStZ 2014, 149 (151) m.w.N.

### b) Subjektiver Tatbestand

A müsste auch vorsätzlich, d.h. mit Willen zur Tatbestandsbegehung in Kenntnis aller objektiven Tatumstände gehandelt haben, § 15 StGB.<sup>57</sup> A wollte M durch ihre Ankündigung davon abhalten, das Zimmer von K und F aufzusuchen, sodass es ihr gerade darauf ankam, M zu bedrohen und so zu einem Unterlassen zu veranlassen. Mithin handelte sie absichtlich i.S.d. dolus directus 1. Grades.

## 2. Rechtswidrigkeit

### a) Keine Rechtfertigungsgründe

Da M F und K tatsächlich nur aufsuchen will, um sich zu entschuldigen, liegt weder ein gegenwärtiger Angriff i.S.d. § 32 StGB noch eine gegenwärtige Gefahr i.S.d. § 34 StGB tatsächlich vor, sodass eine Rechtfertigung ausscheidet.

### b) Verwerflichkeitsklausel

Allerdings ist die Tat gem. § 240 Abs. 2 StGB nur dann rechtswidrig, wenn die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist. Daraus ergibt sich, dass entweder der angestrebte Nötigungserfolg, das Nötigungsmittel oder aber die Zweck-Mittel-Relation rechtlich missbilligt sein muss.

Der Zweck, den M von K fernzuhalten, ist aufgrund des vorangegangenen Geschehens nicht als verwerflich anzusehen. Die Drohung einer Ärztin, einen Patienten im Schockraum fixieren zu lassen, ist nicht grundsätzlich rechtswidrig, sondern kann in gewissen Fällen, z.B. bei Selbst- oder Fremdverletzungsgefahr sogar erforderlich sein. Allerdings will M hier gerade niemanden verletzen, sondern sich bei F und K entschuldigen, sodass die Fixierung eine unzulässige Freiheitsberaubung darstellen würde. Die Drohung mit einer unzulässigen Freiheitsberaubung ist daher objektiv verwerflich.

## 3. Irrtum über rechtfertigende Umstände

### a) Vorliegen von rechtfertigenden Umständen bei Zugrundelegung der Vorstellung der A

A könnte sich allerdings Umstände vorgestellt haben, die, wenn sie tatsächlich vorlägen, eine Nothilfelage begründeten.

#### aa) Nothilfelage

Nach der Vorstellung der A müsste ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff vorgelegen haben. Ein Angriff ist jedes menschliche Verhalten, das ein rechtlich geschütztes Individualinteresse bedroht oder verletzt.<sup>58</sup> Gegenwärtig ist der Angriff, wenn er unmittelbar bevorsteht, bereits begonnen hat oder noch fort dauert.<sup>59</sup> Rechtswidrig ist er, wenn er nicht von der Rechtsordnung gedeckt ist.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> Zur Definition exemplarisch *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 14 Rn. 5.

<sup>58</sup> Exemplarisch *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 3.

<sup>59</sup> Bspw. BGH, Urt. v. 7.6.2017 – 4 StR 197/17 = NStZ-RR 2017, 270.

<sup>60</sup> BGH, Urt. v. 23.9.1997 – 1 StR 446/97 = NJW 1998, 1000.

A stellte sich vor, dass M K erneut verletzen oder töten wollte. Dies würde einen Angriff auf das Rechtsgut Leben bzw. die körperliche Unversehrtheit des K darstellen, der auch unmittelbar bevorsteht und nicht von der Rechtsordnung gedeckt ist. A stellt sich daher eine Nothilfefalge i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB vor.

#### bb) Nothilfehandlung

A müsste in der von ihr vorgestellten Situation eine erforderliche und gebotene Nothilfehandlung ausgeführt haben. Erforderlich ist die Verteidigung, die sich gegen den Angreifer richtet, zu einer sofortigen Beendigung des Angriffs geeignet ist und eine dauerhafte Beseitigung der Gefahr am besten gewährleistet; dabei ist unter gleich effektiven Verteidigungsmitteln das mildeste zu wählen.<sup>61</sup>

Die Ankündigung der A, den M fixieren zu lassen, ist geeignet, M daran zu hindern, das Zimmer von K zu betreten und so den vermeintlich bevorstehenden Angriff abzuwenden. Diese Handlung ist insbesondere gegenüber der sofortigen Fixierung auch das mildere Mittel. Andere gleich effektive Mittel liegen nicht vor – insbesondere schickt M sich gerade an, das Zimmer zu betreten, weshalb beispielsweise für das Herbeirufen des Sicherheitsdienstes oder der Polizei keine Zeit bliebe –, sodass die Ankündigung erforderlich ist. Eine Einschränkung des Notwehrrechts aufgrund fehlender Gebotenheit ist nicht ersichtlich.

#### cc) Subjektives Rechtfertigungselement

A handelte zudem auch, um den vorgestellten Angriff auf das Leben bzw. die körperliche Unversehrtheit des K abzuwenden.

#### dd) Zwischenergebnis

Ihrer irrigen Vorstellung nach war A wegen Nothilfe gerechtfertigt.

#### b) Rechtsfolge

Fraglich ist, welche rechtlichen Konsequenzen aus diesem Irrtum zu ziehen sind. Das Gesetz kennt keine Vorschrift, die eine explizite Aussage hierüber trifft. Es ist umstritten, welcher Rechtsgedanke heranzuziehen ist.<sup>62</sup>

#### aa) Vorsatztheorie

Nach der sog. Vorsatztheorie ist das Unrechtsbewusstsein notwendiger Bestandteil des Tatvorsatzes (dolus malus).<sup>63</sup> Stellt der Täter sich rechtfertigende Umstände vor, fehlt ihm dieses Unrechtsbewusstsein. Infolgedessen entfielen gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB der Vorsatz. Nach dieser Auffassung handelte A nicht vorsätzlich.

*Hinweis:* Es ist unschädlich, wenn auf die Vorsatztheorie nicht eingegangen wird, da sie heute nicht mehr vertreten wird.

<sup>61</sup> Bspw. BGH, Urt. v. 19.12.2013 – 4 StR 347/13 = NStZ 2014, 147 (148 f.) m.w.N.

<sup>62</sup> Dazu Hillenkamp/Cornelius, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2023, 10. Problem.

<sup>63</sup> Vgl. bspw. Langer, GA 1976, 193 (213 ff.) m.w.N.

### bb) Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen

Nach der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen gehört zum objektiven Tatbestand auch, dass kein Rechtfertigungsgrund eingreift.<sup>64</sup> Das Nichtvorliegen objektiver Umstände, die den Täter rechtfertigen würden, ist nach dieser Auffassung ein „Umstand [...], der zum gesetzlichen Tatbestand gehört“ (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB). Stellt sich nun der Täter irrtümlich rechtfertigende Umstände vor, entfällt der Vorsatz. Auch nach dieser Auffassung handelte A nicht vorsätzlich.

### cc) Strenge Schuldtheorie

Die Vertreter der strengen Schuldtheorie ordnen das Unrechtsbewusstsein der Schuld zu, sodass § 17 StGB auf den Irrtum über rechtfertigende Umstände anzuwenden ist.<sup>65</sup> Danach wirkt der Irrtum des A nur dann strafbefreiend, wenn er unvermeidbar war, § 17 S. 1 StGB. An die Unvermeidbarkeit sind grundsätzlich hohe Anforderungen zu stellen. Unvermeidbarkeit liegt dann vor, wenn der Täter trotz der ihm nach den Umständen des Falles, seiner Persönlichkeit, sowie seines Lebens- und Berufskreises zuzumutenden Anspannung des Gewissens das Unrecht seines Handelns nicht erkennen konnte.<sup>66</sup>

A hat M zunächst auf dessen Nachfrage den Zutritt zum Zimmer des K verweigert. Als er daraufhin versuchte, an ihr vorbeizugehen, hat sie ihm mit der Fixierung gedroht. Aufgrund des vorangegangenen Geschehens war es nicht völlig abwegig, dass M erneut versuchen würde, K etwas anzutun, insbesondere da er auch die erste Zutrittsverweigerung der A ignorierte. Nachzufragen, weshalb M zu F und K möchte, wäre kein sicheres Mittel zum Ausschluss eines Angriffs gewesen, weil A keine Möglichkeit gehabt hätte, die Aufrichtigkeit von Ms Aussage zu überprüfen. Mithin war der Irrtum unvermeidbar.

*Hinweis:* A.A. vertretbar; dann muss zur strengen Schuldtheorie Stellung bezogen werden. Für die strenge Schuldtheorie wird angeführt, dass sie die konsequente Trennung von Vorsatz und Unrechtsbewusstsein auch für die Fälle des Erlaubnistatbestandsirrtums beibehalte.<sup>67</sup> Dagegen spreche, dass derjenige Täter, der sich die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes vorstellt, sich „an sich rechtstreu“ verhalten<sup>68</sup> und gerade nicht gegen die Rechtsordnung auflehnen will.<sup>69</sup>

### dd) Eingeschränkte Schuldtheorie

Die (rechtsgrundverweisende) eingeschränkte Schuldtheorie wendet im Falle des Irrtums über rechtfertigende Umstände § 16 Abs. 1 S. 1 StGB analog an.<sup>70</sup> Nach dieser Auffassung entfällt der Vorsatz der A.

<sup>64</sup> V.a. *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 13 ff. m.w.N., § 14 Rn. 54.

<sup>65</sup> Exemplarisch *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 168 ff.; *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vor §§ 32–35 Rn. 108 ff. m.w.N.

<sup>66</sup> Grdl. BGH, Beschl. v. 18.3.1952 – GSSt 2/51 = BGHSt 2, 194 (201).

<sup>67</sup> Bspw. *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vor §§ 32–35 Rn. 108.

<sup>68</sup> So die bekannte Formulierung aus BGH, Urt. v. 6.6.1952 – 1 StR 708/51 = BGHSt 3, 105 (107).

<sup>69</sup> Bspw. *Hecker*, JuS 2011, 369 (470 f.) m.w.N.

<sup>70</sup> Vgl. etwa BGH, Urt. v. 9.5.2001 – 3 StR 542/00 = NSTZ 2001, 530; *Gaede*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 16 Rn. 35; *Puppe*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 137 ff.; jeweils m.w.N.

#### ee) Rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie

Nach der rechtsfolgenverweisenden eingeschränkten Schuldtheorie sollen im Fall eines Irrtums über rechtfertigende Umstände lediglich die Rechtsfolgen des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB analog angewendet werden, sodass die Vorsatzschuld entfällt.<sup>71</sup> Danach wäre A entschuldigt.

#### ff) Streitentscheid

Da alle Auffassungen zum Ergebnis der Straflosigkeit von A kommen (und es in Ermangelung von Teilnahme oder Notwehr seitens M nicht darauf ankommt, auf welche dogmatische Weise dieses Ergebnis zustande kommt), ist ein Streitentscheid entbehrlich.

### 4. Ergebnis

A hat sich daher nicht wegen Nötigung gem. § 240 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

#### II. § 241 Abs. 1 StGB durch Ankündigung der Fixierung

In der Ankündigung der Fixierung liegt zwar auch eine Bedrohung i.S.d. § 241 Abs. 1 StGB, die im Ergebnis aber ebenfalls wegen des Irrtums über das Vorliegen einer Nothilfesituation straflos ist.

*Hinweis:* Es ist unschädlich, wenn die Studierenden § 241 Abs. 1 StGB „regulär“ durchprüfen.

#### III. Gesamtergebnis

A hat sich nicht strafbar gemacht.

---

<sup>71</sup> BGH, Urt. v. 2.11.2011 – 2 StR 375/11 = NStZ 2012, 272 (273); *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 13 Rn. 208 ff.; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 41 IV. 1. d) = S. 464 f.; jeweils m.w.N.

## Anfängerklausur zum Kaufrecht: Wasser im Wagen

Richter Dr. Sascha Scheikholeslami-Sabzewari, Ref. iur. Simon Diethelm Meyer, Kiel\*

Die Klausur behandelt prüfungsrelevante Probleme des Kaufrechts. Den Schwerpunkt der Klausur bilden Fragen der kaufrechtlichen Mängelgewährleistung, des Rücktrittsrechts sowie der Ersatzfähigkeit außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten.

### Sachverhalt

Am 4.3.2023 kaufte Paul Kater (K) von Susanne Vogel (V) einen Gebrauchtwagen zum Kaufpreis von 9.000 €. Im Kaufvertrag vermerkte V Unfallschäden in Form von Nachlackierungen und neuen Scheinwerfern, jedoch keine weiteren Mängel.

Nach der Übergabe und bei der Nutzung des Fahrzeugs stellte K bereits nach kürzester Zeit Mängel fest. So befand sich mehrfach seit März 2023 Wasser im Inneren des Wagens. Am 24.7.2023 kam es erneut zu einem Wassereintritt über die Frontscheibe im Fahrzeug. Daraufhin begab sich K mit dem Fahrzeug in die Privatwerkstatt der V, um das Fahrzeug reparieren zu lassen. Neben dem Wassereintritt über die Frontscheibe wies das Fahrzeug am 24.7.2023 weitere Mängel auf. So war der Fensterheber auf der Fahrerseite defekt, der Innenraum war feucht, das rechte Rücklicht war defekt, das Radio und die Scheibenwaschanlage funktionierten nicht.

Am 15.9.2023 teilte V dem K mit, dass er das Fahrzeug wieder abholen könne und die Mängel beseitigt worden seien. Als K dann am 20.9.2023 bei V erschien, um sein Fahrzeug abzuholen, fand er ein völlig verschmutztes Fahrzeug vor. Im Innenraum befanden sich Klebereste von Stickers sowie Silikonreste und Glassplitter. Ferner war der Rahmen der Frontscheibe beschädigt.

Auch stellte K bei der Abholung fest, dass lediglich die Frontscheibe ausgetauscht worden war, während alle weiteren Mängel weiterhin bestanden. So funktionierte der Fensterregler weiterhin nicht fehlerfrei, der Innenraum war nach wie vor nass, auch befand sich Rost im Motorraum, das rechte Rücklicht war nicht ausgetauscht worden, das Radio und die Scheibenwaschanlage funktionierten weiterhin nicht. Für die fachgerechte Beseitigung dieser Mängel wären Kosten in einer Gesamthöhe von 2.000 € angefallen.

Mit E-Mail vom 22.9.2023 erklärte K den Rücktritt vom Kaufvertrag und forderte V auf, das Fahrzeug zurückzunehmen und ihm den Kaufpreis zu erstatten. Aus Unachtsamkeit vergaß V, auf die E-Mail des K zu antworten. Als bis Anfang Oktober 2023 keine Antwort von V einging, verlangte K mit E-Mail vom 2.10.2023 erneut von V, das Fahrzeug zurückzunehmen und ihm den Kaufpreis zu erstatten. Auch diese E-Mail beantwortete V aus Unachtsamkeit nicht.

Daraufhin beauftragte K den Rechtsanwalt Dr. Albert Rose (R) mit der Wahrnehmung seiner Interessen. Mit Schreiben vom 10.11.2023 wandte sich R an V und forderte diese erneut auf, den Kaufpreis auf das Konto des K zu überweisen und das Fahrzeug Zug um Zug zurückzunehmen. Durch die Beauftragung von R entstanden K außergerichtliche Rechtsanwaltskosten i.H.v. 800 €.

---

\* Der Autor Dr. Scheikholeslami-Sabzewari ist Richter in Schleswig-Holstein, Lehrbeauftragter der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Leiter von Referendararbeitsgemeinschaften sowie Prüfer im Ersten und Zweiten Juristischen Staatsexamen. Der Autor Meyer ist Rechtsreferendar im Landgerichtsbezirk Kiel.

Mit Schreiben vom 15.11.2023 erklärte V gegenüber R die Aufrechnung mit Ansprüchen auf Nutzungsersatz i.H.v. 2.000 € und Wertersatz i.H.v. 1.000 €. Zur Begründung führte V zutreffend Folgendes aus: Durch den Gebrauch des Fahrzeugs habe K Nutzungen im Gesamtwert von 2.000 € gezogen. Zudem habe K am 12.6.2023 aus grober Unachtsamkeit mit dem Fahrzeug einen Baum touchiert, wodurch an der rechten Fahrzeugfront ein Sachschaden i.H.v. 1.000 € entstanden sei.

K verlangt von V, an ihn 9.000 € Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeuges zu zahlen sowie ihm die außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten i.H.v. 800 € zu ersetzen.

### Frage 1

Hat K gegen V einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 9.000 € Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs?

### Frage 2

Hat K gegen V einen Anspruch auf Zahlung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten i.H.v. 800 €?

### Bearbeitervermerk

Sämtliche aufgeworfene Rechtsfragen sind – ggf. hilfsgutachtlich – zu prüfen.

### Lösungsvorschlag

**Frage 1..... 1350**

**I. Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs aus § 346 Abs. 1 BGB ..... 1350**

1. Anspruch entstanden ..... 1350
  - a) Rücktrittsrecht ..... 1350
    - aa) Wirksamer Kaufvertrag ..... 1351
    - bb) Mangel bei Gefahrübergang ..... 1351
    - cc) Fristsetzung ..... 1351
      - (1) Keine Vornahme einer Fristsetzung ..... 1351
      - (2) Entbehrlichkeit der Fristsetzung ..... 1352
    - dd) Kein Ausschluss des Rücktritts ..... 1352
    - ee) Zwischenergebnis ..... 1353
  - b) Rücktrittserklärung..... 1353
  - c) Zwischenergebnis ..... 1353
2. Anspruch erloschen infolge Aufrechnung gem. § 389 BGB..... 1353
  - a) Aufrechnungslage ..... 1353
    - aa) Bestehen einer Hauptforderung ..... 1353
    - bb) Bestehen einer Gegenforderung ..... 1353



cc) Gegenseitigkeit und Gleichartigkeit der Forderungen .....	1354
dd) Fälligkeit und Durchsetzbarkeit der Gegenforderungen .....	1354
ee) Erfüllbarkeit der Hauptforderung .....	1354
b) Aufrechnungserklärung .....	1354
c) Kein Ausschluss der Aufrechnung .....	1354
d) Zwischenergebnis .....	1354
3. Rechtsfolge .....	1354
<b>II. Ergebnis .....</b>	<b>1354</b>
<b>Frage 2.....</b>	<b>1355</b>
<b>I. Anspruch auf Zahlung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 Abs. 1 S. 1 BGB .....</b>	<b>1355</b>
1. Schuldverhältnis .....	1355
2. Pflichtverletzung: Verzug .....	1355
3. Vertretenmüssen .....	1355
4. Schaden.....	1356
5. Haftungsausfüllende Kausalität .....	1356
<b>II. Ergebnis .....</b>	<b>1357</b>

### Frage 1

#### I. Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs aus § 346 Abs. 1 BGB

K könnte gegen V einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 9.000 € Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs aus § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 434 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1, Nr. 2, Abs. 3 S. 1 Nr. 1, 440 S. 1, 323 Abs. 1, 348 BGB haben.

#### 1. Anspruch entstanden

Nach § 346 Abs. 1 BGB sind im Falle eines Rücktritts die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Ein wirksamer Rücktritt setzt ein vertragliches oder gesetzliches Rücktrittsrecht (§ 346 Abs. 1 BGB) sowie eine Rücktrittserklärung (§ 349 BGB) voraus.

#### a) Rücktrittsrecht

K könnte ein gesetzliches Rücktrittsrecht nach §§ 437 Nr. 2, 434 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1, Nr. 2, Abs. 3 S. 1 Nr. 1, 440 S. 1 Var. 3, 323 Abs. 1 BGB zustehen. Hierfür müssen K und V einen wirksamen Kaufvertrag über das Fahrzeug geschlossen haben. Das Fahrzeug muss bei Gefahrübergang mangelhaft gewesen sein. Darüber hinaus muss eine von K gesetzte Frist zur Nacherfüllung erfolglos abgelaufen oder eine Fristsetzung entbehrlich gewesen sein. Schließlich darf der Rücktritt nicht ausgeschlossen sein.

### aa) Wirksamer Kaufvertrag

K – als Käufer – und V – als Verkäuferin – schlossen am 4.3.2023 einen wirksamen Kaufvertrag gem. § 433 BGB über den Gebrauchtwagen zum Kaufpreis von 9.000 €.

### bb) Mangel bei Gefahrübergang

Der Gebrauchtwagen könnte aufgrund von Sachmängeln gem. §§ 437 Nr. 2, 434 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1, Nr. 2, Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB bei Gefahrübergang (§ 446 S. 1 BGB) mangelhaft gewesen sein.

Eine Sache ist nach § 434 Abs. 1 BGB frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen und den Montageanforderungen dieser Vorschrift entspricht. Der Gefahrübergang erfolgt gem. § 446 S. 1 BGB mit der Übergabe der verkauften Sache an den Käufer. Nach § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 BGB entspricht eine Sache den subjektiven Anforderungen, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat und sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet. Die Sache entspricht gem. § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB den objektiven Anforderungen, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet. Ein Kraftfahrzeug eignet sich nur dann für die gewöhnliche Verwendung, wenn es keine technischen Mängel aufweist, welche die Zulassung hindern oder die Gebrauchsfähigkeit aufheben oder beeinträchtigen.<sup>1</sup>

Der Gebrauchtwagen wies entgegen den Angaben der V gegenüber K mehrere schwerwiegende Fehler auf, welche die bestimmungsgemäße und vertraglich vorausgesetzte Brauchbarkeit des Fahrzeugs erheblich beeinträchtigten. So war die Frontscheibe des Fahrzeugs defekt, wodurch es mehrfach zu einem Wassereintrich in den Innenraum des Fahrzeugs kam. Darüber hinaus waren das rechte Rücklicht und der Fensterheber auf der Fahrerseite defekt und das Radio und die Scheibenwaschanlage funktionierten nicht ordnungsgemäß. Folglich entsprach das Fahrzeug weder den subjektiven noch den objektiven Anforderungen i.S.d. § 434 Abs. 1 BGB. Das Fahrzeug war gem. §§ 437 Nr. 2, 434 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1, Nr. 2, Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB mangelhaft. Die Mängel lagen auch schon bei Gefahrübergang – im Zeitpunkt der Übergabe des Fahrzeugs an K gem. § 446 S. 1 BGB – vor.

### cc) Fristsetzung

Eine von K gesetzte Frist zur Nacherfüllung muss gem. § 323 Abs. 1 BGB erfolglos abgelaufen sein. Soweit eine Fristsetzung unterblieben ist, muss diese gem. §§ 323 Abs. 2, 440 BGB entbehrlich gewesen sein.

#### (1) Keine Vornahme einer Fristsetzung

Grundsätzlich setzt ein Rücktritt nach § 323 Abs. 1 BGB voraus, dass der Käufer dem Verkäufer zuvor erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hat. Das Erfordernis der Fristsetzung ist Ausdruck des Vorrangs der Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB, der sich aus den §§ 437 ff. BGB ergibt.<sup>2</sup> Durch das Fristsetzungserfordernis soll der Verkäufer eine letzte Chance erhalten, den mit der Rückabwicklung des Vertrages verbundenen wirtschaftlichen Nachteil abzuwen-

<sup>1</sup> BGH, Versäumnisurt. v. 10.10.2007 – VIII ZR 330/06 = NJW 2008, 53 (54 Rn. 18); BGH, Urt. v. 10.3.2009 – VIII ZR 34/08 = NJW 2009, 1588 (1588 Rn. 12); BGH, Urt. v. 29.6.2016 – VIII ZR 191/15 = NJW 2016, 3015 (3019 Rn. 40); BGH, Urt. v. 26.10.2016 – VIII ZR 240/15 = NJW 2017, 153 (153 Rn. 15); *Weidenkaff*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 434 Rn. 58.

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 23.2.2005 – VIII ZR 100/04 = NJW 2005, 1348 (1350) = BGHZ 162, 219; *Weidenkaff*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 437 Rn. 4; *Faust*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 439 Rn. 2; *Stöber*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2024, § 441 Rn. 21.

den.<sup>3</sup> Das Recht des Verkäufers zur „zweiten Andienung“ würde unterlaufen, wenn der Käufer nach Feststellung eines Mangels ohne Weiteres zurücktreten könnte.<sup>4</sup> K hat V nach der Abholung des Fahrzeugs am 20.9.2023 keine Frist zur Nacherfüllung i.S.d. § 323 Abs. 1 BGB bestimmt.

## (2) Entbehrlichkeit der Fristsetzung

Fraglich ist, ob eine Fristsetzung zur Nacherfüllung gem. § 440 S. 1 Var. 3 BGB ausnahmsweise entbehrlich war. Nach § 440 S. 1 Var. 3 BGB bedarf es außer in den Fällen des § 323 Abs. 2 BGB auch dann keiner Fristsetzung, wenn die Nacherfüllung dem Käufer unzumutbar ist. Für die Beurteilung, ob die Nacherfüllung für den Käufer unzumutbar ist, sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, insbesondere Art und Ausmaß der Mängel, die Zuverlässigkeit des Verkäufers, diesem vorzuwerfende Nebenpflichtverletzungen, ein erheblicher Mangel an fachlicher Kompetenz des Verkäufers sowie eine nachhaltige Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen den Parteien.<sup>5</sup>

Das von K gekaufte Fahrzeug war mit einer Vielzahl gravierender Mängel behaftet. Als K das Fahrzeug nach der Reparatur am 20.9.2023 abholte, wies das Fahrzeug entgegen den Zusicherungen der V weiterhin schwerwiegende Mängel auf, darunter neben den bereits reklamierten Mängeln, die nicht oder nur unzureichend behoben worden waren, auch weitere Mängel, die erst durch die Reparatur entstanden waren. Für die fachgerechte Beseitigung dieser Mängel wären Kosten in einer Gesamthöhe von 2.000 € angefallen. Angesichts dessen bestanden aus Sicht des K berechnete Zweifel an der fachlichen Kompetenz und Zuverlässigkeit der V. Das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien wurde durch die Vielzahl und Schwere der Mängel sowie durch deren unzureichende Behebung nachhaltig gestört. Folglich war die Nacherfüllung dem K gem. § 440 S. 1 Var. 3 BGB unzumutbar. Es kann somit dahinstehen, ob eine Fristsetzung bereits nach § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB aufgrund besonderer Umstände entbehrlich war. Eine Fristsetzung war jedenfalls nach § 440 S. 1 Var. 3 BGB entbehrlich.

## dd) Kein Ausschluss des Rücktritts

Der Rücktritt darf nicht nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ausgeschlossen sein. Nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ist bei einer nicht vertragsgemäßen Leistung der Rücktritt ausgeschlossen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist. Ob ein Mangel erheblich ist, bestimmt sich nach einer umfassenden Interessenabwägung.<sup>6</sup> Bei behebbaren Mängeln ist die Erheblichkeit des Mangels in der Regel zu bejahen, wenn die Kosten der Mängelbeseitigung mehr als fünf Prozent des Kaufpreises ausmachen.<sup>7</sup> Das Fahrzeug weist eine Vielzahl an Mängeln auf, die in ihrer Gesamtheit zu würdigen sind. Die Kosten der Mängelbeseitigung belaufen sich auf 2.000 € bei einem Kaufpreis von 9.000 €, sodass die Erheblichkeitsgrenze von fünf Prozent des Kaufpreises überschritten ist. Die Mängel des Fahrzeugs sind mithin

<sup>3</sup> BGH, Urt. v. 23.2.2005 – VIII ZR 100/04 = NJW 2005, 1348 (1350) = BGHZ 162, 219.

<sup>4</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 23.2.2005 – VIII ZR 100/04 = NJW 2005, 1348 (1350) = BGHZ 162, 219; *Weidenkaff*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 437 Rn. 4; *Faust*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 439 Rn. 2.

<sup>5</sup> BGH, Urt. v. 15.4.2015 – VIII ZR 80/14 = NJW 2015, 1669 (1670 Rn. 22); BGH, Urt. v. 13.7.2016 – VIII ZR 49/15 = NJW 2016, 3654 (3656 Rn. 38); BGH, Urt. v. 26.10.2016 – VIII ZR 240/15 = NJW 2017, 153 (154 f. Rn. 23); *Weidenkaff*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 440 Rn. 8.

<sup>6</sup> BGH, Urt. v. 28.5.2014 – VIII ZR 94/13 = NJW 2014, 3229 (3229 f. Rn. 16) = BGHZ 201, 290; BGH, Urt. v. 11.12.2019 – VIII ZR 361/18 = NJW 2020, 1287 (1290 Rn. 46) = BGHZ 224, 195; BGH, Urt. v. 29.9.2021 – VIII ZR 111/20 = NJW 2022, 463 (467 Rn. 44) = BGHZ 224, 195; *Grüneberg*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 323 Rn. 32.

<sup>7</sup> BGH, Urt. v. 28.5.2014 – VIII ZR 94/13 = NJW 2014, 3229 (3230 Rn. 17), 30 = BGHZ 201, 290; BGH, Urt. v. 11.12.2019 – VIII ZR 361/18 = NJW 2020, 1287 (1290 f. Rn. 47) = BGHZ 224, 195; BGH, Urt. v. 29.9.2021 – VIII ZR 111/20 = NJW 2022, 463 (467 Rn. 44) = BGHZ 224, 195; *Grüneberg*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 323 Rn. 32.

nicht unerheblich i.S.d. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB. Folglich ist der Rücktritt nicht nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ausgeschlossen. Auch die Ausschlussgründe der §§ 323 Abs. 6, 442 Abs. 1, 444 BGB liegen nicht vor.

#### ee) Zwischenergebnis

K steht ein gesetzliches Rücktrittsrecht nach §§ 437 Nr. 2, 434 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1, Nr. 2, Abs. 3 S. 1 Nr. 1, 440 S. 1 Var. 3, 323 Abs. 1 BGB zu.

#### b) Rücktrittserklärung

Mit E-Mail vom 22.9.2023 hat K gegenüber V gem. § 349 BGB den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt.

#### c) Zwischenergebnis

Ein Anspruch des K gegen V auf Zahlung von 9.000 € Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs ist entstanden.

### 2. Anspruch erloschen infolge Aufrechnung gem. § 389 BGB

Der Anspruch könnte i.H.v. 3.000 € infolge Aufrechnung gem. § 389 BGB erloschen sein. Nach § 389 BGB bewirkt die Aufrechnung, dass die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind.

#### a) Aufrechnungslage

Zwischen K und V muss eine Aufrechnungslage i.S.d. § 387 BGB bestehen. Schulden zwei Personen einander Leistungen, die ihrem Gegenstand nach gleichartig sind, so kann nach § 387 BGB jeder Teil seine Forderung gegen die Forderung des anderen Teils aufrechnen, sobald er die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann.

##### aa) Bestehen einer Hauptforderung

K steht eine Hauptforderung auf Zahlung von 9.000 € Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs zu (siehe oben).

##### bb) Bestehen einer Gegenforderung

V muss eine Gegenforderung zustehen.

Zum einen könnte V gegen K einen Anspruch auf Nutzungsersatz i.H.v. 2.000 € aus § 346 Abs. 1 BGB haben. Nach § 346 Abs. 1 BGB sind im Falle des Rücktritts die gezogenen Nutzungen herauszugeben. Nutzungen sind gem. § 100 BGB die Früchte einer Sache oder eines Rechts sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt. K hat durch den Gebrauch des Fahrzeugs Nutzungen im Gesamtwert von 2.000 € gezogen. Diese Nutzungen muss er nach § 346 Abs. 1 BGB herausgeben. V steht gegen K ein Anspruch auf Nutzungsersatz i.H.v. 2.000 € aus § 346 Abs. 1 BGB zu.

Zum anderen könnte V gegen K einen Anspruch auf Wertersatz i.H.v. 1.000 € aus § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Hs. 1 BGB haben. Nach dieser Vorschrift hat der Schuldner statt der Rückgewähr oder Herausgabe Wertersatz zu leisten, wenn der empfangene Gegenstand sich verschlechtert hat oder untergegangen ist. K touchierte am 12.6.2023 aus grober Unachtsamkeit mit dem Fahrzeug einen Baum, wodurch an der rechten Fahrzeugfront ein Sachschaden i.H.v. 1.000 € entstand. Hierdurch hat sich

das Fahrzeug i.S.d. § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Hs. 1 BGB verschlechtert. Die Pflicht zum Wertersatz ist nicht nach § 346 Abs. 3 S. 1 BGB ausgeschlossen; insbesondere hat K den Unfall aus grober Unachtsamkeit verursacht und somit nicht die eigenübliche Sorgfalt gem. §§ 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3, 277 BGB beachtet. Folglich hat V gegen K einen Anspruch auf Wertersatz i.H.v. 1.000 € aus § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Hs. 1 BGB.

Der Gesamtwert der Gegenforderungen unterschreitet mit 3.000 € den Wert der Hauptforderung i.H.v. 9.000 €. V kann daher ohne Weiteres mit beiden Forderungen gegen die Hauptforderung aufrechnen, vgl. § 396 BGB.

#### cc) Gegenseitigkeit und Gleichartigkeit der Forderungen

Die Hauptforderung und die Gegenforderungen sind gegenseitig und als Geldforderungen gleichartig i.S.d. § 387 BGB.

#### dd) Fälligkeit und Durchsetzbarkeit der Gegenforderungen

Darüber hinaus sind die Gegenforderungen fällig und durchsetzbar, sodass V die ihr gebührenden Leistungen fordern kann, vgl. § 387 BGB i.V.m. § 271 Abs. 1 BGB.

#### ee) Erfüllbarkeit der Hauptforderung

Schließlich ist die Hauptforderung erfüllbar, weshalb V die ihr obliegende Leistung bewirken kann, vgl. § 387 BGB i.V.m. § 271 Abs. 1 BGB.

#### b) Aufrechnungserklärung

V hat mit Schreiben vom 15.11.2023 die Aufrechnung wirksam gegenüber R als Empfangsvertreter des K gem. § 388 BGB i.V.m. § 164 Abs. 1, Abs. 3 BGB erklärt.

#### c) Kein Ausschluss der Aufrechnung

Ein Aufrechnungsverbot nach §§ 392 ff. BGB besteht nicht.

#### d) Zwischenergebnis

Der Anspruch des K gegen V auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs ist i.H.v. 3.000 € infolge Aufrechnung gem. § 389 BGB erloschen.

### 3. Rechtsfolge

Nach §§ 348 S. 1, S. 2, 322 Abs. 1 BGB sind die sich aus dem Rücktritt ergebenden Verpflichtungen der Parteien – hier die Rückzahlung des Kaufpreises durch V und die Rückgabe des Fahrzeugs durch K – Zug um Zug zu erfüllen.

## II. Ergebnis

K hat gegen V einen Anspruch auf Zahlung von 6.000 € Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs aus § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 434 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1, Nr. 2, Abs. 3 S. 1 Nr. 1, 440 S. 1, 323 Abs. 1, 348 BGB.

## Frage 2

### I. Anspruch auf Zahlung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 Abs. 1 S. 1 BGB

K könnte gegen V einen Anspruch auf Zahlung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten i.H.v. 800 € aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 Abs. 1 S. 1 BGB haben.

Nach § 280 Abs. 1 S. 1 BGB kann, wenn der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt, der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen.

#### 1. Schuldverhältnis

Zwischen K und V bestand ein Schuldverhältnis i.S.d. § 280 Abs. 1 S. 1 BGB in Gestalt eines wirksamen Kaufvertrages gem. § 433 BGB, der durch den Rücktritt des K gem. § 346 Abs. 1 BGB in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt wurde (siehe oben).

#### 2. Pflichtverletzung: Verzug

V muss eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt haben. Die Pflichtverletzung liegt in den Fällen der §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 Abs. 1 S. 1 BGB im Verzug des Schuldners gem. § 286 Abs. 1 S. 1 BGB. Nach dieser Vorschrift kommt der Schuldner in Verzug, wenn er auf eine Mahnung des Gläubigers, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, nicht leistet. Eine Mahnung i.S.d. § 286 Abs. 1 S. 1 BGB ist die eindeutige und bestimmte Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, die geschuldete Leistung zu erbringen.<sup>8</sup>

K hat mit E-Mail vom 22.9.2023 den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt und V aufgefordert, das Fahrzeug zurückzunehmen und ihm den Kaufpreis zu erstatten. Durch den Rücktritt des K wurde der Kaufvertrag gem. § 346 Abs. 1 BGB in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt. Der Anspruch des K gegen V auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs wurde gem. § 271 Abs. 1 BGB sofort, also am 22.9.2023, fällig. Mit E-Mail vom 2.10.2023 hat K die V eindeutig und bestimmt zur Leistung aufgefordert. Hierin liegt eine Mahnung i.S.d. § 286 Abs. 1 S. 1 BGB. Indem V auch auf diese Mahnung hin nicht leistete, ist sie gem. § 286 Abs. 1 S. 1 BGB in Verzug gekommen. Folglich hat V eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt.

#### 3. Vertretenmüssen

V muss die Pflichtverletzung auch zu vertreten haben, vgl. §§ 280 Abs. 1 S. 2, 286 Abs. 4 BGB. Nach § 276 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 2 BGB) zu vertreten. Fahrlässig handelt gem. § 276 Abs. 2 BGB, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. V hat die E-Mails des K aus Unachtsamkeit nicht beantwortet. Sie hat hierdurch die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen und damit fahrlässig i.S.d. § 276 Abs. 2 BGB gehandelt. V hat die Pflichtverletzung zu vertreten.

---

<sup>8</sup> BGH, Urt. v. 25.10.2007 – III ZR 91/07 = NJW 2008, 50 (51 f. Rn. 11) = BGHZ 174, 77; *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 286 Rn. 63, 65; *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 286 Rn. 16 ff.

#### 4. Schaden

Darüber hinaus muss K gem. §§ 280 Abs. 1 S. 1, 249 Abs. 1 BGB ein Schaden entstanden sein. Nach § 249 Abs. 1 BGB hat derjenige, der zum Schadensersatz verpflichtet ist, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (sog. Grundsatz der Naturalrestitution). Schaden i.S.d. §§ 280 Abs. 1 S. 1, 249 Abs. 1 BGB ist jede Einbuße an Gütern.<sup>9</sup> Das Vorliegen eines Vermögensschadens bestimmt sich nach der Differenzhypothese. Ein Vermögensschaden ist danach gegeben, wenn der tatsächliche Wert des Vermögens des Geschädigten geringer ist als der Wert, den das Vermögen ohne das die Ersatzpflicht begründende Ereignis gehabt hätte.<sup>10</sup>

Infolge der Inanspruchnahme des R sind K außergerichtliche Rechtsanwaltskosten i.H.v. 800 € entstanden. Wäre V mit der Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs nicht in Verzug gekommen, wären diese Kosten nicht angefallen. Folglich ist K ein Schaden i.H.v. 800 € entstanden.

#### 5. Haftungsausfüllende Kausalität

Fraglich ist, ob die Pflichtverletzung für den Schaden des K kausal geworden ist. Denkt man die Pflichtverletzung – den Verzug der V gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 Abs. 1 S. 1 BGB – hinweg, so hätte K keinen Rechtsanwalt einschalten müssen, sodass keine Rechtsanwaltskosten angefallen wären. Es liegt auch nicht außerhalb jeder Lebenserfahrung, dass der Gläubiger einen Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung seiner Interessen beauftragt, wenn der Schuldner sich im Verzug befindet. Die Pflichtverletzung ist somit äquivalent und adäquat kausal für den Schaden des K.

Nach § 249 Abs. 1 BGB ersatzfähig sind allerdings nur solche Schäden, die zurechenbar auf der Pflichtverletzung beruhen.<sup>11</sup> Wird der Schaden durch eine Handlung verursacht, die auf einem Willensentschluss des Verletzten beruht, so schließt dies den Zurechnungszusammenhang nicht zwingend aus. Auch eine psychisch vermittelte Handlung des Verletzten beruht zurechenbar auf der Pflichtverletzung, sofern die Handlung durch die Pflichtverletzung herausgefordert oder wesentlich mitbestimmt worden ist und eine nicht ungewöhnliche Reaktion auf diese darstellt.<sup>12</sup> Die Ersatzpflicht erstreckt sich auch auf Aufwendungen, die der Geschädigte zur Verhinderung eines konkreten drohenden Schadenseintritts getätigt hat. Ersatzfähig sind jedoch nur solche Aufwendungen, die ein wirtschaftlich denkender Mensch in der Lage des Geschädigten bei ex-ante-Betrachtung für zweckmäßig und notwendig halten durfte.<sup>13</sup>

Der Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 Abs. 1 S. 1 BGB umfasst nach § 249 Abs. 1 BGB grundsätzlich auch die durch das Schadensereignis erforderlich gewordenen Rechtsverfolgungskosten. Die Ersatzpflicht setzt voraus, dass die Inanspruchnahme eines Rechtsanwalts aus einer ex-ante-Sicht einer vernünftigen, wirtschaftlich denkenden Person in der Situation des

<sup>9</sup> *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, Vorb. v. § 249 Rn. 9.

<sup>10</sup> BGH, Urt. v. 12.3.2009 – VII ZR 26/06 = NJW 2009, 1870 (1871 Rn. 15); BGH, Urt. v. 18.1.2011 – VI ZR 325/09 = NJW 2011, 1962 (1963 Rn. 8) = BGHZ 188, 78; BGH, Urt. v. 26.6.2023 – VIa ZR 335/21 = NJW 2023, 2259 (2264 f. Rn. 40) = BGHZ 237, 246; *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, Vorb. v. § 249 Rn. 10.

<sup>11</sup> *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, Vorb. v. § 249 Rn. 24.

<sup>12</sup> BGH, Urt. v. 13.7.1971 – VI ZR 125/70 = NJW 1971, 1980 (1980 f.) = BGHZ 57, 25; BGH, Urt. v. 14.6.2012 – IX ZR 145/11 = NJW 2012, 3165 (3170 Rn. 44) = BGHZ 193, 297; BGH, Urt. v. 13.10.2016 – IX ZR 149/15 = NJW 2017, 1600 (1601 Rn. 11); *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, Vorb. v. § 249 Rn. 41.

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 6.11.1973 – VI ZR 27/73 = NJW 1974, 34 (35) = BGHZ 61, 346; BGH, Urt. v. 24.4.1990 – VI ZR 110/89 = NJW 1990, 2060 (2062 f.) = BGHZ 111, 168; BGH, Urt. v. 15.2.2005 – VI ZR 74/04 = NJW 2005, 1041 (1042); *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, Vorb. v. § 249 Rn. 44.



Geschädigten erforderlich und zweckmäßig war.<sup>14</sup> Das trifft in einfach gelagerten Fällen nur zu, wenn der Geschädigte geschäftlich ungewandt ist oder die Schadensregulierung verzögert wird.<sup>15</sup>

K hat R mit der Wahrnehmung seiner Interessen beauftragt, nachdem V mit der Rückzahlung des Kaufpreises in Verzug gekommen war. Es kann somit offenbleiben, wie geschäftlich gewandt K war. Jedenfalls hat V die Schadensregulierung verzögert. Die Einschaltung eines Rechtsanwalts war zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aus der Sicht eines vernünftigen, wirtschaftlich denkenden Menschen in der Lage des K erforderlich und zweckmäßig. K ist ein kausaler Schaden i.H.v. 800 € entstanden.

## II. Ergebnis

K hat gegen V einen Anspruch auf Zahlung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten i.H.v. 800 € aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 Abs. 1 S. 1 BGB.

---

<sup>14</sup> BGH, Urt. v. 6.10.2010 – VIII ZR 271/09 = NJW 2011, 296 (296 Rn. 9); BGH, Urt. v. 25.11.2015 – IV ZR 169/14 = NJW-RR 2016, 511 (511 f. Rn. 12); BGH, Urt. v. 22.1.2019 – VI ZR 402/17 = NJW 2019, 1522 (1523 f. Rn. 11); BGH, Urt. v. 22.6.2021 – VI ZR 353/20 = NJW-RR 2021, 1070 (1070 f. Rn. 6); BGH, Urt. v. 24.2.2022 – VII ZR 320/21 = NJW-RR 2022, 707 (708 Rn. 18); *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 286 Rn. 181; *Grüneberg*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 249 Rn. 57; *Hunecke*, NJW 2015, 3745 (3746).

<sup>15</sup> BGH, Urt. v. 16.7.2015 – IX ZR 197/14 = NJW 2015, 3447 (3450 Rn. 55); BGH, Urt. v. 29.10.2019 – VI ZR 45/19 = NJW 2020, 144 (146 f. Rn. 21); *Grüneberg*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 249 Rn. 57.



## Fortgeschrittenenübungsklausur: Die verrückten Fußballfans

Stud. iur. Paul Friedrich, München\*

*Die Falllösung beschäftigt sich eingehend mit dem Diebstahlstatbestand und den Urkundendelikten, verknüpft dies mit Fragen der Mittäterschaft aus dem Allgemeinen Teil und zeigt insbesondere verschiedene Aufbauformen bei gemeinsamer Tatbegehung. Der Fall ist angelehnt, jedoch erheblich verändert, an „Muss das Fake-Maskottchen in den ‚Knast‘?“<sup>1</sup>*

### Sachverhalt

Fabian (F) und Constantin (C) sind fußballverrückt und verpassen kein einziges Spiel ihres Clubs. Sie sind bei Heimspielen immer im Stadion mit dabei und selbst bei Auswärtsspielen reisen sie regelmäßig mit ihrer Mannschaft. Doch für ein Spiel haben sie vergessen, sich Tickets zu besorgen. Nachdem das Spiel die Deutsche Meisterschaft entscheiden wird, wollen sie jedoch unbedingt dabei sein.

Sie schmieden deshalb den Plan, von ihrem Bekannten (B), der das Maskottchen des Vereins spielt, das Maskottchen-Kostüm aus dessen Wohnung zu entwenden. Dazu bricht der kräftige F zu später Stunde mit einem Schraubenzieher ein Fenster der Wohnung des B auf, welches dadurch verbogen wird und Kratzer aufweist, und steigt in das Wohnzimmer des B ein, während C Schmiere steht. An dem Kostüm ist ein Warnmelder angebracht, welcher ausschlagen soll, wenn sich das Kostüm vom Handy des B entfernt. Auch wenn der Melder auslöst, schläft B so tief, dass es F und C tatsächlich gelingt, das Kostüm zu entwenden, ohne dass B etwas davon bemerkt.

Wenige Tage vor dem Spiel ist C davon überzeugt, dass das Kostüm allein nicht genügen wird. Glücklicherweise hat F beim Einsteigen in die Wohnung des B auch dessen Mitarbeiterausweis entwendet, wovon C nichts wusste. Diesen scannen sie ein, fügen über ein Bildbearbeitungsprogramm ihre Namen und Fotos ein und drucken sie aus. Auf den täuschend echt aussehenden Ausweisen ist, neben ihren persönlichen Daten samt Bild, groß das Logo des Vereins abgebildet.

Am Tag des Spiels gelingt es ihnen, durch einen Mitarbeiteringang in das Stadion zu gelangen, nachdem sie das Sicherheitspersonal von der Echtheit ihrer Ausweise überzeugt haben, und nach langem Suchen durch die unterirdischen Tunnel an den Spielfeldrand zu gelangen. Nachdem B seit einiger Zeit keine Lust mehr hat, das Maskottchen zu spielen, war er dankbar über dessen Verschwinden. Diese Einstellung hatte auch sein Begleiter,<sup>2</sup> der deshalb am Spieltag nicht zugegen war. F und C hatten dagegen Freude, das Maskottchen zu mimen und waren froh, dass ihr Coup nicht aufgefallen ist.

### Aufgabe

Prüfen Sie die Strafbarkeit von F und C nach dem StGB.

---

\* Der Verf. ist Stud. Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie an der Ludwig-Maximilians-Universität München bei Prof. Dr. Armin Engländer.

<sup>1</sup> Reisch, LTO v. 27.6.2024, abrufbar unter [https://www.lto.de/persistent/a\\_id/54870](https://www.lto.de/persistent/a_id/54870) (16.10.2024).

<sup>2</sup> Maskottchen werden regelmäßig durch eine weitere Person begleitet, da die Sichtverhältnisse aus dem Kopf des Kostüms stark eingeschränkt sind.

## Lösungsvorschlag

<b>Tatkomplex 1: Einsteigen in die Wohnung .....</b>	<b>1362</b>
<b>A. Strafbarkeit des F .....</b>	<b>1362</b>
<b>I. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Nr. 3, Abs. 4 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 StGB hinsichtlich des Kostüms und des Ausweises .....</b>	<b>1362</b>
1. Tatbestand.....	1362
a) Objektiver Tatbestand des Grunddelikts, § 242 Abs. 1 StGB.....	1362
aa) Fremde bewegliche Sache .....	1362
bb) Wegnahme .....	1362
b) Objektiver Tatbestand der Qualifikation, § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Nr. 3, Abs. 4 StGB.....	1363
aa) Diebstahl mit Waffen bzw. gefährlichen Werkzeugen, § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB .....	1363
(1) Waffe oder gefährliches Werkzeug .....	1363
(a) Abstrakt-objektive Betrachtungsweise .....	1363
(b) Situationsbezogene abstrakt-objektive Betrachtungsweise .....	1363
(c) Konkret-subjektive Betrachtungsweise .....	1364
(d) Streitentscheid .....	1364
(2) Beisichführen.....	1364
(3) Zwischenergebnis .....	1365
bb) Wohnungseinbruchdiebstahl, § 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB.....	1365
cc) Zwischenergebnis .....	1365
c) Subjektiver Tatbestand.....	1365
aa) Vorsatz.....	1365
bb) Zueignungsabsicht und deren Rechtswidrigkeit.....	1366
d) Zwischenergebnis .....	1366
2. Rechtswidrigkeit und Schuld .....	1366
3. Zwischenergebnis .....	1368
<b>II. § 123 Abs. 1 StGB.....</b>	<b>1368</b>
1. Tatbestand.....	1368
a) Objektiver Tatbestand .....	1368
b) Subjektiver Tatbestand.....	1368
2. Rechtswidrigkeit und Schuld .....	1368
3. Zwischenergebnis .....	1368
<b>III. § 303 Abs. 1 StGB.....</b>	<b>1368</b>

1. Tatbestand.....	1369
a) Objektiver Tatbestand .....	1369
b) Subjektiver Tatbestand.....	1369
2. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	1369
3. Zwischenergebnis .....	1369
<b>B. Strafbarkeit des C .....</b>	<b>1369</b>
<b>I. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Nr. 3, Abs. 4 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 StGB, § 25 Abs. 2 StGB hinsichtlich des Kostüms.....</b>	<b>1369</b>
1. Tatbestand.....	1369
a) Gemeinsamer Tatplan.....	1370
b) Gemeinsame Tatausführung.....	1370
c) Besondere subjektive Tatbestandsmerkmale.....	1371
2. Rechtswidrigkeit und Schuld .....	1371
3. Strafzumessung: besonders schwerer Fall, § 243 Abs. 1 StGB .....	1371
4. Zwischenergebnis .....	1371
<b>II. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Nr. 3, Abs. 4 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 StGB, § 25 Abs. 2 StGB hinsichtlich des Ausweises .....</b>	<b>1371</b>
1. Tatbestand.....	1371
a) Gemeinsamer Tatplan.....	1371
b) Zwischenergebnis.....	1372
2. Zwischenergebnis .....	1372
<b>III. §§ 123 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB.....</b>	<b>1372</b>
1. Tatbestand.....	1372
2. Rechtswidrigkeit und Schuld .....	1372
3. Zwischenergebnis .....	1372
<b>IV. §§ 303 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB.....</b>	<b>1372</b>
1. Tatbestand.....	1372
2. Rechtswidrigkeit und Schuld .....	1372
3. Zwischenergebnis .....	1373
<b>Tatkomplex 2: Mitarbeiterausweise .....</b>	<b>1373</b>
<b>I. § 267 Abs. 1 Var. 1, 2 und 3 StGB .....</b>	<b>1373</b>
1. Tatbestand.....	1373
a) Objektiver Tatbestand .....	1373
aa) Urkunde .....	1373
(1) Perpetuierungsfunktion .....	1373

(2) Garantiefunktion .....	1373
(3) Beweisfunktion .....	1374
(4) Schlichte Fotokopie? .....	1374
(5) Zwischenergebnis .....	1374
bb) Herstellen einer unechten Urkunde, Var. 1 .....	1374
cc) Verfälschen einer echten Urkunde, Var. 2 .....	1374
dd) Gebrauchen der unechten Urkunde, Var. 3 .....	1375
ee) Zurechnung gem. § 25 Abs. 2 StGB .....	1375
ff) Zwischenergebnis .....	1375
b) Subjektiver Tatbestand .....	1375
aa) Vorsatz .....	1375
bb) Täuschungsabsicht im Rechtsverkehr .....	1375
2. Rechtswidrigkeit und Schuld .....	1375
<b>II. Zwischenergebnis .....</b>	<b>1376</b>
<b>Tatkomplex 3: Hineinschleichen in das Stadion .....</b>	<b>1376</b>
<b>I. § 123 StGB .....</b>	<b>1376</b>
1. Tatbestand .....	1376
a) Objektiver Tatbestand .....	1376
aa) Geschützter Ort .....	1376
bb) Eindringen gegen den Willen des Berechtigten .....	1376
b) Zwischenergebnis .....	1377
2. Zwischenergebnis .....	1377
<b>II. § 263 StGB .....</b>	<b>1377</b>
1. Tatbestand .....	1377
a) Objektiver Tatbestand .....	1377
aa) Täuschung .....	1377
bb) Irrtum .....	1377
cc) Vermögensverfügung .....	1378
dd) Vermögensschaden .....	1378
b) Subjektiver Tatbestand .....	1378
aa) Vorsatz .....	1378
bb) Bereicherungsabsicht .....	1378
(1) Absicht zur rechtswidrigen Bereicherung .....	1378
(2) Objektive Stoffgleichheit .....	1378
(3) Vorsatz bezüglich Rechtswidrigkeit und Stoffgleichheit .....	1379

2. Rechtswidrigkeit und Schuld .....	1379
3. Zwischenergebnis .....	1379
<b>III. § 265a StGB .....</b>	<b>1379</b>
1. Tatbestand.....	1379
2. Zwischenergebnis .....	1379
<b>Gesamtergebnis und Konkurrenzen .....</b>	<b>1379</b>

## Tatkomplex 1: Einsteigen in die Wohnung

### A. Strafbarkeit des F

#### I. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Nr. 3, Abs. 4 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 StGB hinsichtlich des Kostüms und des Ausweises

F könnte sich gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Nr. 3, Abs. 4 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er in die Wohnung des B einstieg und das Kostüm sowie den Ausweis entwendete.

#### 1. Tatbestand

##### a) Objektiver Tatbestand des Grunddelikts, § 242 Abs. 1 StGB

###### aa) Fremde bewegliche Sache

Das Kostüm und der Ausweis müssten für F fremde, bewegliche Sachen sein. Sachen sind gem. § 90 BGB körperliche Gegenstände, sie sind beweglich, wenn sie fortbewegt werden können,<sup>3</sup> und fremd, wenn sie jedenfalls nicht im Alleineigentum des Täters stehen oder nicht herrenlos sind.<sup>4</sup> Das Kostüm und der Ausweis sind bewegliche Sachen, die nicht im Eigentum des F stehen oder herrenlos sind und damit für diesen fremd sind.

###### bb) Wegnahme

F müsste Kostüm und Ausweis weggenommen haben. Hierunter versteht man den Bruch fremden und Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams.<sup>5</sup> B müsste damit Gewahrsam an Kostüm und Ausweis gehabt haben. Hierunter versteht man die vom Herrschaftswillen getragene Sachherrschaft über die Sache.<sup>6</sup> Auch wenn B geschlafen hat und deshalb nicht unmittelbar seine Verfügungsgewalt ausübte, so befinden sich beide Gegenstände aber sehr wohl in seiner Wohnung und damit in seiner Herrschaftssphäre. Zudem hindert der vorübergehende Schlaf nicht

<sup>3</sup> Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 242 Rn. 14.

<sup>4</sup> Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 12; Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 242 Rn. 15.

<sup>5</sup> Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 242 Rn. 8.

<sup>6</sup> BGH, Beschl. v. 28.7.2020 – 2 StR 229/20 = NStZ 2021, 42.

den jedenfalls latenten Herrschaftswillen.<sup>7</sup> F müsste neuen Gewahrsam begründet haben. Dies gelang ihm, indem er das Kostüm und den Ausweis aus der Wohnung entwendete. Dabei müsste er den ursprünglichen Gewahrsam gebrochen haben, also seinen neuen gegen oder ohne den Willen des B begründet haben.<sup>8</sup> Auch wenn B später die Tat billigte, so hatte er zum Tatzeitpunkt davon keine Kenntnis. Damit begründete F seinen Gewahrsam ohne Zustimmung des B, er hat den originären Gewahrsam mithin gebrochen. F hat das Kostüm, genauso wie den Ausweis, weggenommen.

## b) Objektiver Tatbestand der Qualifikation, § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Nr. 3, Abs. 4 StGB

### aa) Diebstahl mit Waffen bzw. gefährlichen Werkzeugen, § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB

F könnte den Qualifikationstatbestand des Diebstahls mit Waffen bzw. gefährlichen Werkzeugen nach § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB erfüllt haben, indem er samt Schraubenzieher in die Wohnung eingedrungen ist.

#### (1) Waffe oder gefährliches Werkzeug

Der Schraubenzieher müsste sich als Waffe oder gefährliches Werkzeug klassifizieren. Während als Waffe solche Gegenstände bezeichnet werden, die „ihrer Art nach für Angriffs- oder Verteidigungszwecke bestimmt und geeignet sind, auf mechanischem oder chemischem Wege erhebliche Verletzungen beizubringen“<sup>9</sup>, was bei einem Schraubenzieher, der zuvörderst als Werkzeug dient, nicht der Fall ist, ist die Definition des gefährlichen Werkzeugs umstritten.

#### (a) Abstrakt-objektive Betrachtungsweise

Nach der abstrakt-objektiven Betrachtungsweise kommt es allein auf die objektive Beschaffenheit des Werkzeugs an, also darauf, ob das Werkzeug dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.<sup>10</sup> Dies ist bei einem Schraubenzieher der Fall.<sup>11</sup>

#### (b) Situationsbezogene abstrakt-objektive Betrachtungsweise

Nach der situationsbezogenen abstrakt-objektiven Betrachtungsweise kommt es nicht allein wie bei erster Ansicht auf die objektive Beschaffenheit an. Es muss vielmehr zusätzlich der äußere Anschein aus Sicht eines objektiven Beobachters entstehen, dass der Gegenstand zur Verletzung von Menschen bestimmt ist und nicht aus neutralen bzw. alltäglichen Beweggründen mittransportiert wird.<sup>12</sup> Während also ein Handwerker einen Schraubenzieher mitführen kann, ohne den Qualifikationstatbestand zu erfüllen, so erfüllt ihn ein „einfacher“ Bürger sehr wohl.<sup>13</sup> Es liegt mithin ein gefährliches Werkzeug vor.

<sup>7</sup> Selbst ein abwesender Wohnungsinhaber kann Gewahrsamsinhaber sein, Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 242 Rn. 9 f.

<sup>8</sup> Vgl. Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 35.

<sup>9</sup> BGH, Beschl. v. 3.6.2008 – 3 StR 246/07 = NJW 2008, 2861; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 4 Rn. 16.

<sup>10</sup> Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 244 Rn. 11; Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 244 Rn. 14.

<sup>11</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 18.2.2010 – 3 StR 556/09 = NStZ 2011, 158.

<sup>12</sup> Bosch, welcher dieser Ansicht im Ergebnis folgt, in: Schönke/Schröder, Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 244 Rn. 5af; genauso Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 244 Rn. 17.

<sup>13</sup> Vgl. vertiefend Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 4 Rn. 33 und 36 f., der darauf hinweist, dass dieses Ergebnis von T.d.L. eingeschränkt wird und ein Einbruch mittels Werkzeugs mit dem Ziel eines

### (c) Konkret-subjektive Betrachtungsweise

Nach der konkret-subjektiven Betrachtungsweise folgt die Bestimmung des gefährlichen Werkzeugs den Leitlinien von § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB, sodass es darauf ankommt, dass das Werkzeug nicht nur dazu objektiv geeignet, sondern auch bei Bedarf dazu bestimmt ist, im konkreten Fall erhebliche Verletzungen hervorzurufen.<sup>14</sup> F hat den Schraubenzieher dagegen nur als Einbruchswerkzeug bei sich, es handelt sich demnach nicht um ein gefährliches Werkzeug.

### (d) Streitentscheid

Nachdem die drei aufgeführten Auffassungen zu divergierenden Ergebnissen kommen, bedarf es eines Streitentscheids.

Die zweite Ansicht schafft es zwar, einen recht weitgehenden Tatbestand restriktiv zu handhaben. Dies gelingt ihr jedoch nur zulasten von Mutmaßungen und schwierigen Einzelfallabgrenzungen, die im Ergebnis nicht überzeugend sind. Dem könnte die dritte Ansicht zwar Abhilfe verschaffen, zumal sie sich im Einklang mit der Gesetzesbegründung sieht.<sup>15</sup> Doch muss es sich bei dieser vielmehr um ein gesetzgeberisches Versehen handeln, zumal der Wortlaut eindeutig ist und eine konkrete Verwendungsmöglichkeit gerade nicht entscheidend ist.<sup>16</sup> Diese beiden Theorien überzeugen demnach nicht.

Auch wenn gegen die erst genannte Ansicht spricht, dass sie den Tatbestand sehr weit fasst und regelmäßig Situationen umfasst, welche eher als „Bagatelldiebstahl“ bezeichnet werden können, wie ein Handwerker, der ein Arbeitsmesser bei sich führt, und das Regelbeispiel von § 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht ohne Qualifizierung denkbar wird, muss für die Ansicht eingebracht werden, dass es bei § 244 StGB nur auf die abstrakte Gefährlichkeit ankommt, welche am Wortlaut des Beisichführens deutlich wird. Zudem ist die Waffe als Unterfall des gefährlichen Werkzeugs zu verstehen, welche unstrittig abstrakt und unabhängig des Einzelfalls bestimmt wird.<sup>17</sup> Für das allgemeinere gefährliche Werkzeug kann nichts Gegenteiliges gelten. Zuletzt verlangt lit. b einen Verwendungswillen, gerade aber nicht lit. a. Somit ist der abstrakt-objektiven Betrachtungsweise zu folgen. Der Schraubenzieher ist mithin ein gefährliches Werkzeug.<sup>18</sup>

## (2) Beisichführen

F müsste den Schraubenzieher bei sich führen. Hierunter versteht man, dass dem Täter „das Mittel während des Tathergangs zur Verfügung steht, d.h. so in seiner räumlichen Nähe ist, dass er es jederzeit, also ohne nennenswerten Zeitaufwand und ohne besondere Schwierigkeiten benutzen kann“<sup>19</sup>. F hat den Schraubenzieher nicht nur bei sich, er nutzt ihn sogar für das Aufhebeln des Fensters, damit ist dieser in einer solchen Nähe zu ihm, dass er ihn verwenden kann; er führt ihn bei sich.

---

Diebstahls „deliktstypisch“ und damit nicht erfasst sein soll; a.A. deshalb gut vertretbar.

<sup>14</sup> Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 244 Rn. 16.

<sup>15</sup> Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2024, § 244 Rn. 7.

<sup>16</sup> Zustimmend Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 244 Rn. 5; Schmidt, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 244 Rn. 5.

<sup>17</sup> Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 4 Rn. 20.

<sup>18</sup> Nachdem nur die dritte Ansicht ein anderes Ergebnis zu Tage fördert, wäre es auch möglich gewesen, diese abzulehnen und den Streit zwischen den ersten beiden offen zu lassen. Überblick bei Beulke/Zimmermann, Klausurenkurs im Strafrecht I, 9. Aufl. 2024, Rn. 374.

<sup>19</sup> Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 4 Rn. 43.

### (3) Zwischenergebnis

Der Qualifikationstatbestand § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB ist erfüllt.

#### bb) Wohnungseinbruchdiebstahl, § 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB

F könnte § 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB erfüllt haben, indem er in die Wohnung des B eingebrochen ist und das Kostüm sowie den Ausweis entwendete. Unter einer Wohnung versteht man Räumlichkeiten, die wenigstens vorübergehend dem Aufenthalt von Menschen dienen. Es sollen nur diejenigen Räume erfasst sein, welche längerfristig der privaten Lebensgestaltung gedacht sind.<sup>20</sup> Dies ist bei der Wohnung des B der Fall, welche von B dauerhaft als private Wohnung genutzt wird, Abs. 4. In diese müsste F eingebrochen sein, worunter das gewaltsame, also unter Einsatz nicht unerheblicher körperlicher Kraft, Aufbrechen einer hindernden Umschließung zu verstehen ist.<sup>21</sup> Der kräftige F hat mit einem Schraubenzieher das geschlossene Fenster aufgehebelt und sich dadurch Zugang verschafft, sodass er in die Wohnung eingebrochen ist. Genauso könnte er in die Wohnung eingestiegen sein. Hierunter versteht man, dass der Täter eine tatsächlich hindernde Umschließung überwindet und auf nicht ordnungsgemäße Weise Zutritt in den Raum erlangt.<sup>22</sup> Er darf sich gerade nicht nur hineinbeugen, sondern muss wenigstens einen Fuß in die Wohnung gestellt haben.<sup>23</sup> F gelangt vollständig durch das Fenster und damit über einen nicht ordnungsgemäßen Weg in die Wohnung. Das verschlossene Fenster stellt ein tatsächliches Hindernis dar, sodass F in die Wohnung eingestiegen ist. Er müsste in diese eingebrochen und eingestiegen sein zur Ausführung der Tat, also gerade des Diebstahls und nicht aus etwaigen anderen erdenklichen Gründen,<sup>24</sup> was aber der Fall ist, sodass § 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB erfüllt ist.

*Hinweis:* Ein Bandendiebstahl nach § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB setzt eine Bande voraus, für welche es mindestens drei Personen bedarf.<sup>25</sup> Mögliches mittäterschaftliches Handeln und der Bandendiebstahl laufen nicht parallel.

### cc) Zwischenergebnis

Der objektive Qualifikationstatbestand ist nach § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Nr. 3, Abs. 4 StGB erfüllt.

### c) Subjektiver Tatbestand

#### aa) Vorsatz

F müsste vorsätzlich nach § 15 StGB gehandelt haben, also den Willen zur Verwirklichung eines Straftatbestands in Kenntnis aller objektiven Tatbestandsmerkmale haben.<sup>26</sup> F wusste, dass es sich um

<sup>20</sup> Wessel/Hillenkamp/Schuhr, *Strafrecht*, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 312.

<sup>21</sup> Schmidt, in: Matt/Renzikowski, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2020, § 243 Rn. 6, § 244 Rn. 14.

<sup>22</sup> BGH, *Beschl. v. 1.2.1984 – 3 StR 423/83*; Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 243 Rn. 22 f.

<sup>23</sup> Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2023, § 243 Rn. 11.

<sup>24</sup> Der Diebstahlsvorsatz muss in diesem Zeitpunkt vorgelegen haben, Bosch, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 243 Rn. 17; Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2024, § 243 Rn. 14, § 244 Rn. 24.

<sup>25</sup> BGH, *Beschl. v. 22.3.2001 – GSSt 1/00 = NJW 2001, 2266*; Wessel/Hillenkamp/Schuhr, *Strafrecht, Besonderer Teil 2*, 46. Aufl. 2023, Rn. 300.

<sup>26</sup> BGH, *Urt. v. 5.5.1964 – 1 StR 26/64 = NJW 1964, 1330 (1331)*; Gaede, in: Matt/Renzikowski, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2020, § 15 Rn. 4.



fremde Sachen handelte und wollte diese auch wegnehmen. Zudem war ihm bewusst, dass er ein gefährliches Werkzeug in Form des Schraubenziehers mitführte und dass er in eine private Wohnung eindrang. Schon zum Zeitpunkt des Eindringens hatte er Diebstahlsvorsatz. Er handelte mithin vorsätzlich.

#### bb) Zueignungsabsicht und deren Rechtswidrigkeit

F müsste die Absicht innegehabt haben, sich das Kostüm und den Ausweis zuzueignen. Hierunter versteht man den Vorsatz zur dauerhaften Enteignung und die Absicht der jedenfalls vorübergehenden Aneignung der Sache.<sup>27</sup> Die angestrebte Zueignung müsste ferner rechtswidrig sein, ein Übereignungsanspruch dürfte also nicht bestehen.<sup>28</sup> F wollte B aus seiner Eigentümerstellung faktisch verdrängen, er hatte insbesondere keinen Rückführungswillen, sodass der Vorsatz auch auf eine dauerhafte Enteignung gerichtet ist. Zudem hat er sich das Kostüm wie den Ausweis absichtlich in sein Vermögen einverleibt. Einen Anspruch auf die in Rede stehenden Gegenstände kann er nicht geltend machen. Damit ist die Absicht zur rechtswidrigen Zueignung gegeben.

#### d) Zwischenergebnis

Der Tatbestand von §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Nr. 3, Abs. 4 StGB ist erfüllt.

## 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

F handelte rechtswidrig und schuldhaft.

Denkbar wäre es zwar, § 242 StGB i.V.m. § 243 StGB getrennt vor der Prüfung etwaiger Qualifikationen gem. § 244 StGB zu thematisieren. Es empfiehlt sich aber, sofern auf dem Qualifikationstatbestand nach § 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB ein gewisser Schwerpunkt liegt, diesen vorwegzuprüfen und die Erfüllung des Regelbeispiels gem. § 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB kurz festzustellen, wenngleich das Regelbeispiel auf Konkurrenzebene zurücktritt. Gleiches gilt für die weiteren Regelbeispiele nach § 243 Abs. 1 StGB, auch diese treten hinter § 244 StGB zurück.<sup>29</sup> Nachdem sie jedoch weiter oben hätten geprüft werden können, werden sie aus didaktischen Gründen dargestellt:

[3. Strafzumessung: besonders schwerer Fall, § 243 Abs. 1 StGB

a) Regelbeispiele nach Abs. 1

aa) Einbrechen und Einsteigen in einen umschlossenen Raum, § 243 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 und Alt. 2 StGB  
F müsste in einen umschlossenen Raum eingebrochen sein, § 243 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB. Unter einem umschlossenen Raum versteht man ein Raumgebilde, welches mindestens auch dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden, und das mit mindestens teilweise künstlichen Vorrichtungen umgeben ist, die das Eindringen von Unbefugten abwehren sollen.<sup>30</sup> Nachdem es sich um die Wohnung des B handelt, liegt ein umschlossener Raum vor. In diesen müsste F eingebrochen sein. Er müsste das Fenster also gewaltsam aufgebrochen haben. Der kräftige F hat mit einem Schraubenzieher das

<sup>27</sup> Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 242 Rn. 20 ff.; Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 127.

<sup>28</sup> Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 59.

<sup>29</sup> Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 4 Rn. 82a; Wessel/Hillenkamp/Schuhr, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 311.

<sup>30</sup> BGH, Beschl. v. 11.5.1951 – GS St 1/51 = NJW 1951, 669.

geschlossene Fenster aufgehebelt und sich dadurch Zugang verschafft, sodass er in die Wohnung eingebrochen ist. Er könnte zudem eingestiegen sein. Nachdem er über das Fenster als nicht ordnungsgemäßen Weg vollständig in die Wohnung gelangt ist, ist dies der Fall. Er müsste in diese eingebrochen und eingestiegen sein, zur Ausführung der Tat, also gerade des Diebstahls und nicht aus etwaigen anderen erdenklichen Gründen, was aber der Fall ist, sodass F § 243 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB erfüllt.

*Hinweis:* Die Alternative des Eindringens mit „einem anderen nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Werkzeug“ verlangt eine Einwirkung auf den Schließmechanismus,<sup>31</sup> also das Schloss, und liegt deshalb nicht vor.

bb) Schutzvorrichtung, § 243 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB

§ 243 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB ist erfüllt, wenn das Kostüm oder der Ausweis durch eine Schutzvorrichtung vor der Wegnahme gesichert ist. Die Vorrichtung muss die Wegnahme erschweren.<sup>32</sup> B hat zwar einen Warnmelder an das Kostüm angebracht. Dieser erschwert die Wegnahme aber gerade nicht, sondern macht diese nur kenntlich und dient im Zweifel dem Wiederauffinden der Sache. Damit ist § 243 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB nicht erfüllt.

cc) Ausnutzung der Hilflosigkeit, § 243 Abs. 1 Nr. 6 Alt. 1 StGB

F könnte die Hilflosigkeit des B ausgenutzt haben, während dieser schläft. Hilflosigkeit liegt vor, wenn sich der Betroffene aus eigener Kraft nicht oder nur stark eingeschränkt gegen die gegen ihn und die Sache gerichtete Handlung wehren kann. Nicht aber schon dann, wenn die eingeschränkten Abwehrmöglichkeiten unvermeidbare Folge eines normalen, alltäglichen Umstands sind.<sup>33</sup> Damit scheidet der Schlaf als hilflose Lage aus, sodass § 243 Abs. 1 Nr. 6 Alt. 1 StGB nicht vorliegt.

b) Quasi-Vorsatz

F müsste quasivorsätzlich gem. § 15 StGB analog gehandelt haben.<sup>34</sup> Er wollte in die Wohnung einbrechen und handelte damit sogar absichtlich, sodass der Quasi-Vorsatz gegeben ist.

c) Keine Geringwertigkeit

Ein besonders schwerer Fall ist gem. § 243 Abs. 2 StGB ausgeschlossen, wenn die fremde Sache objektiv nur von geringem Wert ist, was regelmäßig bei einem Wert unter der Grenze von 25 bis 50 € bejaht wird, und der Täter die Geringwertigkeit erkennt.<sup>35</sup> Das Kostüm ist jedoch mehr wert, sodass ein Ausschluss des besonders schweren Falls nicht greift. Voraussetzung ist jedoch auch, dass der Sache überhaupt ein objektiver Verkehrswert zuteilwird.<sup>36</sup> Dies ist bei Ausweisen nicht der Fall, sodass ein Ausschluss nach Abs. 2 auch für diesen nicht in Betracht kommt.

<sup>31</sup> Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 3 Rn. 17.

<sup>32</sup> Schmidt, in: Matt/Renzikowski, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2020, § 243 Rn. 12.

<sup>33</sup> Bosch, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 243 Rn. 39; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2023, § 243 Rn. 21; Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 243 Rn. 51.

<sup>34</sup> § 243 Abs. 1 StGB statuiert Regelbeispiele, nicht aber Tatbestände, sodass eine direkte Anwendung von § 15 StGB ausscheidet, näher Wessel/Hillenkamp/Schuhr, *Strafrecht, Besonderer Teil 2*, 46. Aufl. 2023, Rn. 228.

<sup>35</sup> Rengier, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, 26. Aufl. 2024, § 3 Rn. 40; Schmidt, in: Matt/Renzikowski, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2020, § 243 Rn. 19.

<sup>36</sup> Wessel/Hillenkamp/Schuhr, *Strafrecht, Besonderer Teil 2*, 46. Aufl. 2023, Rn. 262.

## d) Zwischenergebnis

F hat § 243 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 und Alt. 2 StGB erfüllt.]

**3. Zwischenergebnis**

Demnach hat sich F hinsichtlich des Kostüms und des Ausweises gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Nr. 3, Abs. 4 strafbar gemacht.

**II. § 123 Abs. 1 StGB**

Indem F in die Wohnung des B einstieg, könnte er sich nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht haben.

**1. Tatbestand****a) Objektiver Tatbestand**

F müsste in die Wohnung des B eingestiegen sein. Unter einer Wohnung versteht man Räumlichkeiten, die der Unterkunft von Menschen dienen und hierzu bestimmt sind.<sup>37</sup> In diese müsste F widerrechtlich eingedrungen sein, also entgegen dem Willen des Berechtigten diese betreten haben.<sup>38</sup> F betrat über das Fenster die Wohnung des B, welcher schlief, also nichts davon wusste, sodass F auch gegen den Willen des B eindrang.

**b) Subjektiver Tatbestand**

F müsste vorsätzlich gehandelt haben. F wollte in die Wohnung eindringen und wusste, dass dies dem Willen des B widerspricht. Er handelte vorsätzlich.

**2. Rechtswidrigkeit und Schuld**

F handelte rechtswidrig und schuldhaft.

**3. Zwischenergebnis**

F hat sich nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht.

**III. § 303 Abs. 1 StGB**

F könnte sich gem. § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er das Fenster an der Wohnung des B aufgebrochen hat.

---

<sup>37</sup> Wessel/Hettinger/Engländer, *Strafrecht*, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2021, Rn. 554.

<sup>38</sup> Feilcke, in: *MüKo-StGB*, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 25.

## 1. Tatbestand

### a) Objektiver Tatbestand

Das Fenster müsste eine fremde Sache gewesen sein. Es ist körperlich und steht weder im Alleineigentum des F, noch ist es herrenlos. Zudem müsste es beschädigt oder zerstört sein. Eine Beschädigung liegt vor, wenn derart körperlich auf die Sache eingewirkt wird, dass deren Substanz oder ihr bestimmungsgemäßer Gebrauch nicht unerheblich beeinträchtigt ist.<sup>39</sup> Durch das Aufhebeln des Fensters mit dem Schraubenzieher, wodurch dieses Kratzer erlitten hat und verbogen ist, hat F die Substanz desselben beschädigt und erschwert das Schließen des Fensters, sodass auch der bestimmungsgemäße Gebrauch beeinträchtigt ist. Das Aufhebeln kann nicht hinweg gedacht werden, ohne dass der Beschädigungserfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel (conditio-sine-qua-non-Formel).<sup>40</sup> Zudem folgt der tatbestandliche Erfolg gerade der durch das Aufhebeln rechtlich missbilligt gesetzten Gefahr, er ist F also auch objektiv zurechenbar.<sup>41</sup> Der objektive Tatbestand ist also erfüllt.

### b) Subjektiver Tatbestand

F wollte das Fenster aufhebeln und war sich bewusst, dieses dadurch zu beschädigen. Er handelte vorsätzlich.

## 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

F handelte rechtswidrig und schuldhaft.

## 3. Zwischenergebnis

F hat sich nach § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

## B. Strafbarkeit des C

### I. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Nr. 3, Abs. 4 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 StGB, § 25 Abs. 2 StGB hinsichtlich des Kostüms

C könnte sich nach §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Nr. 3, Abs. 4 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 StGB, § 25 Abs. 2 StGB hinsichtlich des Kostüms strafbar gemacht haben, indem er Schmiere gestanden ist.

### 1. Tatbestand<sup>42</sup>

Auch für C ist das Kostüm eine fremde bewegliche Sache. Er hat sie allerdings nicht weggenommen. Fraglich ist, ob ihm die Wegnahmehandlung des F zugerechnet werden kann. Gleiches gilt für die

---

<sup>39</sup> BGH, Urt. v. 12.2.1998 – 4 StR 428–97 = NJW 1998, 2149 (2150); *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 24 Rn. 8.

<sup>40</sup> Vgl. *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 13 Rn. 3.

<sup>41</sup> Zur kurzen Abhandlung unproblematischer Tatbestandsmerkmale *Beulke/Zimmermann*, Klausurenkurs im Strafrecht I, 9. Aufl. 2024, Rn. 105.

<sup>42</sup> Aufbau nach *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 44 Rn. 10; alternativ *Beulke/Zimmermann*, Klausurenkurs im Strafrecht I, 9. Aufl. 2024, Rn. 392.

Qualifikationstatbestände nach § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Nr. 3, Abs. 4 StGB. Voraussetzung dafür ist gem. § 25 Abs. 2 StGB mittäterschaftliches Handeln, also eine gemeinschaftliche Tatbegehung durch bewusstes und gewolltes Zusammenwirken. Es bedarf hierzu eines gemeinsamen Tatplans und einer gemeinsamen Tatausführung.<sup>43</sup>

#### a) Gemeinsamer Tatplan

Ein gemeinsamer Tatplan liegt vor, wenn mindestens zwei Personen sich dazu verabreden, „im gegenseitigen Einvernehmen gemeinsam bestimmte objektive Tatbeiträge zu verwirklichen und eine bestimmte vorsätzliche ‚Straftat‘“<sup>44</sup> zu begehen. F und C sind sich darüber einig, das Kostüm aus der Wohnung des B zu stehlen, um in das Fußballstadion zu gelangen. Sie haben sich mithin dazu verabredet. C will die Tat und handelt damit auch vorsätzlich, § 15 StGB, hinsichtlich Grunddelikt und Qualifikation.

#### b) Gemeinsame Tatausführung

F und C müssten die Tat gemeinsam ausführen, es bedarf also auch eines Tatbeitrags des C.

#### Frühere Theorien

Nach der formal-objektiven Theorie kann nur Täter sein, wer die Tathandlungen auch selbst ausführt. Dagegen kommt es nach der extrem subjektiven Theorie nur darauf an, ob man die Tat als eigene will.<sup>45</sup> Nachdem erstere mit dem Wortlaut von § 25 Abs. 1 Var. 2 und zweitere mit dem Wortlaut von Var. 1 nicht vereinbar ist, haben sich gemäßigte Theorien herausgebildet.

Täter ist nach der gemäßigt-subjektiven Theorie, wer mit seinem Tatbeitrag die Tat nicht nur als fremde fördern möchte (animus socii), sondern diese als eigene Tat verwirklichen will (animus auctoris).<sup>46</sup> C möchte nicht nur F unterstützen, er möchte selbst das Kostüm erlangen, um in das Stadion zu gelangen. Zudem ist er selbst am Tatort anwesend und steht Schmiere, ohne die F nicht in die Wohnung des B eingestiegen wäre. Er leistet also einen eigenen Tatbeitrag. Nach der Tatherrschaftslehre kommt es dagegen darauf an, ob C eine derartige Zentralgestalt ist, dass er planvoll-lenkend bzw. mittgestaltend das Geschehen beeinflussen kann, also die Tatherrschaft besitzt.<sup>47</sup> Die Gestaltung seines Tatbeitrags müsste Auswirkungen auf den Tatverlauf haben, um eine täterschaftliche Stellung zu bejahen. Nachdem F ohne das Schmierestehen von C nicht in die Wohnung eingestiegen wäre, ist seine Handlung nicht nur unwesentliches Beiwerk, sondern tatentscheidend. C ist damit nach beiden Theorien Täter, F und C führen die Tat gemeinsam aus. Ein Streitentscheid ist damit nicht erforderlich.

<sup>43</sup> BGH, Beschl. v. 6.8.2019 – 3 StR 189/19 = NStZ 2020, 22; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 25 Rn. 9; Kudlich, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2024, § 25 Rn. 44.

<sup>44</sup> Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 44 Rn. 11.

<sup>45</sup> Zusammenfassend Kudlich, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2024, § 25 Rn. 12 ff.

<sup>46</sup> BGH, Urt. v. 15.1.1991 – 5 StR 492/90 = NJW 1991, 1068; zur Entwicklung der Rechtsprechung Joecks/Scheinfeld, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 25 Rn. 17 ff.

<sup>47</sup> Beulke/Zimmermann, Klausurenkurs im Strafrecht I, 9. Aufl. 2024, Rn. 393; Joecks/Scheinfeld, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 25 Rn. 10.

### c) Besondere subjektive Tatbestandsmerkmale

§ 25 Abs. 2 StGB rechnet nur objektive Tathandlungen zu, sodass C selbst Zueignungsabsicht haben müsste. Auch C möchte dem B das Kostüm dauerhaft enteignen und es sich gemeinsam mit F aneignen, sodass auch er unter Zueignungsabsicht handelte.

## 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

C handelte rechtswidrig und schuldhaft.

## 3. Strafzumessung: besonders schwerer Fall, § 243 Abs. 1 StGB

Das Regelbeispiel nach § 243 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 und Alt. 2 StGB ist tatbezogen, mithin objektiver Natur, sodass die Erfüllung durch F auch dem C nach § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden würde, sofern es nicht schon zurückgetreten ist.

## 4. Zwischenergebnis

Damit hat sich C gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Nr. 3, Abs. 4 StGB, § 25 Abs. 2 StGB hinsichtlich des Kostüms strafbar gemacht.

## II. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Nr. 3, Abs. 4 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 StGB, § 25 Abs. 2 StGB hinsichtlich des Ausweises

C könnte sich durch dieselbe Handlung gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Nr. 3, Abs. 4 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 StGB, § 25 Abs. 2 StGB hinsichtlich des Ausweises strafbar gemacht haben.

### 1. Tatbestand

Der Ausweis ist für C eine fremde, beweglich Sache. Er stand jedoch außerhalb der Wohnung und hat diesen somit nicht weggenommen. Ihm könnte jedoch die Wegnahmehandlung des F zugerechnet werden, sofern sie mittäterschaftlich handelten. Es bedürfte eines gemeinsamen Tatplans und einer gemeinsamen Ausführung der Tat, § 25 Abs. 2 StGB.

#### a) Gemeinsamer Tatplan

F und C müssten einen gemeinsamen Tatplan gehabt haben. Sie müssten also den einvernehmlichen Willen gehabt haben, den Ausweis zu stehlen. Dies ist im ersten Zugriff nicht der Fall, F und C waren sich nur darüber einig, das Kostüm zu stehlen. Fraglich ist, ob das Entwenden des Ausweises noch vom gemeinsamen Tatplan gedeckt ist oder ob F im Exzess handelte. Voraussetzung für ersteres ist, dass die Abweichung nach den Umständen als gewöhnlich und damit als unbeachtlich zu qualifizieren ist, wobei üblicherweise der Tatplan von gewisser Offenheit gekennzeichnet ist, mithin der geplante Tatverlauf nicht bis in das kleinste Detail geklärt ist.<sup>48</sup> F und C hatten sich aber in eindeutiger Weise darauf verständigt, nur das Kostüm zu stehlen. Die spätere Billigung der Tat genügt nicht.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Haas, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 25 Rn. 70 f.; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 25 Rn. 17.

<sup>49</sup> Simultaneitätsprinzip, Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 14 Rn. 64.

**b) Zwischenergebnis**

Damit mangelt es aufgrund des Exzesses des F an einem gemeinsamen Tatplan. Das Entwenden des Ausweises wird C nicht zugerechnet.<sup>50</sup>

**2. Zwischenergebnis**

C hat sich nicht gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Nr. 3, Abs. 4 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 StGB, § 25 Abs. 2 StGB hinsichtlich des Ausweises strafbar gemacht.

**III. §§ 123 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB**

C könnte sich durch dieselbe Handlung gem. §§ 123 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben.

**1. Tatbestand**

C ist nicht in eine Wohnung eingedrungen. Ihm könnte aber die Handlung des F zugerechnet werden, sofern sie mittäterschaftlich handelten, also unter einem gemeinsamen Tatplan die Tat gemeinsam ausführen, § 25 Abs. 2 StGB. F und C wollten einvernehmlich und vorsätzlich das Kostüm entwenden und dafür in die Wohnung des B gelangen. C leistet, wie oben dargestellt, einen täterschaftlichen Beitrag, sodass F und C mittäterschaftlich handelten. Der Tatbestand ist demnach erfüllt.

**2. Rechtswidrigkeit und Schuld**

C handelte rechtswidrig und schuldhaft.

**3. Zwischenergebnis**

C hat sich gem. §§ 123 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

**IV. §§ 303 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB**

C könnte sich durch dieselbe Handlung gem. §§ 303 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben.

**1. Tatbestand**

C hat das Fenster nicht beschädigt. Sofern er jedoch mittäterschaftlich mit F handelte, könnten ihm dessen Tathandlungen zugerechnet werden. Nachdem F und C einvernehmlich und vorsätzlich das Kostüm entwendeten und dafür über das Fenster in die Wohnung des B gelangen wollten, hatten sie einen gemeinsamen Tatplan. Die Tathandlung des C ist auch derart erheblich, dass sie täterschaftlich ist. Sie handelten mittäterschaftlich. C hat den Tatbestand erfüllt.

**2. Rechtswidrigkeit und Schuld**

C handelte rechtswidrig und schuldhaft.

---

<sup>50</sup> Wie bei der Prüfung der Strafbarkeit von F oben hätte auch hier eine gemeinsame Prüfung hinsichtlich des Kostüms und des Ausweises stattfinden können, wobei im Rahmen des Tatplans differenziert hätte werden müssen.

### 3. Zwischenergebnis

C hat sich nach §§ 303 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

#### Tatkomplex 2: Mitarbeiterausweise

##### I. § 267 Abs. 1 Var. 1, 2 und 3 StGB

F und C könnten sich gem. §§ 267 Abs. 1 Var. 1, 2 und 3, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben,<sup>51</sup> indem sie sich Mitarbeiterausweise ausstellen.

##### 1. Tatbestand

###### a) Objektiver Tatbestand

###### aa) Urkunde

Bei den Mitarbeiterausweisen müsste es sich um Urkunden handeln, worunter man jede verkörperte menschliche Gedankenerklärung, die ihren Aussteller erkennen lässt und zum Beweis einer rechts-erheblichen Tatsache im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist, versteht.<sup>52</sup>

###### (1) Perpetuierungsfunktion

Die Gedankenerklärung müsste also erstens mit einem körperlichen Gegenstand hinreichend fest verbunden sein und dadurch visuell wahrgenommen werden können (Perpetuierungsfunktion).<sup>53</sup> F und C bringen mit ihren Ausweisen zum Ausdruck, Mitarbeiter des das Stadion betreibenden Fußballvereins und aus diesem Grund zugangsberechtigt für das Stadion zu sein. Diese Erklärung wird durch den Mitarbeiterausweis vermittelt und ist mit diesem also verbunden.

###### (2) Garantiefunktion

Zweitens müsste der Ausweis den Aussteller erkennen lassen (Garantiefunktion).<sup>54</sup> Hierunter versteht man diejenige natürliche oder juristische Person, welcher die Erklärung zuzurechnen ist. Nicht erforderlich ist eine eigenständige Anfertigung (Körperlichkeitstheorie), es genügt vielmehr das Zueigenmachen der Urkunde als Urheber (Geistigkeitstheorie).<sup>55</sup> Auf dem Ausweis ist groß das Logo des Vereins abgebildet, sodass vermittelt wird, dass dieser Urheber derselben ist.

---

<sup>51</sup> Im Gegensatz zum ersten Tatkomplex folgt hier eine gemeinsame Prüfung von F und C. Eine getrennte Prüfung bietet sich an, wenn ein Täter alle Tatbestandsmerkmale erfüllt und diese dem zweiten zugerechnet werden sollen. Eine gemeinsame Prüfung bietet sich an, wenn es bei beiden Tätern an der Verwirklichung eines oder mehrerer Tatbestandsmerkmale fehlt, siehe näher *Rengier*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 2024, § 44 Rn. 6 ff.; genauso *Beulke/Zimmermann*, *Klausurenkurs im Strafrecht I*, 9. Aufl. 2024, Rn. 352. Der Sachverhalt kann auch derart gelesen werden, dass F und C jeweils beide alle notwendigen Tatbestandsmerkmale erfüllen, sodass auch eine Nebentäterschaft angenommen werden kann.

<sup>52</sup> *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger, Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2023, § 267 Rn. 2; *Zieschang*, in: *LK-StGB*, Bd. 15, 13. Aufl. 2023, § 267 Rn. 14.

<sup>53</sup> *Wessel/Hettinger/Engländer*, *Strafrecht, Besonderer Teil 1*, 47. Aufl. 2023, Rn. 778.

<sup>54</sup> *Rengier*, *Strafrecht, Besonderer Teil II*, 25. Aufl. 2024, § 32 Rn. 14 ff.

<sup>55</sup> OLG Düsseldorf, *Beschl. v. 4.2.1999 – 2 Ss 411/98 – 72/98 III*.



### (3) Beweisfunktion

Zuletzt müsste der Ausweis zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt sein (Beweisfunktion).<sup>56</sup> Ein Mitarbeiterausweis ist dazu geeignet, das Personal von Zuschauern und Gästen zu unterscheiden und dient gerade auch diesem Zweck.

### (4) Schlichte Fotokopie?

Problematisch könnte jedoch erscheinen, dass es sich im Ergebnis nur um eine bearbeitete Kopie des Originalausweises handelt. Es ist strittig, ob eine Fotokopie eine Urkunde darstellt. Eine Ansicht verneint dies mit der Begründung, der Aussteller sei nicht erkennbar und aus der Fotokopie folge keine eigene Gedankenerklärung. Es fehle mithin an der Beweiskraft. Die gegenteilige Ansicht verweist auf die Notwendigkeit des Schutzes, da Fotokopien im Rechtsverkehr regelmäßig an die Stelle des Originals treten.<sup>57</sup> Ein Streitentscheid könnte jedoch entbehrlich sein. Denn F und C haben sich gerade darum erfolgreich bemüht, dass die Urkunde täuschend echt aussieht. Es soll gerade nicht erkennbar sein, dass es sich um eine (bearbeitete) Kopie handelt. Die Vervielfältigung wird damit als Original im Rechtsverkehr wahrgenommen.<sup>58</sup> Es ist damit unschädlich, dass es sich um eine Fotokopie handelt.<sup>59</sup>

### (5) Zwischenergebnis

Damit ist in den Mitarbeiterausweisen eine Urkunde zu erblicken.

#### bb) Herstellen einer unechten Urkunde, Var. 1

F und C müssten eine unechte Urkunde hergestellt haben. Eine Urkunde ist unecht, wenn über die Identität des Ausstellenden getäuscht wird, also erscheinender und tatsächlicher Aussteller auseinanderklaffen.<sup>60</sup> F und C haben die Urkunden erstellt, während der Verein als Urheber erscheint. Eine Identitätstäuschung und damit eine unechte Urkunde liegt vor. Nachdem sie durch das Ausdrucken ihre körperliche Existenz begründet haben, haben sie diese auch hergestellt.

#### cc) Verfälschen einer echten Urkunde, Var. 2

*Hinweis:* Das Ergebnis einer verfälschten, ursprünglich echten Urkunde ist stets eine unechte Urkunde, sodass Var. 2 als Spezialfall von Var. 1 anzusehen ist.<sup>61</sup>

F und C könnten durch die Bearbeitung der Ausweise durch das Bildbearbeitungsprogramm eine echte Urkunde verfälscht haben. Zwar handelte es sich ursprünglich bei dem Ausweis des B um eine

<sup>56</sup> Wessel/Hettinger/Engländer, *Strafrecht*, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 781.

<sup>57</sup> BGH, Urt. v. 11.5.1971 – 1 StR 387/70; BayObLG, Beschl. v. 11.5.1992 – 5 St RR 16/92; *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 267 Rn. 95 ff.; *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 267 Rn. 42.

<sup>58</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.7.1999 – 2b Ss 60/99- 32/99 I; OLG Stuttgart, Urt. v. 22.5.2006 – 1 Ss 13/06.

<sup>59</sup> Die Darstellung des Streitstandes könnten kürzer ausfallen oder sogar weggelassen werden, da es darauf wie dargelegt in diesem Fall nicht ankommt. Die Darstellung folgt didaktischen Erwägungen.

<sup>60</sup> *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 267 Rn. 17; *Kudlich*, JA 2019, 272 (273).

<sup>61</sup> *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 267 Rn. 179.

Urkunde (vgl. aa), doch haben F und C nicht diese verändert, sondern ein eingescanntes und damit nicht mehr körperliches Duplikat erstellt. Sie haben mithin keine Urkunde verfälscht.

#### dd) Gebrauchen der unechten Urkunde, Var. 3

F und C könnten durch das Vorzeigen der Ausweise beim Sicherheitspersonal eine unechte Urkunde gebraucht haben. Bei den Ausweisen handelt es sich um unechte Urkunden (vgl. aa). Sie werden gebraucht, wenn sie dem zu täuschenden Empfänger derart zugänglich gemacht werden, dass dieser sie zur Kenntnis nehmen kann.<sup>62</sup> Indem F und C ihre Ausweise vorgezeigt haben, hat das Sicherheitspersonal davon Kenntnis genommen, sie haben ihre unechten Urkunde mithin gebraucht.

#### ee) Zurechnung gem. § 25 Abs. 2 StGB

Aus dem Sachverhalt geht nicht eindeutig hervor, ob F und C jeweils eigenständig die pönalisierten Tathandlungen erfüllen. Dies wäre aber unbeachtlich, wenn sie mittäterschaftlich handelten und die Handlungen gegenseitig zugerechnet werden. Es bedürfte einen gemeinsamen Tatplans und einer gemeinsamen Tatausführung. F und C haben die Ausweise einvernehmlich hergestellt und jeweils einen bedeutenden objektiven Beitrag dazu geleistet. Sie handelten mithin mittäterschaftlich.

#### ff) Zwischenergebnis

F und C haben eine unechte Urkunde hergestellt und gebraucht, §§ 267 Abs. 1 Var. 1 und 3, 25 Abs. 2 StGB.

### b) Subjektiver Tatbestand

#### aa) Vorsatz

F und C müssten vorsätzlich gehandelt haben. Sie wollten die Ausweise herstellen und wussten um deren Bedeutung bei Verwendung. Sie handelten also vorsätzlich.

#### bb) Täuschungsabsicht im Rechtsverkehr

F und C müssten die Absicht gehabt haben, den Rechtsverkehr zu täuschen. Dies ist gegeben, wenn sie wissen oder sich sicher sind, dass sie durch die Verwendung der Urkunde einen Irrtum auslösen und damit den Getäuschten zu rechtserheblichen Handeln veranlassen.<sup>63</sup> F und C wussten über das Täuschungspotential ihrer gefälschten Ausweise. Sie handelten mit *dolus directus* 1. Grades.

*Hinweis:* Im subjektiven Tatbestand kommt eine Zurechnung nach § 25 Abs. 2 StGB nicht in Betracht, sodass geprüft werden muss, ob die Täuschungsabsicht bei beiden vorliegt.

## 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

F und C handelte rechtswidrig und schuldhaft.

<sup>62</sup> Wessel/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 837.

<sup>63</sup> Puppe/Schumann, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 267 Rn. 100.

## II. Zwischenergebnis

F und C haben sich gem. § 267 Abs. 1 Var. 1 und 3 StGB mittäterschaftlich nach § 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht. Nachdem die Urkunde hergestellt und gebraucht wird und schon zum Zeitpunkt der Herstellung ein Gebrauch in Blick genommen wird, liegt im Rechtssinne nur eine Urkundenfälschung vor.<sup>64</sup>

### Tatkomplex 3: Hineinschleichen in das Stadion

#### I. § 123 StGB

F und C könnten sich gem. § 123 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben,<sup>65</sup> indem sie das Stadion betreten haben.

##### 1. Tatbestand

###### a) Objektiver Tatbestand

###### aa) Geschützter Ort

F und C müssten in die Geschäftsräume eines anderen eingedrungen sein. Unter Geschäftsräumen versteht man solche Räumlichkeiten, die unter anderem dem gewerblichen, künstlerischen, wissenschaftlichen oder vergleichbaren Betrieb dienen.<sup>66</sup> Nachdem es sich um einen Profi-Verein handelt, der um die Deutsche Meisterschaft spielt, handelt es sich bei dem Stadion nicht um einen Ort der reinen Freizeitbeschäftigung. Vielmehr ist er „Arbeitsplatz“ für die Fußballspieler und Betriebsstätte des Fußball-„Vereins“<sup>67</sup>. Es handelt sich damit beim Stadium um einen Geschäftsraum.

###### bb) Eindringen gegen den Willen des Berechtigten

In diese Geschäftsräume müssten F und C eingedrungen sein, also gegen den Willen des Berechtigten in das Stadion gelangt sein. Problematisch erscheint hierbei, dass sie das Sicherheitspersonal darüber getäuscht haben, Zugangsberechtigte zu sein. Grundsätzlich handelt es sich bei einem Stadion zwar unter Beachtung von Sicherheitskontrollen um ein mehr oder weniger frei zugängliches Areal, doch nutzen F und C einen nicht mit genereller Zutrittserteilung versehenen Eingang, nämlich den Mitarbeiterzugang. Damit kommt es auf das Einverständnis des Sicherheitspersonals an, welche tatsächlich zustimmen. Dass diese faktische Zustimmung nur durch Täuschung erschlichen wurde, ist

---

<sup>64</sup> Ob es sich um eine mitbestrafte Vortat oder eine deliktische Einheit handelt, ist str., vgl. *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 33 Rn. 64; *Wessel/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 839; *Zieschang*, in: LK-StGB, Bd. 15, 13. Aufl. 2023, § 267 Rn. 266 ff.

<sup>65</sup> Siehe zum Aufbau Fn. 50. Zu beachten ist, dass in diesem Tatkomplex beide Täter eigenständig den Tatbestand erfüllen, sodass eine Zurechnung – wie im 2. Tatkomplex auch nur rein vorsorglich – nicht erforderlich ist; F und C sind mithin Nebentäter.

<sup>66</sup> *Eschelbach*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 123 Rn. 15; *Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 123 Rn. 5.

<sup>67</sup> Regelmäßig sind Fußballvereine Hauptanteileseigner an einer wirtschaftlich ausgerichteten Gesellschaft, z.B. einer AG, welche den eigentlichen Betrieb organisiert, vgl. bspw. <https://fcbayern.com/de/club/fcb-ag> (16.10.2024).

unschädlich,<sup>68</sup> sodass ein tatbestandsausschließendes Einverständnis vorliegt. Nachdem das Sicherheitspersonal auch und gerade über das Hausrecht, also über Zugang und Aufenthalt, verfügen kann, sind sie Berechtigte im Sinne der Norm.<sup>69</sup>

#### b) Zwischenergebnis

F und C sind nicht in die Geschäftsräume eines anderen eingedrungen.

### 2. Zwischenergebnis

F und C haben sich nicht gem. § 123 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

## II. § 263 StGB

F und C könnten sich gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber dem Sicherheitspersonal zulasten des Vereins strafbar gemacht haben, indem sie ihre Mitarbeiterausweise vorgezeigt haben.

### 1. Tatbestand

#### a) Objektiver Tatbestand

F und C müssten einen täuschungsbedingten Irrtum hervorgerufen haben, welcher aufgrund einer Vermögensverfügung zu einem Vermögensschaden führt.

##### aa) Täuschung

F und C müssten über Tatsachen getäuscht haben. Tatsachen sind dem Beweis zugängliche Ereignisse und Zustände aus Gegenwart und Vergangenheit.<sup>70</sup> Die Stellung als Mitarbeiter ist eine solche Tatsache. Sie müssten darüber getäuscht, also falsche Tatsachen vorgespielt haben, indem sie auf das Vorstellungsbild des Gegenübers einwirken.<sup>71</sup> Durch das Vorzeigen der Ausweise spielen sie vor, Mitarbeiter des Stadions bzw. des Vereins zu sein. Eine Täuschungshandlung liegt mithin vor.

##### bb) Irrtum

Aufgrund der Täuschung müsste es zu einem Irrtum, also zu einem Auseinanderklaffen der Wirklichkeit und des Vorstellungsbildes des Getäuschten,<sup>72</sup> gekommen sein. Das Sicherheitspersonal geht davon aus, dass es sich bei F und C um Mitarbeiter von Stadion oder Verein handelt. Dies ist in Wirklichkeit nicht der Fall, sodass ein täuschungsbedingter Irrtum vorliegt.

---

<sup>68</sup> Eschelbach, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 123 Rn. 26; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 123 Rn. 6.

<sup>69</sup> Vgl. Feilcke, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 34; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 123 Rn. 2.

<sup>70</sup> Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 13 Rn. 4.

<sup>71</sup> Beukelmann, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2024, § 263 Rn. 9 ff.; Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 60.

<sup>72</sup> Tiedemann, in: LK-StGB, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2011, § 263 Rn. 77.

### cc) Vermögensverfügung

Der Irrtum müsste dazu geführt haben, dass es von Seiten des Vereins bzw. des Stadions zu einer Vermögensverfügung gekommen ist. Hierunter versteht man jedes, obgleich rechtliches oder nur tatsächliches, Tun, Dulden, Unterlassen, das unmittelbar zu einer wirtschaftlichen Vermögensminderung führt.<sup>73</sup> Der Verein bzw. das Stadion unterlassen es, ein Eintrittsgeld von F und C zu verlangen. Damit mindert sich aus wirtschaftlicher Perspektive ihr Vermögen.

### dd) Vermögensschaden

Es müsste aufgrund dessen zu einem Vermögensschaden gekommen sein. Nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung ist danach zu fragen, ob es im Gesamten zu einer Minderung des Vermögens gekommen ist. Es muss also insbesondere ausgeschlossen sein, dass es zu ausgleichenden Gegenleistungen gekommen ist.<sup>74</sup> F und C haben zwar das Maskottchen gespielt und damit eine Leistung erbracht, für die üblicherweise eine Gegenleistung fällig wäre. Doch mangelt es ihnen an einer vertraglichen Grundlage, diese auch zu fordern. Zudem hat der Verein B für seine Tätigkeit bezahlt. Allein die Tatsache, dass der Verein die Leistung von B zurückfordern kann (bzw. könnte), stellt noch keinen ausgleichenden Vermögenszufluss zugunsten des Vereins dar. Damit kam es zu keinem Ausgleich von entgangenen Eintrittspreisen und ersparter Arbeitsentgelte. Damit liegt ein Vermögensschaden in der Höhe der eigentlich zu entrichtenden Eintrittspreise vor.

## b) Subjektiver Tatbestand

### aa) Vorsatz

F und C waren sich bewusst, für den Eintritt zahlen zu müssen, und wollten über ihr Zugangsrecht täuschen, sodass sie vorsätzlich handelten.

### bb) Bereicherungsabsicht

#### (1) Absicht zur rechtswidrigen Bereicherung

F und C müssten unter der Absicht zur rechtswidrigen Bereicherung gehandelt haben, worunter die Absicht zu verstehen ist, einen rechtswidrigen Vermögensvorteil für sich oder einem Dritten zu erlangen.<sup>75</sup> F und C wollten in das Stadion unter Ersparnis der Eintrittskosten gelangen und sich damit den Vermögensvorteil einverleiben. Sie können keinen Anspruch auf den Vermögensvorteil erheben, sodass die angestrebte Bereicherung auch rechtswidrig ist.

#### (2) Objektive Stoffgleichheit

Die Bereicherung von F und C müsste stoffgleich zur Entreicherung des Vereins sein, also dessen unmittelbares Spiegelbild.<sup>76</sup> Dies ist der Fall.

---

<sup>73</sup> Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 263 Rn. 22; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 55.

<sup>74</sup> Beukelmann, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2024, § 263 Rn. 51 ff.; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 13 Rn. 181.

<sup>75</sup> Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 352 ff.

<sup>76</sup> Saliger, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 283.

### (3) Vorsatz bezüglich Rechtswidrigkeit und Stoffgleichheit

F und C waren sich der Rechtswidrigkeit und Stoffgleichheit der angestrebten Bereicherung bewusst und handelten mithin vorsätzlich.

## 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

F und C handelten rechtswidrig und schuldhaft.

## 3. Zwischenergebnis

F und C haben sich nach § 263 Abs. 1 StGB gegenüber dem Sicherheitspersonal zulasten des Vereins strafbar gemacht.

### III. § 265a StGB

F und C könnten sich gem. § 265a Abs. 1 Var. 4 StGB strafbar gemacht haben, indem sie das Stadion betreten haben.

#### 1. Tatbestand

F und C müssten sich den Zutritt zu einer Veranstaltung bzw. einer Einrichtung erschlichen haben. Bei dem Fußballspiel handelt es sich um eine Veranstaltung, das Stadion ist eine Einrichtung. Den Zugang müssten sie sich erschlichen, also insbesondere Kontrollmaßnahmen umgangen haben.<sup>77</sup> F und C haben diese zwar umgangen, indem sie im Rahmen der Kontrolle das Sicherheitspersonal getäuscht haben. Es müsste sich im Übrigen aber auch um eine entgeltliche Leistung handeln, welche sie sich erschlichen haben. Die Leistung muss also gegen Entgelt angeboten werden.<sup>78</sup> Der Besuch des Stadions, um ein Fußballspiel zu verfolgen, ist grundsätzlich eine Leistung, für welche ein Entgelt fällig wird. F und C nehmen aber nicht im Zuschauerraum Platz, sondern verfolgen das Spiel vom Spielfeldrand. Eine solche Leistung wird vom Fußballverein bzw. dem Stadionbetreiber gerade nicht angeboten, sodass auch keine entgeltliche Leistung vorliegt, die sie sich hätten erschleichen können. Es mangelt somit schon an der Verwirklichung des objektiven Tatbestands.

#### 2. Zwischenergebnis

F und C haben sich nicht gem. § 265a Abs. 1 Alt. 4 StGB strafbar gemacht.

### Gesamtergebnis und Konkurrenzen

F und C haben sich mittäterschaftlich nach § 25 Abs. 2 StGB gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Nr. 3, Abs. 4 StGB hinsichtlich des Kostüms, in Tatmehrheit gem. § 53 StGB mit § 267 Abs. 1 Var. 1 und 3 StGB und in Tatmehrheit gem. § 53 StGB mit § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. F hat sich zudem gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Nr. 3, Abs. 4 StGB hinsichtlich des Ausweises strafbar gemacht.

---

<sup>77</sup> Vgl. Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 265a Rn. 11.

<sup>78</sup> OLG Hamburg, Urt. v. 4.12.1980 – 1 Ss 232/80; Gaede, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 265a Rn. 2; Hellmann, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 265a Rn. 14 ff.

Fraglich ist jedoch, wie sich §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB und § 303 Abs. 1 StGB verhalten. Zwar besteht einer Ansicht nach zwischen beiden Delikten Tateinheit gem. § 53 StGB,<sup>79</sup> doch nimmt der BGH Tateinheit nach § 52 StGB an. Denn obwohl es sich um mehrere natürliche Handlungen handelt, bestehe ein „unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Zusammenhang“<sup>80</sup>, der das Tätigwerden als einheitlich kennzeichne. Nachdem ein Einbruchsdiebstahl nicht unbedingt mit einer Sachbeschädigung einhergeht und die geschützten Rechtsgüter und ihre Träger, insbesondere im Fall von Mietwohnungen, nicht identisch sind, wird – entgegen früher vertretener Ansicht – § 303 Abs. 1 StGB nicht konsumiert.<sup>81</sup> Auch bezüglich § 123 Abs. 1 StGB besteht Tateinheit nach § 52 StGB. Es ist typischerweise Bestandteil des Wohnungseinbruchdiebstahls und wird deshalb konsumiert.<sup>82</sup> F und C haben sich demnach auch tateinheitlich gem. § 52 StGB nach §§ 303, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

---

<sup>79</sup> Mitsch, NJW 2019, 1086 (1091).

<sup>80</sup> BGH, Beschl. v. 11.7.2017 – 2 StR 220/17 = NStZ 2018, 144 (145).

<sup>81</sup> BGH, Beschl. v. 27.11.2018 – 2 StR 481/17 = NJW 2019, 1086 (1087); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 3 Rn. 64, § 4 Rn. 87; Wieck-Noodt, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 303 Rn. 68a.

<sup>82</sup> Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 30 Rn. 28 ff.; Sternberg-Lieben/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 123 Rn. 36.

## Entscheidungsbesprechung

OLG Brandenburg, Urt. v. 29.6.2023 – 5 U 81/20<sup>1</sup>

### Ansprüche des Eigentümers nach rückwirkendem Entfall des Eigentums infolge außerordentlicher Beschwerde im Zwangsvollstreckungsverfahren auf Grundschuldlöschung und Beseitigung eines Hauses

1. Bei der außerordentlichen Beschwerde im Zwangsvollstreckungsverfahren gem. § 96 ZVG i.V.m. §§ 793, 579 Abs. 1 Nr. 4, 569 Abs. 1 S. 3 ZPO entfällt rückwirkend das Eigentum desjenigen, der im Zwangsversteigerungsverfahren den Zuschlag erhalten hat.
2. Die Verwirkung eines Herausgabeanspruchs aus Grundstückseigentum kommt nur in Betracht, wenn die Verpflichtung des Besitzers zur Herausgabe schlechthin unerträglich wäre.
3. Ein Anspruch auf Aufwendungsersatz besteht unabhängig von der Einordnung als Verwendung nicht, wenn der Eigentümer das errichtete Haus abreißen lassen will und sogar einen entsprechenden Anspruch geltend macht.
4. Der Anspruch auf Beseitigung des auf dem Grundstück durch den Besitzer errichteten Hauses folgt aus § 1004 Abs. 1 BGB.
5. Der Eigentümer kann von dem Buchberechtigten das Hinwirken auf die Löschung der zugunsten eines dritten Darlehensgebers eingetragenen Grundschuld verlangen aufgrund § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB (allerdings sehr zweifelhaft).
6. Der Eigentümer hat in Fällen, in denen der Rechtsgrund des Erwerbs (Zuschlagsbeschluss) rückwirkend entfällt, in analoger Anwendung des § 988 BGB Anspruch auf Nutzungersatz gegen den Besitzer.

(Leitsätze des Verf.)

ZVG § 90

BGB §§ 812, 891, 987, 988, 990, 1004

Stud. Mitarbeiter Jan Günther, München\*

*Der hier (bereits vereinfacht) dargestellte Sachverhalt war bereits Gegenstand breiter medialer Berichterstattung und ist aufgrund der langen Vorgeschichte recht umfangreich und kompliziert. Deswegen soll hier auf die Darstellung des Sachverhalts jeweils die Klärung der jeweils aufgeworfenen Frage folgen und nicht zunächst die Entscheidung des Gerichts und anschließend deren Bewertung.*

---

\* Der Verf. ist Stud. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtsphilosophie an der LMU München bei Prof. Dr. Frank Saliger.

<sup>1</sup> OLG Brandenburg NJW 2023, 2646.



## I. Verkürzte Darstellung des Sachverhalts

Die Parteien (K als Kläger, B und M als Beklagte) streiten um das Eigentum sowie Folgeansprüche an einem Grundstück. Dieses gehörte ursprünglich E, die 1992 verstarb und in ihrem Testament ihren „Neffen – Sohn meines in den USA lebenden Bruders X“ zu ihrem Alleinerben einsetzte.

Am 23.8.1993 wurde K als Eigentümer des Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Tatsächlich war K allerdings nur Großneffe der E, dessen Vater allerdings tatsächlich, wie im Testament genannt, in den USA lebte.

Die Beklagte zu 1) B erlangte im Rahmen eines durchgeführten Zwangsversteigerungsverfahrens durch Zuschlagsbeschluss Eigentum und wurde am 28.8.2010 als Grundstückseigentümerin eingetragen. Am 14.10.2011 wurde zur Sicherung eines Darlehens der B eine brieflose Grundschuld zugunsten der Sparkasse an dem Grundstück eingetragen.

B und ihr Ehemann M ließen zudem das auf dem Grundstück befindliche Wochenendhaus abreißen und ein neues Wohnhaus errichten.

K wandte sich mit außerordentlicher Beschwerde („Nichtigkeitsbeschwerde“) gegen den der B erteilten Zuschlag mit der Begründung, er sei am Zwangsversteigerungsverfahren nicht beteiligt worden. Daraufhin hob das LG Potsdam mit Beschluss vom 11.3.2014 den Zuschlagsbeschluss auf.

K begehrt nun Herausgabe des Grundstücks (II.) sowie seine Eintragung als Eigentümer im Grundbuch (III.). Darüber hinaus verlangt er die Beseitigung des Hauses (IV.), die Löschung der Grundschuld (V.) sowie Ersatz für gezogene Nutzungen (VI.). B und M beantragten demgegenüber Klageabweisung.

## II. Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks

Ein Anspruch auf Herausgabe kann aus § 985 BGB folgen. B und M sind Besitzer des Grundstücks, wobei M als Ehemann der B sein Besitzrecht von dieser herleitet (§ 1353 Abs. 1 BGB).<sup>2</sup> Entscheidend kommt es daher darauf an, wer Eigentümer des Grundstücks ist.

### 1. Eigentumserwerb des K

Ursprünglich war E Eigentümerin des Grundstücks. Durch ihren Tod könnte ihr Eigentum allerdings gem. § 1922 Abs. 1 BGB an K gefallen sein. Das OLG Brandenburg thematisiert ausführlich das Eingreifen der Eigentumsvermutung des § 891 Abs. 1 BGB zugunsten des K, für das es auf die Berechtigung des Grundbuchs zur Eintragung (§ 29 GBO) nicht ankomme.<sup>3</sup> Die Vermutung spricht nicht nur für den Rechtserwerb (mittels Eintragung,<sup>4</sup> was hier nicht der Fall ist), sondern zusätzlich auch für den Rechtsbestand für die Dauer der Eintragung.<sup>5</sup> Die Vermutung ist jedoch grundsätzlich durch den Beweis des Gegenteils (also Vollbeweis, vgl. § 286 Abs. 1 ZPO) widerleglich (§ 292 ZPO).<sup>6</sup> Wie das Gericht ausführt, gelingt dieser Gegenbeweis jedoch nicht. Das OLG Brandenburg scheint dabei der Auffassung zu sein, durch die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB gingen Zweifel bei der Auslegung des Testaments zulasten der Beklagten.<sup>7</sup> Diese Sichtweise überzeugt nicht: Die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB hilft darüber hinweg, dass für die Beweismwürdigung relevante Tatsachen nicht dem

<sup>2</sup> Baldus, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 986 Rn. 23.

<sup>3</sup> OLG Brandenburg NJW 2023, 2646 (2647 Rn. 26).

<sup>4</sup> Medicus, in: FS Baur, 1981, S. 65 (71 ff.).

<sup>5</sup> BGH NJW 1969, 2139; Eckert, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 891 Rn. 12.

<sup>6</sup> OLG Brandenburg NJW 2023, 2646 (2647 Rn. 27); Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 891 Rn. 1, 12.

<sup>7</sup> OLG Brandenburg NJW 2023, 2646 (2647 Rn. 29).

Gericht bekannt werden. Dadurch, dass das Testament bei dem Gericht aber vorlag und jedenfalls nur im Testament angedeutete Tatsachen (schon wegen des Formzwangs, § 2231 BGB) bei der Auslegung gem. § 133 BGB relevant werden,<sup>8</sup> bedarf es eines Rückgriffs auf die Vermutung gar nicht mehr. Vielmehr ist entscheidend, wie das Gericht das vorliegende Testament auslegt, sodass die Beweislast für die fehlende Erbenstellung des K schon aufgrund des Testaments bei den Beklagten liegt, da nämlich das Testament zunächst für die Erbenstellung des K spricht.<sup>9</sup> Schließlich werden kaum einmal alle denkbaren Auslegungsanknüpfungen bekannt sein.

Durch letztwillige Verfügung kann der Erblasser seinen Erben bestimmen (§§ 1922 Abs. 1, 1937 BGB). Da das Testament hier trotz mancher Unebenheit so auszulegen ist, dass K als Erbe eingesetzt sein sollte, hat K zunächst im Wege der Universalsukzession (§§ 1922 Abs. 1, 1937 BGB) das Eigentum am Grundstück erlangt.

Ausführungen zur Vermutung des § 891 BGB sind daher grundsätzlich in Bezug auf K entbehrlich, ebenso der (allerdings grundsätzlich zutreffende) Hinweis, dass die spätere Änderung (bzw. Berichtigung, da der Erwerb im Zwangsvollstreckungsverfahren außerhalb des Grundbuchs stattfindet, die Eintragung im Grundbuch also entgegen § 873 Abs. 1 BGB nicht konstitutiv für den Eigentumserwerb ist) des Grundbuchs zugunsten der B als Eigentümerin nicht gem. § 891 Abs. 2 BGB die Vermutungswirkung rückwirkend entfallen lässt, da schließlich der spätere Erwerb auch über die frühere Rechtsinhaberschaft keine Aussage trifft.<sup>10</sup>

## 2. Eigentumsverlust des K durch Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren

Grundsätzlich wird mit dem Zuschlag Eigentum erlangt (§ 90 Abs. 1 ZVG), was selbst dann gilt, wenn der Vollstreckungsschuldner gar nicht Eigentümer des Grundstücks war. Etwaige Rechte an dem Grundstück erlöschen grundsätzlich (§ 91 Abs. 1 ZVG), an ihre Stelle tritt allerdings ein – gegenüber dem Befriedigungsanspruch des Vollstreckungsgläubiger vorrangiger (§ 10 Nrn. 4, 5 ZVG) – Wertersatzanspruch (§ 92 Abs. 1 ZVG) aus dem Versteigerungserlös.

Allerdings entfällt der Eigentumserwerb, wie das OLG Brandenburg ausführt, im Falle der rechtskräftigen Aufhebung des Zuschlags rückwirkend, sowohl bei der Beschwerde gem. § 95 ZVG als auch bei der außerordentlichen Beschwerde gem. §§ 96 ZVG, 793, 569 Abs. 1 S. 3, 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO analog.<sup>11</sup> § 96 ZVG ermöglicht auch nach dem Zuschlagsbeschluss die sofortige Beschwerde nach den Vorschriften der §§ 569 ff. ZPO, wobei die Einschränkung der Beschwerdegründe durch § 100 ZVG zu beachten ist. Die Prozessunfähigkeit des Vollstreckungsschuldners mangels Beteiligung stellt gem. §§ 100, 83 Nr. 6 ZVG, § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO einen solchen Beschwerdegrund dar. § 569 Abs. 1 S. 3 ZPO verlängert die Frist der Beschwerde in den Fällen des § 579 ZPO auf die für die Nichtigkeitsklage geltende Frist. Ohnehin ist die Richtigkeit der Entscheidung zur Aufhebung des Zuschlags unerheblich, da die Rechtskraft das Gericht und die Parteien an den Aufhebungsbeschluss bindet (§§ 318, 322 ZPO).<sup>12</sup> Auch die Feststellung des kontradiktorischen Gegenteils wird durch die Rechtskraft – auch als Vorfrage – ausgeschlossen.

<sup>8</sup> BGH NJW 1981, 1737; Foerste, DNotZ 1993, 84 m.w.N.

<sup>9</sup> Zur Beweislast vgl. *Wendtland*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 133 Rn. 34.

<sup>10</sup> OLG Brandenburg NJW 2023, 2646 (2648 Rn. 33).

<sup>11</sup> OLG Brandenburg NJW 2023, 2646 (2648 Rn. 35).

<sup>12</sup> OLG Brandenburg NJW 2023, 2646 (2648 Rn. 36–39).

### 3. Verwirkung

Auch Verwirkung ist nach der überzeugenden Ansicht des OLG nicht eingetreten, sodass der Herausgabeanspruch auch nicht gem. § 242 BGB ausgeschlossen ist.<sup>13</sup> Dabei verweist das OLG zurecht darauf, dass der Herausgabeanspruch der Verwirklichung des Eigentümerbefugnisses aus § 903 BGB dient und daher gerade Kern des Eigentumsrechts ist, weshalb eine Verwirkung nur ausnahmsweise in Betracht komme.<sup>14</sup> Hierfür sprechen nach dem OLG auch zwei weitere Aspekte: Einerseits sind die Herausgabeansprüche aus Eigentum an Grundstücken gem. § 902 Abs. 1 BGB unverjährbar.<sup>15</sup> Diese Wertung darf nicht durch eine vorschnelle Annahme von Verwirkung umgangen werden. Außerdem könne gegen die Eintragung im Grundbuch keine Ersitzung stattfinden (vgl. § 900 BGB), was das Eigentum im Falle der Verneinung eines Herausgabeanspruchs als „Rechtskrüppel“ zurücklasse.<sup>16</sup> Eine Verwirkung kann nach der überzeugenden Ansicht daher nur angenommen werden, wenn sich die Verpflichtung zur Herausgabe für den Besitzer als schlechthin unerträglich darstellt.<sup>17</sup> Hierfür genügt es nicht, dass die Beklagten auf den staatlichen Zuschlag vertraut haben; vielmehr ist es regelmäßig erforderlich, dass der Eigentümer selbst zu dem Vertrauen des Schuldners auf den Fortbestand seiner Besitzposition beigetragen hat.<sup>18</sup>

Die Ausführungen zu den Aufwendungen für den Hausbau, die nach (zweifelhafter) Ansicht des *Senats* nicht zu ersetzen sind, sowie möglichen Amtshaftungsansprüchen können hingegen nicht gänzlich überzeugen. Da die Durchsetzbarkeit der Amtshaftungsansprüche zweifelhaft und im Übrigen nicht Gegenstand des Verfahrens ist, sollte diesen für die Abwägung kein maßgebliches Gewicht zukommen.<sup>19</sup> Entscheidend für die Verneinung der Verwirkung ist vielmehr, dass den Fällen einer Zuschlagsaufhebung eben solche erheblichen Einbußen nicht fremd sind und diese durch den rückwirkenden Entfall des Eigentumserwerbs gesetzlich in Kauf genommen werden. Etwaige Verwendungen sollen dabei nach den Wertungen der §§ 987 ff. BGB nur nach §§ 994, 996 BGB zu ersetzen sein und können außerhalb dessen auch nicht etwa eine Verwirkung begründen;<sup>20</sup> sonst würde der Eigentümer durch das dauerhafte Auseinanderfallen von Eigentum und Besitz schlechter gestellt, als wenn er zum Verwendungsersatz verpflichtet wäre.

### 4. Zwischenergebnis

Somit hat K sein Eigentum nicht an B verloren und ist Eigentümer des Grundstücks. Der Anspruch auf Herausgabe und Räumung des Grundstücks gem. § 985 BGB besteht.

### 5. Weitere Herausgabeansprüche

Ein (vom OLG nicht thematisierter) Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB besteht ebenfalls: Durch Eingriff in das Eigentumsrecht des K haben B und M Besitz am Grundstück erlangt. Dies geschah nicht

---

<sup>13</sup> OLG Brandenburg NJW 2023, 2646 (2650 Rn. 58).

<sup>14</sup> OLG Brandenburg NJW 2023, 2646 (2650 Rn. 60).

<sup>15</sup> OLG Brandenburg NJW 2023, 2646 (2650 Rn. 61); *Spohnheimer*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.11.2024, § 985 Rn. 92.

<sup>16</sup> OLG Brandenburg NJW 2023, 2646 (2650 Rn. 61).

<sup>17</sup> OLG Brandenburg NJW 2023, 2645 (2650 Rn. 61); ebenso schon BGH NJW 2007, 2183.

<sup>18</sup> OLG Brandenburg NJW 2023, 2646 (2650 Rn. 61).

<sup>19</sup> *Spohnheimer*, NJW 2023, 2646 (2653).

<sup>20</sup> Siehe auch BGH NZG 2012, 1189 (1190 f. Rn. 12), der darauf hinweist, dass die Regelungen der §§ 987 ff. BGB „grundsätzlich keiner Korrektur durch die Verneinung des Anspruchs aus § 985 BGB“ bedürften.

durch Leistung des K und unter Eingriff in den Zuweisungsgehalt des Eigentumsrechts des K.<sup>21</sup> Der Rechtsgrund ist durch die Aufhebung des Zuschlagsbeschlusses ex tunc entfallen. Eine vorrangige Leistung, die die Nichtleistungskondition nach dem Subsidiaritätsdogma ausschließen würde, liegt nicht vor; der Zuschlag des Gerichts stellt keine Leistung im Sinne einer bewussten und zweckgerichteten Mehrung fremden Vermögens dar.<sup>22</sup> Ist das durch Zuschlag erworbene Eigentum grundsätzlich nach h.M. (wegen des durch Zuschlag vermittelten Rechtsgrunds) kondiktionsfest,<sup>23</sup> so kann dies freilich nicht für den Besitz gelten, wenn Besitz, aber kein Eigentum erlangt wird, weil der Zuschlagsbeschluss rechtskräftig aufgehoben wird.

Weitere Herausgabeansprüche, insbesondere aus § 1007 Abs. 1, 2 BGB; § 861 Abs. 1 BGB oder §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB bestehen nicht.

### III. Anspruch auf Grundbuchberichtigung

#### 1. Anspruch aus § 894 BGB

Der Anspruch auf Grundbuchberichtigung ergibt sich aus § 894 Abs. 1 BGB und ist gerichtet auf die gem. § 19 GBO zur Grundbuchänderung erforderliche Zustimmungserklärung des Eingetragenen.<sup>24</sup> Da B zu Unrecht statt K als Eigentümerin eingetragen ist, besteht der Anspruch dem Grunde nach ohne Zweifel. Problematisch erscheint jedoch ein mögliches und von den Beklagten im Prozess geltend gemachtes Zurückbehaltungsrecht im Hinblick auf das von den Beklagten auf dem Grundstück errichtete Haus. Ein solches stützt die Rspr. auf § 273 Abs. 2 BGB, der für die Herausgabeverpflichtung eines Gegenstands (hier der Rechtsposition eines Buchberechtigten) Verwendungen auf den Gegenstand voraussetzt. Die Rspr. hält es für ausreichend, dass die Verwendungen auf das Grundstück gemacht werden, an dem die Rechtsposition besteht.<sup>25</sup> Freilich stellen sich aufgrund der Anwendung des § 1001 BGB Probleme in Bezug auf die Fälligkeit, die eine analoge Anwendung des § 1000 BGB für das Zurückbehaltungsrecht des unberechtigten Besitzers, für den schließlich §§ 987 ff. BGB gelten, nahelegen würden.<sup>26</sup>

Aufgrund der Ähnlichkeit der Gutgläubensvorschriften zugunsten des Buchberechtigten im Vergleich zu denen eines Besitzers beweglicher Sachen wendet das OLG im Einklang mit der h.M. die Vorschriften des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses (§§ 987 ff. BGB) im Verhältnis von Buchberechtigtem und wirklichem Eigentümer analog an.<sup>27</sup> Ohnehin waren B und M aber auch Besitzer des Grundstücks, sodass die Vorschriften auch direkt angewandt werden können. Ein das Zurückbehaltungsrecht begründender Anspruch könnte hier aus dem Anspruch auf Verwendungsersatz folgen. Eine notwendige Verwendung gem. § 994 Abs. 1 BGB liegt hier ersichtlich nicht vor. Allerdings kommt ein

<sup>21</sup> Vgl. zur Auslegung des Merkmals „auf dessen Kosten“ als Eingriff in den Zuweisungsgehalt eines dem Anspruchsteller zugewiesenen Rechts BGH NJW 1996, 838 (840); *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 19. Aufl. 2024, § 55 Rn. 6.

<sup>22</sup> *Heiderhoff/Skamel*, Zwangsvollstreckungsrecht, 4. Aufl. 2022, Rn. 635.

<sup>23</sup> *Heiderhoff/Skamel*, Zwangsvollstreckungsrecht, 4. Aufl. 2022, Rn. 653.

<sup>24</sup> *Wellenhofer*, Sachenrecht, 39. Aufl. 2024, § 20 Rn. 3.

<sup>25</sup> BGH NJW 1964, 811 (813).

<sup>26</sup> So im Ergebnis auch *Raff*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, Vor § 987 Rn. 51.

<sup>27</sup> BGH NJW 1964, 811 (812); BGH NJW 1980, 833 (834). Sollte man die analoge Anwendung der §§ 987 ff. BGB auf den Buchbesitzer für nicht richtig halten, scheidet ein Anspruch aus GoA (§§ 684 S. 1, 818 BGB) an § 687 Abs. 1 BGB. In Betracht kommt dann allein eine auf Wertersatz für das erlangte Eigentum an dem Haus (§ 946 BGB) gerichtete Verwendungskondition gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB, die jedoch angesichts des angestrebten Abrisses wohl an mangelnder Werthaltigkeit für K scheitern dürfte, die auch bei § 818 Abs. 2 BGB zu beachten ist.

Anspruch unter den – engeren – Voraussetzungen des § 996 BGB in Betracht. Umstritten ist bei zweckverändernden Aufwendungen schon, ob es sich überhaupt um Verwendungen, also Aufwendungen auf die Sache (das Grundstück) handelt.<sup>28</sup> Die Gegenauffassung (Großteil der Rspr.) nimmt nur ausnahmsweise einen Billigkeitsanspruch aus § 242 BGB an<sup>29</sup> oder wendet die allgemeinen Regeln des Bereicherungsrechts (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB als Verwendungskondition) an.<sup>30</sup> Allerdings kommt das OLG angesichts des geplanten Abrisses zu dem Schluss, dass jedenfalls der Wert aufgrund der Verwendung für K nicht erhöht sei, sodass es an der Nützlichkeit der Verwendung fehle.<sup>31</sup> Hierin zeigt sich die altbekannte Fragestellung, ob für die Werterhöhung eine objektive Sicht oder eine subjektive Sicht des Eigentümers maßgeblich ist.<sup>32</sup> Überwiegend wird eine dem Eigentümer auch subjektiv unter Zugrundelegung der Nutzungspläne nützliche objektive Werterhöhung verlangt, wodurch der Eigentümer vor aufgedrängten Bereicherungen geschützt werden soll.<sup>33</sup> Insbesondere bei Umgestaltungsaufwendungen wird schließlich die Möglichkeit des Eigentümers, durch Besitzverzicht den Anspruch abzuwenden (§ 1001 S. 1 BGB), keine zumutbare Option sein.<sup>34</sup> Erforderlich ist aber, dass – wie hier – der Eigentümer dann von der Werterhöhung auch keinen Gebrauch macht oder machen könnte. Dadurch, dass K die Beseitigung fordert, ist dies hier anzunehmen.<sup>35</sup> Ein Zurückbehaltungsrecht besteht demnach nicht.

Da der BGH die Revision gegen das Urteil des OLG Brandenburg auf eine Nichtzulassungsbeschwerde hin zugelassen hat,<sup>36</sup> bleibt das Urteil des BGH in dieser Frage abzuwarten. Insbesondere wäre eine Entscheidung für die dogmatisch sauberere Lösung über § 996 BGB statt § 242 BGB wünschenswert, was zugleich Gelegenheit geben würde, zur Bestimmung des verbleibenden Vorteils Stellung zu nehmen.

## 2. Weitere Ansprüche

Weitere Ansprüche thematisiert das OLG Brandenburg nicht; mögliche weitere sollen dennoch hier kurz angesprochen werden: Der Anspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB wird wegen der sonst gegebenen Umgehung der Kostenregelung zulasten des Berechtigten (§ 897 BGB) von § 894 BGB verdrängt.<sup>37</sup> Ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB scheidet am fehlenden Verschulden. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB (in Bezug auf die erlangte Buchposition auf Kosten des wahren Eigentümers) besteht aufgrund der abweichenden Kostenfolge auch dann nicht, wenn – wie hier – die Eintragung nicht durch Leistung eines anderen erlangt wurde, sondern infolge Zuschlags im Zwangsvollstreckungsverfahren. Dieser sperrt insoweit den § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB aufgrund der Wertung des § 897 BGB.

<sup>28</sup> Bejahend *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 11 Rn. 55; *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 994 Rn. 18 m.w.N.

<sup>29</sup> Nämlich dann, wenn das Wegnahmerecht gem. § 997 BGB ausgeschlossen ist, siehe BGH NJW 1964, 1125.

<sup>30</sup> BGH NJW 1953, 1466 (1467); *Schapp/Schur*, Sachenrecht, 4. Aufl. 2010, Rn. 147.

<sup>31</sup> OLG Brandenburg NJW 2023, 2646 (2649 f. Rn. 54 f.).

<sup>32</sup> Die h.M. plädiert für subjektive Einschränkungen einer im Ausgangspunkt objektiven Betrachtung, etwa *Herrler*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 996 Rn. 2; *Hoeren/Hilderlink*, JuS 1999, 668. Für rein objektive Betrachtung dagegen *Raff*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 996 Rn. 6 ff.

<sup>33</sup> *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 996 Rn. 11 m.w.N.

<sup>34</sup> *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 996 Rn. 10.

<sup>35</sup> OLG Brandenburg NJW 2023, 2646 (2649 f. Rn. 54).

<sup>36</sup> BGH, Beschl. v. 20.6.2024 – V ZR 153/23.

<sup>37</sup> BGH NJW 1952, 822; statt vieler *Hertel*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2024, § 894 Rn. 102.

#### IV. Beseitigung des Hauses

Geltend gemacht wurde darüber hinaus ein Anspruch auf die Beseitigung des Hauses auf dem Grundstück. Dieser folgt nicht aus § 985 BGB, da dieser nur einen Rückgabeanspruch, aber keinen Anspruch auf Wiederherstellung oder Beseitigung umfasst.<sup>38</sup> Das OLG bejaht allerdings einen Anspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB.

Dieser setzt eine Eigentumsbeeinträchtigung voraus. Darunter versteht die Rspr. jeden dem Eigentum widersprechenden Zustand.<sup>39</sup> Ein solcher ist hier gegeben, da im Widerspruch zum Willen des Eigentümers (K) das Haus auf dem Grundstück durch die Buchberechtigte errichtet worden ist. Auf Rechtswidrigkeit des Baus sowie Verschulden kommt es nicht an.<sup>40</sup> Dagegen verlangt die sog. Rechtsusurpationstheorie eine das Recht des Eigentümers überlagernde Störung. Der Anspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB solle also nur zum Rückzug aus dem Rechtskreis des Eigentümers verpflichten.<sup>41</sup> Nach dieser Auffassung fehlt es schon an einer Eigentumsbeeinträchtigung, da das Haus wegen § 946 BGB im Eigentum des K steht und somit das Eigentum des K nicht durch einen fremden Rechtskreis gestört ist. Indes greift die Rechtsusurpationstheorie zu kurz. Bereits die Eigentumsaufgabe genügt dann zur Erfüllung des Beseitigungsanspruchs.<sup>42</sup> Daher ist der weitere Begriff der Rspr. vorzuziehen, auch wenn sich Probleme bei der Bestimmung des Störers ergeben. Schließlich wird das Eigentumsrecht gegenwärtig gar nicht mehr durch das schon errichtete Haus gestört. Die Störung liegt somit im Bau des Hauses durch die Beklagten, die somit als Handlungsstörer anzusehen sind. § 1004 BGB geht in seiner Funktion also über die Funktion als Rechtsverwirklichungsanspruch wie § 985 BGB hinaus.<sup>43</sup>

Eingewandt wurde allerdings gegen die Anwendung des § 1004 Abs. 1 BGB, dass insoweit jedenfalls eine mögliche Sperrwirkung der analog angewandten (siehe oben) §§ 987 ff. BGB zu bedenken sei.<sup>44</sup> Schließlich sei B zum Zeitpunkt des Hausbaus weder verklagt noch sonst bösgläubig gewesen, sodass auch ein Schadensersatzanspruch nach §§ 989, 990 Abs. 1 BGB ausscheide. Demnach wäre ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB gesperrt.

Richtig ist, dass die Rspr. die Parallele von § 985 BGB und § 1004 Abs. 1 BGB als Rechtsverwirklichungsansprüchen betont.<sup>45</sup> § 985 BGB ist jedoch freilich selbst eben gerade nicht gesperrt, sodass man aus dieser Parallele die Sperrung des § 1004 BGB auch nicht herleiten kann. Allenfalls könnte man erwägen, ob in Fällen, in denen § 1004 BGB letztlich gar nicht auf Rechtsverwirklichung gerichtet ist (und damit eher eine Parallele zu §§ 987 ff. BGB als zu § 985 BGB besteht), sondern auf die Herstellung eines bestimmten Zustands (wie hier, da das Eigentumsrecht sich auf das Haus erstreckt und daher letztlich gar keine das Eigentumsrecht überlagernde Störung in Rede steht), eine Sperrwirkung anzunehmen sein könnte, weil sonst in erheblichem Umfang die Begünstigung des Besitzers bzw. Buchberechtigten entfiel.<sup>46</sup> Dann würde der Anspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB hier nicht beste-

---

<sup>38</sup> OLG Brandenburg NJW 2023, 2646 (2650 Rn. 57).

<sup>39</sup> BGH NJW 2005, 1366 (1367); BGH NJW 2007, 432; *Berger*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 19. Aufl. 2023, § 1004 Rn. 4.

<sup>40</sup> OLG Brandenburg NJW 2023, 2646 (2651 Rn. 66).

<sup>41</sup> *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, S. 50 ff.; *Spohnheimer*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.11.2024, § 1004 Rn. 36.

<sup>42</sup> *Canaris*, JZ 1993, 377 (387).

<sup>43</sup> Die funktionelle Unterscheidung wird später noch einmal relevant werden, was die Person des Verpflichteten angeht, siehe dazu unter V. 4.

<sup>44</sup> *Spohnheimer*, NJW 2023, 2646 (2353).

<sup>45</sup> BGH NJW 2005, 1366 (1367); *Mertens*, NJW 1972, 1783; *Spohnheimer*, NJW 2023, 2646 (2653).

<sup>46</sup> So im Grundsatz wohl *Spohnheimer*, NJW 2023, 2646 (2653).



hen, was im Grundsatz auch mit Blick auf die wechselseitigen Interessen überzeugt: Der Eigentümer muss nicht ein überlagerndes Recht in seinem Rechtskreis dulden. Umgekehrt besteht der Anspruch auf die Restitution nur bei Verschulden, weil an dem Haus ohnehin ebenfalls Eigentum des K besteht und die Störung für ihn daher als wesentlich geringfügiger einzustufen ist.

Hält man den Beseitigungsanspruch hingegen für gegeben, stehen weder § 275 Abs. 2 BGB mangels Darlegung unverhältnismäßiger Kosten noch § 226 BGB (Schikaneverbot) entgegen.<sup>47</sup>

## V. Löschung der Grundschuld

### 1. Aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB

Der Senat verurteilt die Beklagten aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB dazu, für die Löschung der Grundschuld zu sorgen.<sup>48</sup> Dies überzeugt – unabhängig von einer möglichen Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses (siehe unter VI. für Nutzungen) – jedenfalls auf Basis der gewählten Rechtsgrundlage nicht: § 812 BGB verpflichtet zur Herausgabe des Erlangten. Erlangt hat die Grundschuld allerdings die Sparkasse, nicht die hier Beklagten. Das durch die Beklagten Erlangte dürfte in den Zinsersparnissen gegenüber einem unbesicherten Darlehen liegen.<sup>49</sup> Im Übrigen können die Beklagten einen solchen Anspruch auch gar nicht ohne Weiteres erfüllen, da die Bank als Rechtsinhaberin auf die Grundschuld verzichtet (§ 875 Abs. 1 BGB) und der Löschung aus dem Grundbuch zustimmen muss. Bei genauem Hinsehen hätte der Anspruch auf Löschung der Grundschuld also gegen die Bank gerichtet sein müssen, die ebenso wie die Beklagten durch die Bestellung der Grundschuld (die gem. § 892 Abs. 1 BGB gutgläubig erworben wurde) in das fremde Eigentumsrecht eingegriffen hat. Allerdings hat die Bank die Grundschuld infolge Leistung der B erlangt, sodass nach dem Subsidiaritätsdogma der Anspruch aus Nichtleistungskondition nicht besteht. Aufgrund des gutgläubigen Erwerbs stehen sachenrechtliche Wertungen diesem Ergebnis auch nicht entgegen.

### 2. Anspruch aus § 894 Abs. 1 BGB

Da die Grundschuld tatsächlich erworben wurde (§§ 873 Abs. 1 Var. 2, 1191, 1192 Abs. 1, 1113 ff., 892 Abs. 1 BGB), scheidet auch ein Anspruch gegen die Bank aus § 894 Abs. 1 BGB aus.

### 3. Anspruch aus § 989 BGB

Ansprüche aufgrund anderer Anspruchsgrundlagen kommen aber gegen B in Betracht, die dann auf die Sparkasse zwecks Aufgabe der Grundschuld und Löschung hinwirken muss. Ein Anspruch aus § 989 BGB scheidet an der fehlenden Bösgläubigkeit der Beklagten. Auch § 987 BGB kommt allenfalls in Bezug auf etwaige Zinsersparnisse in Betracht.

### 4. Anspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB

In Betracht kommt noch ein Anspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB.<sup>50</sup> Durch die Grundschuld wird das Grundstückseigentum durch ein überlagerndes Recht beeinträchtigt. § 1004 BGB findet nicht nur auf kör-

---

<sup>47</sup> OLG Brandenburg NJW 2023, 2646 (2651 Rn. 67–69).

<sup>48</sup> OLG Brandenburg NJW 2023, 2646 (2652 Rn. 81–82).

<sup>49</sup> Spohnheimer, NJW 2023, 2646 (2653).

<sup>50</sup> Zweifelnd auch Spohnheimer, NJW 2023, 2646 (2653).

perliche, sondern auch auf rechtliche Einwirkungen grundsätzlich Anwendung.<sup>51</sup> Zwei Überlegungen sind jedoch anzustellen. Die erste betrifft die Person des Störers. § 1004 Abs. 1 BGB ist hier als Rechtsverwirklichungsanspruch betroffen, da ein Teil des Eigentumsrechts durch die Grundschuld überlagert wird. Als Störer kommen entweder aufgrund der Bestellung der Grundschuld die Beklagten in Betracht, die freilich wesentlich weniger sachnah sind als die Inhaber der Grundschuld, oder der Inhaber der Grundschuld, also die Sparkasse. § 985 BGB richtet sich stets gegen denjenigen, der aktuell (als Besitzer) das Eigentumsrecht bzw. die daraus folgende Nutzungsbefugnis (§ 903 BGB) beeinträchtigt. So sollte es parallel auch bei § 1004 Abs. 1 BGB gehandhabt werden,<sup>52</sup> sodass als Störer der Inhaber der Grundschuld anzusehen ist. Soweit § 1004 BGB in seiner Funktion als Rechtsverwirklichungsanspruch betroffen ist, sollte aus § 1004 BGB lediglich derjenige verpflichtet sein, der auch momentan den Rechtskreis des anderen überlastet. Dies folgt schon daraus, dass dieser zu dieser Überlagerung berechtigt sein kann, sodass ein Anspruch gegen einen sonstigen Störer diesem unberechtigterweise – und über die Rechtsverwirklichung klar hinausgehend – eine Pflicht auferlegen würde, etwa durch Zahlung den anderen zum Verzicht zu bewegen.

Dafür spricht im Übrigen auch, dass der Buchberechtigte mit einem Besitzer der Intensität der Beeinträchtigung nach aufgrund der Gutgläubensvorschriften durchaus vergleichbar ist, weshalb schließlich auch §§ 987 ff. BGB analog angewandt werden.<sup>53</sup> Der Anspruch richtet sich folglich gegen die Sparkasse, nicht gegen die Beklagten, die auch nur in der Lage wären, auf die Löschung der Grundschuld hinzuwirken, nicht aber, sie zu erzwingen. Ein Anspruch gegen die Beklagten käme nur verschuldensabhängig aus §§ 990 Abs. 1, 989 BGB in Betracht.

Zweitens dürfte der Anspruch gegen die Bank im Ergebnis wohl nicht bestehen. Schließlich hat die Sparkasse die Grundschuld gutgläubig erworben. Es kann nicht richtig sein, dass mittels des § 1004 Abs. 1 BGB dann ein Anspruch auf die Löschung dieser Grundschuld besteht, da sonst der gutgläubige Erwerb faktisch wertlos wäre. Die bestehende Grundschuld enthält daher zugleich eine Duldungspflicht des Grundstückseigentümers. Vielmehr muss sich der Eigentümer an den Besitzer bzw. Bucheigentümer halten, der unter den Voraussetzungen des §§ 989, 990 Abs. 1 BGB auf die Löschung hinwirken muss und dabei etwa dem Grundschuldinhaber auch eine anderweitige Sicherung oder einen finanziellen Ausgleich anbieten muss (bis zu einer Höhe, der die Möglichkeit der Entschädigung gem. § 251 Abs. 2 BGB auslöst).

## 5. Zwischenergebnis

Der vom OLG bejahte Anspruch auf Löschung der Grundschuld besteht nach überzeugenderer Ansicht weder gegen die Beklagten noch gegen die Sparkasse.

## VI. Nutzungersatz

Das OLG hat zudem einen Anspruch auf Nutzungersatz analog § 988 BGB bejaht, da die Beklagte das Bucheigentum (aufgrund der Aufhebung des Zuschlags von Anfang an<sup>54</sup>) rechtsgrundlos erlangt habe. Hierauf sei die Vorschrift über die unentgeltliche Erlangung analog anzuwenden.<sup>55</sup>

<sup>51</sup> Thole, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 1004 Rn. 82 m.w.N.

<sup>52</sup> So allgemein die Rechtsusurpationstheorie, vgl. Picker, in: FS Gernhuber, 1993, S. 315 (351).

<sup>53</sup> Möglicherweise könnte sogar statt § 1004 Abs. 1 BGB der § 985 BGB analog angewendet werden.

<sup>54</sup> Siehe auch BGH NJW 2010, 2664.

<sup>55</sup> OLG Brandenburg NJW 2023, 2646 (2652 Rn. 74).



In Zwei-Personen-Verhältnissen wendet die Rspr. § 988 BGB analog für den rechtsgrundlosen Erwerb an.<sup>56</sup> Wenn schließlich der Erwerber zugleich Eigentümer geworden wäre, somit also eine stärkere Rechtsposition erlangt hätte, hätte seine Haftung gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB (bei Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts) wegen § 818 Abs. 1 BGB ebenfalls Nutzungen mitumfasst.<sup>57</sup> Daher muss er auch dann auf Nutzungersatz haften, wenn er nur den Besitz erlangt. Die h.L. reduziert hingegen § 993 Abs. 1 BGB a.E. teleologisch und wendet die Regelungen des Bereicherungsrechts an.<sup>58</sup> Ein Unterschied zeigt sich maßgeblich in Drei-Personen-Konstellationen: Während die Rspr. stets zur Bejahung eines Anspruchs aus § 988 BGB i.V.m. § 818 Abs. 1 BGB als Rechtsfolgenverweis gelangt, wird nach der h.L. entlang der Leistungsbeziehungen abgewickelt.<sup>59</sup> Ein Anspruch des K gegen die Beklagten kann hier nur aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB folgen. In dem Zuschlagsbeschluss liegt nach h.M. allerdings keine vorrangige Leistung, die die Nichtleistungskondition sperren würde.<sup>60</sup> Der durch den Zuschlag vermittelte Rechtsgrund ist nachträglich entfallen. Die Voraussetzungen des § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB i.V.m. § 818 Abs. 1 BGB liegen damit vor und ein Anspruch auf Nutzungersatz besteht auch nach dieser Auffassung. Problematisch mag allerdings sein, dass der Anspruch auf die Rückzahlung des Kaufpreises gegen den Vollstreckungsgläubiger besteht, der aus dem Versteigerungserlös schließlich befriedigt wurde. Dieser Anspruch kann jedoch K nicht entgegengehalten werden, wodurch der Eigentumserwerb durch Zuschlag insoweit mit einem zusätzlichen Risiko behaftet ist und das Risiko relativ einseitig dem Erwerber aufbürdet.

Ansprüche aus § 987 BGB bestehen hingegen mangels Bösgläubigkeit nicht.<sup>61</sup>

## VII. Fazit und Ausblick

Der BGH hat auf eine Nichtzulassungsbeschwerde hin nun die Revision zugelassen, sodass dessen Entscheidung in dem Fall mit Spannung erwartet werden darf. Der Fall selbst bietet für die juristische Ausbildung im Sachenrecht einige klassische Konstellationen in ungewöhnlicher Einkleidung, die durchaus Anlass für Klausuren sein können. Die Beschäftigung mit den zugrunde liegenden Fragestellungen erscheint also durchaus als lohnenswert, auch wenn die hier erforderlichen Kenntnisse im Zwangsvollstreckungsrecht wohl in dieser Tiefe (insbesondere bezüglich der außerordentlichen Beschwerde gem. § 96 ZVG) nicht zu erwarten sein dürften. Dagegen sind vor allem der Verwendungsersatzanspruch, die Grundbuchberichtigung, der Abriss des Gebäudes (die hier allerdings vor manche – vom OLG nicht thematisierten – Schwierigkeiten stellt) und die Nutzungsherausgabe typische sachenrechtliche Fragestellungen; schon ungewöhnlicher ist der geltend gemachte Anspruch auf Löschung der Grundschuld.

<sup>56</sup> BGH NJW 1993, 389 (392); BGH NJW 1978, 1529 (1531); BGH NJW 1960, 1105.

<sup>57</sup> *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2024, § 988 Rn. 9.

<sup>58</sup> *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2024, § 988 Rn. 11; *Herrler*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 988 Rn. 8 m.w.N.

<sup>59</sup> *Prütting*, Sachenrecht, 38. Aufl. 2024, Rn. 534; *Wellenhofer*, Sachenrecht, 39. Aufl. 2024, § 22 Rn. 19 f.

<sup>60</sup> *Heiderhoff/Skamel*, Zwangsvollstreckungsrecht, 4. Aufl. 2022, Rn. 635.

<sup>61</sup> OLG Brandenburg NJW 2023, 2646 (2652 Rn. 73).

## Entscheidungsbesprechung

BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 20.12.2023 – 2 BvR 2103/20<sup>1</sup>

### Zu den Voraussetzungen einer verständigungsbasierten Verurteilung

1. Der Wortlaut von § 257c Abs. 1 S. 2 StPO ist eindeutig. Die Norm schließt jede Disposition über Gegenstand und Umfang der dem Gericht von Amts wegen obliegenden Pflicht zur Aufklärung des mit der Anklage vorgeworfenen Geschehens aus.
2. Vor dem Hintergrund des Regelungsziels des Verständigungsgesetzes, die Grundsätze der Amtsaufklärungspflicht des Gerichts und der richterlichen Überzeugungsbildung unangetastet zu lassen, ist § 257c Abs. 1 S. 2 StPO nur so zu verstehen, dass das verständigungsbasierte Geständnis zwingend auf seine Richtigkeit zu überprüfen ist.

(Leitsätze des *Verf.*)

GG Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3

StPO § 257c

Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn, Osnabrück\*

### I. Einleitung

Vor 15 Jahren wurde die Vorschrift zur Verständigung im Strafverfahren in die Strafprozessordnung eingefügt.<sup>2</sup> Dem ging eine intensive wissenschaftliche Debatte voraus.<sup>3</sup> Die Rechtsprechung des BGH versuchte der Praxis der Absprachen oder der „Deals“ Regeln nachzuschieben,<sup>4</sup> was nicht erfolgreich war. Was folgte, war der Ruf nach dem Gesetzgeber,<sup>5</sup> der dann, ohne eine prinzipielle Neuausrichtung der StPO anzustrengen, versuchte, die Verständigung in das geltende Strafprozessrecht mit dem Verständigungsgesetz<sup>6</sup> zu integrieren. Ob diese Integration gelingt oder nicht, war natürlich davon abhängig, wie sich die Praxis von den neuen Vorschriften einhegen lies und der Verlockung widerstehen konnte, abseits des Rechtsrahmens weiter zu dealen. Die Praxis, die der Versuchung widerstehen konnte, war aber dennoch mit einer weiteren Verlockung konfrontiert, die im Zentrum der Entscheidung der 2. Kammer des *Zweiten Senats* des Bundesverfassungsgerichts steht: Das Verfahren bei einer geständigen Einlassung radikal abzukürzen, sich eine Beweisaufnahme „zu sparen“ und das als Beschleunigung und Effektivierung des Strafprozesses auszugeben.

\* Der *Verf.* hat den Beschwerdeführer als Bevollmächtigter vor dem Bundesverfassungsgericht vertreten.

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist abrufbar unter [https://www.bverfg.de/e/rk20231220\\_2bvr210320.html](https://www.bverfg.de/e/rk20231220_2bvr210320.html). (Nur) Die Rn. 38–72 der Entscheidung sind abgedruckt in NJW 2024, 1103.

<sup>2</sup> Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren v. 29.7.2009, BGBl. I 2009, S. 2353, in Kraft getreten am 4.8.2009.

<sup>3</sup> Vgl. dazu den Überblick bei Sinn, in: Sinn/Schöbbling, Praxishandbuch zur Verständigung im Strafverfahren, 2017, S. 1.

<sup>4</sup> Vgl. BGHSt 43, 195.

<sup>5</sup> BGHSt (GrS) 50, 40 (64).

<sup>6</sup> Vgl. oben Fn. 2.

Die 2. Kammer des *Zweiten Senats* des Bundesverfassungsgerichts hat sich klar und deutlich dazu geäußert, wie das gesetzgeberisch vorgesehene Schutzkonzept (§ 257c Abs. 1 S. 2 StPO) im Zusammenhang mit Verständigungen i.S.v. § 257c StPO umzusetzen ist.

## II. Sachverhalt

Das Amtsgericht verurteilte den Beschwerdeführer wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB) in 26 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe, deren Vollstreckung es zur Bewährung aussetzte. In der Hauptverhandlung schlug der Vorsitzende eine Verständigung gem. § 257c StPO vor. Für den Fall einer geständigen Einlassung werde dem Beschwerdeführer eine Gesamtfreiheitsstrafe zwischen einem Jahr und einem Jahr und drei Monaten zugesichert, die zur Bewährung ausgesetzt werden solle. Der Beschwerdeführer und der Vertreter der Staatsanwaltschaft stimmten der Verständigung zu. Der Pflichtverteidiger gab für den Beschwerdeführer sodann folgende Erklärung ab:

„Herr D. bestätigt die Tatvorwürfe aus der Anklage [...]. Herr D. war Geschäftsführer der Firma und beschäftigte viele Arbeitnehmer aus Osteuropa. Ob dieser Personenkreis unternehmerisch tätig war oder nicht, war ihm nicht wichtig. [...] Ihn hat nicht interessiert, ob die Arbeitnehmer anzumelden sind oder dies bereits geschah. Er hat sich um die Dinge nicht gekümmert, er nahm die Konsequenzen in Kauf. [...] Der Tatvorwurf wird als bestätigt eingeräumt [...].“

Der Beschwerdeführer bestätigte diese Erklärung mit den Worten: „Das ist richtig so“. Nach den Angaben zu seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen und der Verlesung eines Auszugs aus dem Bundeszentralregister wurde die Beweisaufnahme geschlossen.

Der Beschwerdeführer legte gegen das amtsgerichtliche Urteil Sprungrevision ein, die das Oberlandesgericht als unbegründet verwarf.

## III. Die Entscheidung

Die 2. Kammer des *Zweiten Senats* nahm die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung an und gab ihr statt, weil dies zur Durchsetzung der Grundrechte des Beschwerdeführers angezeigt war (§§ 93a Abs. 2 lit. b, 93b S. 1 BVerfGG). Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig und *offensichtlich* begründet (§ 93c Abs. 1 S. 1 BVerfGG).

Die Urteile des Amtsgerichts und des Oberlandesgerichts verletzen den Beschwerdeführer in seinem Recht auf ein faires Verfahren aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG. Deshalb wurden die Urteile aufgehoben. Die Sache wurde an das Amtsgericht Halle (Saale) zurückverwiesen.

Zur Begründung führt die Kammer aus, dass das Amtsgericht bei der Aufklärung des tatgegenständlichen Sachverhalts und der Würdigung der Beweise die verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen an die Wahrheitserforschung verkannt habe.<sup>7</sup> Die revisionsgerichtliche Entscheidung des Oberlandesgerichts habe diesen Verfassungsverstoß perpetuiert.

Die Gerichte hätten den verfassungsrechtlichen Schutzgehalt des § 257c Abs. 1 S. 2 StPO verkannt. Die Verurteilung des Beschwerdeführers beruhe auf einer unzureichenden Erforschung der materiellen Wahrheit. Das Amtsgericht habe das verständigungsbasierte Geständnis des Beschwerdeführers als alleinige Grundlage zur Feststellung seiner Schuld herangezogen, obgleich es nur von

<sup>7</sup> BVerfG NJW 2024, 1103 (1104 Rn. 41).

geringer inhaltlicher Aussagekraft war, und es unterlassen, dessen Richtigkeit einer erforderlichen weitergehenden Überprüfung in der Hauptverhandlung zu unterziehen. Ausgehend hiervon sei nicht nachvollziehbar, wie sich der Tatrichter eine ausreichend fundierte Überzeugung von dem von ihm festzustellenden Sachverhalt und der Schuld des Beschwerdeführers verschaffen konnte, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen an ein faires Verfahren genüge.<sup>8</sup>

Unter Berücksichtigung der Besonderheiten des vorliegenden Falls sei festzuhalten, dass das Geständnis des Beschwerdeführers vernünftigerweise nicht als alleinige Grundlage zu seiner Verurteilung hätte herangezogen werden dürfen. Die Notwendigkeit einer ergänzenden Beweiserhebung zur Überprüfung seiner Einlassung und der Feststellung seiner Schuld hätte sich den Fachgerichten bereits deshalb zwingend aufdrängen müssen, da das Verfahren im Zusammenhang mit § 266a StGB als komplex und die Qualität der geständigen Einlassung als gering einzustufen sind. Hinzu komme, dass das Amtsgericht sich auch seine Überzeugung von der Höhe der nicht gezahlten Sozialversicherungsbeiträge und damit vom Schuldumfang nicht ordnungsgemäß verschafft habe.<sup>9</sup>

Die Kammer stellt fest, dass sich das Amtsgericht so weit von der Verpflichtung entfernt habe, in Wahrung der Unschuldsvermutung auch die Gründe, die gegen die mögliche Täterschaft des Beschwerdeführers sprechen, wahrzunehmen, aufzuklären und zu erwägen, dass die Entscheidung keine tragfähige Grundlage mehr für die mit einem Schuldspruch einhergehende Freiheitsentziehung sein könne. Das Oberlandesgericht habe ebenfalls unter Missachtung des verfassungsrechtlichen Schutzgehalts des § 257c Abs. 1 S. 2 StPO die Revision des Beschwerdeführers verworfen. Es habe in diesem Zusammenhang im Übrigen verkannt, dass der Inhalt der Anklageschrift, auf den es in seinem Urteil Bezug nimmt, die Lücken in den Urteilsfeststellungen des Amtsgerichts nicht zu schließen und die bestehenden Widersprüche nicht auszuräumen vermochte.<sup>10</sup>

#### IV. Würdigung

##### 1. Zur Zulässigkeit: Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde bei der Sprungrevision

Der Beschwerdeführer musste mit seiner Verfassungsbeschwerde bereits eine erste hohe Hürde nehmen, denn es war fraglich, ob die erhobene Verfassungsbeschwerde insbesondere dem in § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG zum Ausdruck kommenden Gebot der Subsidiarität genügte. Der Generalbundesanwalt hatte vorgetragen, die Verfassungsbeschwerde sei hinsichtlich der mit der Revision geltend gemachten Verfahrensrügen unzulässig, da sie allesamt nicht den Anforderungen des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO genügt hätten. Allein der Umstand, dass der Beschwerdeführer gegen das Urteil des Amtsgerichts Sprungrevision eingelegt habe, führe zwar noch nicht dazu, dass eine Erschöpfung des Rechtswegs generell zu verneinen wäre. Der Verzicht des Beschwerdeführers gerade auf diejenige Instanz, die dem Beschwerdeführer in erster Linie die Möglichkeit verschafft hätte, eine neue Beweisaufnahme zu erreichen, werfe allerdings die Frage auf, ob er sich tatsächlich aller zumutbaren Mittel bedient habe, um die geltend gemachten Grundrechtsverletzungen bereits im fachgerichtlichen Verfahren zu verhindern oder zu beseitigen. Es sei daher *einschränkend* zu verlangen, dass bei Einlegung einer Sprungrevision mit der Verfassungsbeschwerde ausschließlich Rechtsfehler beanstandet werden könnten, die auch mit den Mitteln des Revisionsgerichts feststellbar seien.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> BVerfG NJW 2024, 1103 (1105 Rn. 48).

<sup>9</sup> BVerfG NJW 2024, 1103 (1105 Rn. 49).

<sup>10</sup> BVerfG NJW 2024, 1103 (1108 Rn. 71).

<sup>11</sup> BVerfG, Beschl. v. 20.12.2023 – 2 BvR 2103/20, Rn. 25.

Die Kammer will diese Frage nicht entscheiden, denn der geltend gemachte Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren konnte durch das Revisionsgericht auf die zulässig erhobene Sachrüge hin umfassend geprüft werden. Das Oberlandesgericht habe sich außerdem bei der Erörterung der Problematik, ob die Feststellungen des Amtsgerichts ausreichend gewesen sind, um den Schuldspruch zu tragen, inhaltlich mit dem gesamten Vortrag des Beschwerdeführers auseinandergesetzt und nicht danach differenziert, ob das Vorbringen im Zusammenhang mit der erhobenen Verfahrens- oder Sachrüge erfolgt ist.<sup>12</sup>

Die Auseinandersetzung mit dem Vortrag des Generalbundesanwalts ist durchaus anspruchsvoll, weil es dazu – soweit ersichtlich – nur eine einschlägige Entscheidung aus der Rechtsprechung und nur vereinzelt gebliebene Wegweisungen aus der Literatur gibt.

Soweit ersichtlich, hat bisher allein der Bayerische Verfassungsgerichtshof das bayerische Landesverfassungsprozessrecht betreffend entschieden,<sup>13</sup> dass ein erstinstanzliches Urteil, welches unter Verzicht auf die Berufungsinstantz mit der Sprungrevision angefochten worden ist, mit der Verfassungsbeschwerde nur mit solchen Rügen angegriffen werden kann, die „zulässigerweise“ im Revisionsverfahren erhoben werden durften und auch erhoben worden sind.<sup>14</sup> Eine weitere Entscheidung, die vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof zitiert wird, betrifft nicht die hier zu entscheidende Konstellation.

Die Sache scheint jedenfalls aus der Sicht des VerfGH Bayern klar zu sein. Allerdings ist nicht eindeutig, wie die Formulierung „zulässigerweise“ auszulegen ist. Es ist sowohl möglich, dass damit die strengen Zulässigkeitsvoraussetzungen bei der Erhebung einer Verfahrensrüge gemeint sein sollten (§ 344 Abs. 2 S. 2 StPO) als auch die Zulässigkeitsprüfung i.R.d. § 346 Abs. 1 StPO.

Entscheidend dürfte aber sein, dass die Auffassung des Generalbundesanwalts unzulässigerweise die funktional unterschiedlichen Prozessebenen und Verfahrensrechte miteinander verschleift. Während es bei der Sprungrevision um Prozessökonomie<sup>15</sup> geht, besteht die Funktion der Verfassungsbeschwerde darin, primär dem individuellen Rechtsschutz zu dienen.<sup>16</sup> Zudem hat sie die „Funktion, das objektive Verfassungsrecht zu wahren, auszulegen und fortzubilden“.<sup>17</sup> Insbesondere die dienende Funktion der Verfassungsbeschwerde würde entkernt, wenn die Wahrnehmung des Rechts auf Sprungrevision und der damit verbundenen (von allen Seiten gewollten) Prozessökonomie zu einer Beschränkung von Rügemöglichkeiten in einem funktional völlig anderen Kontext führen würde. Während mit der Verfassungsbeschwerde selbstverständlich auch Grundrechtsverletzungen in der Revision angegriffen werden können, muss dies auch dann der Fall sein, wenn eine Entscheidung in der Sprungrevision ergeht.

Auch aus kompetenzrechtlicher Sicht ist eine Rügebekchränkung nicht durchführbar: In der hier zu entscheidenden Konstellation haben sich weder die Generalstaatsanwaltschaft noch das Oberlandesgericht zu den Verfahrensrügen ausdrücklich verhalten. Wenn es nun richtig wäre, dass der Beschwerdeführer sich nur auf Umstände stützen dürfte, die in der Revisionsinstanz nur auf die zulässig erhobene Verfahrensrüge (§ 344 Abs. 2 S. 2 StPO) hin zu überprüfen waren, so liefe das darauf hinaus, dass nun das Bundesverfassungsgericht an Stelle des Revisionsgerichts hypothetisch die Zulässigkeit der erhobenen Verfahrensrügen prüfen müsste. Dass dies gegen die Kompetenz-

---

<sup>12</sup> BVerfG NJW 2024, 1103 (1103 Rn. 40).

<sup>13</sup> VerfGH Bayern, Urt. v. 2.12.1983 - Vf. 94-VI-81 = BeckRS 1983, 6772.

<sup>14</sup> Eine weitere Entscheidung, die vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof zitiert wird, betrifft nicht die hier zu entscheidende Konstellation: VerfGH 22, 124 = Entsch. v. 12.8.1969 – Vf. 47-VI-69.

<sup>15</sup> Frisch, in: SK-StPO, Bd. 7, 5. Aufl. 2016, § 335 Rn. 1.

<sup>16</sup> Vgl. BVerfGE 126, 1 (17) = BeckRS 2010, 51005.

<sup>17</sup> BVerfGE 126, 1 (17) = BeckRS 2010, 51005.

ordnung der Gerichte verstoßen würde, liegt auf der Hand.

## 2. Das gesetzgeberisch vorgesehene Schutzkonzept (§ 257c Abs. 1 S. 2 StPO) im Zusammenhang mit Verständigungen i.S.v. § 257c StPO

Die Deutlichkeit, mit der die Kammer das gesetzgeberisch vorgesehene Schutzkonzept (§ 257c Abs. 1 S. 2 StPO) im Zusammenhang mit Verständigungen i.S.v. § 257c StPO betont, ist zu begrüßen. Es handelt sich in der Tat um eine Kammer-Rechtsprechung, die „untypisch kleinteilig ausfällt“.<sup>18</sup> Das muss nachdenklich machen, denn von den Fachgerichten kann doch nichts anderes erwartet werden, als den Gesetzeswortlaut des § 257c Abs. 1 S. 2 StGB ernst zu nehmen.

„Die Norm schließt jede Disposition über Gegenstand und Umfang der dem Gericht von Amts wegen obliegenden Pflicht zur Aufklärung des mit der Anklage vorgeworfenen Geschehens aus.“<sup>19</sup>

Die den Strafprozess dominierenden Grundsätze der richterlichen Sachverhaltsaufklärung und Überzeugungsbildung sollten durch die Einführung der Vorschriften über die Verständigung im Strafverfahren nicht angetastet werden. Der Wortlaut von § 257c Abs. 1 S. 2 StPO ist eindeutig.<sup>20</sup> Wenn also das Bundesverfassungsgericht immer wieder<sup>21</sup> an dieses Schutzkonzept „kleinteilig“ erinnern muss, ist anscheinend die Integration der Verständigung in den unverändert gebliebenen Rahmen der strafprozessualen Prinzipien immer noch nicht gelungen. Immerhin liegen die Hürden für ein Eingreifen des Bundesverfassungsgerichts hoch: Voraussetzung ist, dass sich das Tat- und gegebenenfalls das Revisionsgericht so weit von der Verpflichtung entfernt hat, in Wahrung der Unschuldsvermutung bei jeder als Täter in Betracht kommenden Person auch die Gründe, die gegen die mögliche Täterschaft sprechen, wahrzunehmen, aufzuklären und zu erwägen, dass der rationale Charakter der Entscheidung verloren gegangen scheint und sie keine tragfähige Grundlage mehr für die mit einem Schuldspruch einhergehende Freiheitsentziehung sein kann.<sup>22</sup>

Bereits in seiner grundlegenden Entscheidung zum Verständigungsgesetz vom 19.3.2013 hat das BVerfG wie folgt ausgeführt:

„Als Ausdruck des gesetzgeberischen Willens, Möglichkeiten einer Verständigung in das geltende Strafprozessrechtssystem zu integrieren, ist vor allem die Klarstellung des § 257c I 2 StPO zu verstehen, die in § 244 II StPO niedergelegte Pflicht des Gerichts zur Aufklärung des Sachverhalts von Amts wegen bleibe ‚unberührt‘. Der Wortlaut von § 257c I 2 StPO ist eindeutig; die Norm schließt jede Disposition über Gegenstand und Umfang der dem Gericht von Amts wegen obliegenden Pflicht zur Aufklärung des mit der Anklage vorgeworfenen Geschehens aus. Damit wird hervorgehoben, dass eine Verständigung niemals als solche die Grundlage eines Urteils bilden kann, sondern weiterhin allein und ausschließlich die – ausreichend fundierte – Überzeugung des Gerichts von dem von ihm festzustellenden Sachverhalt maßgeblich bleibt (vgl. Begr. des GE der BReg., BT-Dr 16/12310, S. 13).“<sup>23</sup>

<sup>18</sup> Bittmann, NStZ 2024, 518 (518).

<sup>19</sup> BVerfG NJW 2024, 1103 (1104 f. Rn. 46).

<sup>20</sup> BVerfG NJW 2024, 1103 (1104 f. Rn. 46).

<sup>21</sup> Vgl. auch BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 8.11.2023 – 2 BvR 294/22 = NJW 2024, 1097.

<sup>22</sup> BVerfG NJW 2024, 1103 (1105 Rn. 47).

<sup>23</sup> BVerfGE 133, 168 (207 Rn. 68).

Das Bundesverfassungsgericht fordert in dieser Entscheidung eine „ausreichend fundierte“ Überzeugung des Gerichts. Im hier entschiedenen Fall hat es keine ausreichende Fundierung gegeben, weil nach der Einlassung des Beschwerdeführers keine hinreichende Beweisaufnahme erfolgte und das Gericht sich allein auf das Geständnis des Beschwerdeführers gestützt hat. Daran ändert sich auch nichts dadurch, dass der Auszug aus dem BZR verlesen wurde. Mehr noch: Auch das Geständnis ist nichts wert. Die Kammer führt aus, dass die Qualität des verständigungs-basierten Geständnisses des Beschwerdeführers insgesamt „als recht überschaubar“ zu beurteilen sei und „kaum über ein Formalgeständnis hinausgehen“ dürfte.<sup>24</sup> Auch kann von einem beweiserheblichen Abgleich des Geständnisses mit weiterem Beweismaterial keine Rede sein. Die Folge ist, dass mangels hinreichender Beweiserhebung das Schutzkonzept in § 257c Abs. 1 S. 2 StPO ausgehebelt wurde.

### 3. Nicht nur eine Randnotiz

Nicht nur eine Randnotiz verdienen die Ausführungen des Generalbundesanwalts, dass die grundrechtlich geschützten Interessen anderer Verfahrensbeteiligter bei der Frage der Aufklärungspflicht nicht völlig aus den Augen gelassen werden dürften. Seiner Auffassung nach würde es in vielen Fällen auf nachvollziehbares Unverständnis stoßen, wenn das Gericht den Zeugen mitteilen würde, dass sie erneut vor Gericht befragt werden müssten, ob ihre bei der Polizei gemachten Angaben zuträfen, obgleich der Angeklagte den Anklagevorwurf schon gestanden habe und das Gericht von seiner Schuld auch im vollen Umfang überzeugt sei.<sup>25</sup>

Zum einen bedeutet diese Auffassung einen eklatanten Verstoß gegen die Unschuldsvermutung und die Pflicht zur Unvoreingenommenheit des Gerichts, womit offenbar wird, welchen Stellenwert der Generalbundesanwalt der Ermittlung des wahren Sachverhalts beigemessen hatte. Schon *Hassemer* warnte:

„Der Sinn der Absprachen besteht darin, die lästigen Kategorien des traditionellen Strafrechts aus dem Strafverfahren herauszuhalten, sobald sie stören. Der Deal ist das schiere Gegenteil eines professionellen Interesses an Unrecht und Schuld. Dieses Interesse setzt dreierlei voraus: Rekonstruktion, Genauigkeit, Vergangenheitsorientierung, und genau das umgehen die Absprachen. Die Vergangenheit soll ruhen, ihre Aufklärung des wirklichen Geschehens wird durch die gegenwärtige Zustimmung der Beteiligten zu einem bestimmten Ergebnis ersetzt, über den Rest geht der Schwamm.“<sup>26</sup>

Natürlich hat *Hassemer* diesen Befund über den „Deal“ und die störenden „lästigen Kategorien“ in einer Zeit getroffen, in der die Verständigung noch nicht kodifiziert war. Aber offensichtlich ist sein Bangen um das „professionelle Interesse“. Der Gesetzgeber hat mit den Regelungen zur Verständigung im Strafverfahren versucht, das „professionelle Interesse“ nicht auf dem Altar der Prozessökonomie zu opfern und die Subjektqualität der verfolgten Person zu bewahren. Das gelingt nur, wenn man die Aufklärungspflicht ernst nimmt und dem „professionellen Interesse“ Platz einräumt. Für „nachvollziehbares Unverständnis“<sup>27</sup> des Generalbundesanwalts ist kein Platz.

Zum anderen ist nicht nachvollziehbar, weshalb das Ansehen der Justiz beeinträchtigt würde, wenn Zeugen auch in Fällen einer geständigen Einlassung vernommen werden sollen. Ganz im Gegen-

<sup>24</sup> BVerfG NJW 2024, 1103 (1105 Rn. 51).

<sup>25</sup> BVerfG, Beschl. v. 20.12.2023 – 2 BvR 2103/20, Rn. 27.

<sup>26</sup> *Hassemer*, HRRS 2006, 130 (137).

<sup>27</sup> BVerfG, Beschl. v. 20.12.2023 – 2 BvR 2103/20, Rn. 27.



teil: Das Ansehen der Justiz wächst, wenn das Gericht sich bis zur Urteilsverkündung als neutrale Instanz zeigt und eine „ausreichend fundierte“<sup>28</sup> Tatsachengrundlage für ein Urteil schafft.

## V. Zusammenfassung

Es steht außer Zweifel, dass mit der gesetzlichen Einführung der Möglichkeiten einer Verständigung im Strafverfahren die Prinzipien des Strafverfahrensrechts in ihrem Verhältnis zueinander nachjustiert werden mussten und weiterhin werden müssen. Allerdings haben die Vorschriften zur Verständigung weder zu einer Suspendierung von Prinzipien noch zu einer Konkurrenz derart geführt, dass Schutzmechanismen abgeschwächt wurden. Die Verständigung im Strafverfahren ist ein Beitrag zur Reduzierung von Komplexität und beruht auf Kommunikation der Verfahrensbeteiligten.<sup>29</sup> Komplexitätsreduzierung bedeutet aber nicht „Simplifizierung“, weil Simplifizierung dem angeklagten Bürger die Subjektqualität nehmen würde. Es existieren verfassungsrechtliche (ewige) Grundlagen („Menschenwürde“, Art. 1 Abs. 1 GG), die verhindern sollen, dass eine Person zum Objekt staatlicher Gewalt wird. Einfachgesetzlich konkretisiert hat sich die Subjektformel u.a. in § 257c Abs. 1 S. 2 StPO, wonach die Amtsaufklärungspflicht trotz Verständigung gerade nicht suspendiert wird. Das ist ein Statement für die Subjektqualität und die Menschenwürde einer Person, die sich einem Strafverfahren ausgesetzt sieht und sich im Verständigungsdiskurs kommunikativ zeigt, der Kommunikationsprozess aber fehlerhaft sein kann. Genau wegen dieser Fehleranfälligkeit wurde an § 244 Abs. 2 StPO in § 275c Abs. 1 S. 2 StPO festgehalten. Daraus ergibt sich, dass die Überprüfung eines Geständnisses immer „für die Entscheidung von Bedeutung“ ist.

---

<sup>28</sup> BVerfGE 133, 168 (207 Rn. 68); BVerfG NJW 2024, 1103 (1104 ff. Rn. 46, 48, 59).

<sup>29</sup> Vgl. Sinn, in: Sinn/Schöbbling, Praxishandbuch zur Verständigung im Strafverfahren, 2017, S. 1 ff. Rn. 17 ff., 46.



## Buchrezension

Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich: Allgemeiner Teil des BGB, 48. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 2024, 421 S., € 25,90.

*Prof. Dr. Marcus Oehlich, Bad Homburg\**

Mit der 48. Auflage des Allgemeinen Teils des BGB legt *Wolf-Dietrich Walker* eine vollständig überarbeitete Version des Standardwerks vor. Seit der ersten Auflage 1976 ist dieses Lehrbuch eine unverzichtbare Ressource für Studierende und Praktiker gleichermaßen. Die aktuelle Ausgabe, auf dem Stand von Juli 2024, wurde nicht nur an die neuesten Entwicklungen in der Rechtsprechung angepasst, sondern auch durch umfangreiche Überarbeitungen im Bereich der Willenserklärungen, Schenkungen an Minderjährige und Schwarzgeldabreden aktualisiert.

Das Lehrbuch bleibt seiner bewährten Struktur treu. Es ist in mehrere Teile gegliedert, wobei der Allgemeine Teil des BGB umfassend und klar strukturiert erläutert wird. Besonders bemerkenswert ist die Detailgenauigkeit in der Behandlung der Rechtsgeschäftslehre, die erneut im zweiten Teil dominiert. Hier werden die zentralen Konzepte wie Vertrag, Willenserklärung und Rechtsgeschäft anschaulich und verständlich vermittelt. Auch die Behandlung komplexer Themen wie des Abstraktionsprinzips und der Stellvertretung bleibt eine Stärke des Werks.

*Walker* führt den didaktischen Ansatz fort, den er und *Brox* seit jeher verfolgen: Der Leser wird nicht mit Detailfragen überhäuft, sondern erhält eine systematische und verständliche Einführung in die Materie. Der Verzicht auf übermäßige Darstellung von Streitfragen macht das Buch besonders für Studierende im Anfangssemester wertvoll. Das Ziel bleibt es, den Sinn und Zweck der gesetzlichen Bestimmungen zu verdeutlichen – ein Ansatz, der sich in der Praxis und in der Lehre bewährt hat. Trotzdem bietet das Lehrbuch mit seinem standardisierten Aufbau (Literaturüberblick, Beispielfälle, inhaltliche Ausführungen und Falllösungen sowie Aufbauschemata) auch für die Fortgeschrittenen einen Fundus zur Wiederholung und Vertiefung.

Wie bei den Voraufgaben fällt die verstärkte Auseinandersetzung mit aktuellen Themen auf. In der 48. Auflage wurden wichtige Entscheidungen des Bundesgerichtshofs eingearbeitet. Diese betreffen unter anderem den Zugang von Willenserklärungen, die *falsa demonstratio* beim Grundstückskauf und die Schenkung von Grundstücken an Minderjährige. Zudem wird die Entwicklung im Bereich des Internethandels, insbesondere die Bedeutung von Preisauszeichnungen bei Online-Inseraten, ausführlich besprochen. Diese Praxisnähe und Aktualität machen das Werk auch für Praktiker zu einem unverzichtbaren Nachschlagewerk.

Das Werk bleibt ein Grundpfeiler der juristischen Ausbildung im Zivilrecht AT. Aufgrund seiner klaren und systematischen Darstellung ist es nach wie vor besonders in den Grundkursen des Zivilrechts unverzichtbar. Auch in der Examensvorbereitung hat das Buch seinen festen Platz, insbesondere durch die zahlreichen aktuellen Beispiele und die gut verständlichen Fallkonstellationen.

Die 48. Auflage des Allgemeinen Teils des BGB von *Brox/Walker* überzeugt erneut durch ihre didaktische Klarheit, Aktualität und wissenschaftliche Präzision. Sie bleibt ein Standardwerk für Studierende, Referendare und Praktiker, das die rechtlichen Grundlagen verständlich und praxisnah vermittelt. Besonders die Berücksichtigung aktueller Entwicklungen in der Rechtsprechung und die

---

\* Der Verf. ist Professor für Finance, Accounting and Taxation an der accadis Hochschule Bad Homburg.

Brox/Walker: Allgemeiner Teil des BGB (*Oehrich*)

verständliche Darstellung komplexer rechtlicher Zusammenhänge machen das Werk zu einem unverzichtbaren Begleiter im juristischen Studium.

## Buchrezension

Haferkamp, Hans-Peter: Wege zur Rechtsgeschichte, Das BGB, 2. Aufl., Böhlau Verlag, Köln 2023, 410 S., 35,00 €.

Prof. Dr. Kai E. Wünsche, Meißen\*

### I. „Warum Rechtsgeschichte? Oder: Wie ich das BGB vollkommen neu kennenlernte.“

Für viele Studierende scheint die Befassung mit Rechtsgeschichte wie „aus einer anderen Welt“. Das ist auch nachvollziehbar, schließlich sind die rechtlichen Entwicklungen häufig untrennbar mit geschichtlichen Entwicklungen verbunden, die häufig auch lange zurückliegen. Auf der anderen Seite ist es für die Befassung mit privatrechtlichen Fragen hilfreich, den historischen Hintergrund von Gesetzen und Urteilen zu kennen, um diese besser einordnen zu können. Beiden Aspekten begegnet das Werk von *Haferkamp*. Bereits in der Einleitung macht der *Autor* deutlich, dass das Buch nicht das Ziel der Vollständigkeit verfolgt:

„Meine Schwerpunkte folgen dem, was mich interessiert, was ich für didaktisch wertvoll halte und was ich fachlich beherrsche.“

Damit erübrigen sich Anmerkungen zur Gewichtung einzelner Themen, die jeder Leser und jede Leserin für sich anders vornehmen würde. Die zahlreichen Literaturangaben nach den jeweiligen Abschnitten erleichtern jedenfalls eine Vertiefung.

### II. Aufbau und Inhalt

Das Buch enthält drei große Kapitel sowie eine Einführung und eine Art Zusammenfassung. Auf knapp 100 Seiten stellt der *Autor* zunächst das „BGB als Privatrechtskodifikation“ vor und beantwortet die Fragen, was „Kodifikation“ bedeutet und zunächst welche Begriffsgeschichte hinter „Privatrecht“ steckt. Dabei informiert *Haferkamp* den Leser über den Ursprung des Gewaltmonopols des Staates, wonach Konflikte hoheitlich zu entscheiden sind und nicht mehr den Parteien als sog. Fehde überlassen wurden (S. 19). Sodann geht es um die Vertragsfreiheit als zentrales Merkmal des BGB, und warum es den Gesetzesverfassern des BGB so bedeutsam war. Einen Blick in das aktuelle BGB vornehmend weist der *Autor* darauf hin, wie sich dieser Freiheitsraum in der Folge verengt hat durch zwingende Rechtsnormen, die dem generellen Schutz einer Vertragspartei (Arbeitnehmer, Wohnraummietter, Verbraucher) dienen. Im Teil zur „Kodifikation“ stellt der *Autor* dann den Weg zur Rechts Einheit dar, die den Flickenteppich städtischer und territorialer Gesetze etc. nach der Reichseinheit 1871 überwinden sollte. Während die Überschriften dieses Teil möglicherweise eine trockene Behandlung befürchten lassen, bewahrheitet sich dies nicht: Abstrakte Konzepte bekommen eine konkrete Gestalt durch lebendige Beispiele rund um die damals handelnden Personen. Namen, die in mancher Privatrechtsveranstaltung als historisch bedeutsam fallen, werden hier mit ihren konkreten Überlegungen und Diskussionen spannend dargestellt. Weiter führt der *Autor* u.a. zur Bedeutung

---

\* Der Verf. ist Dozent an der Hochschule Meißen.

des Verhältnisses zwischen Rechtswissenschaft und Justiz für die Rechtsvereinheitlichung aus. Abschließend geht es um die (heutigen) Schwierigkeiten des Umgangs mit den „Materialien zum BGB“.

Das nächste große Kapitel betrifft die „Kodifikation in Zeiten des Übergangs (1870–1914)“. Kurzweilig wird mit aussagekräftigen Textauszügen dargestellt, wie etwa die soziale Frage, also die Berücksichtigung als besonders schutzwürdig angesehener Personen, diskutiert wurde. Auch die Kontroversen um die Rolle des Richters („Richterkönig oder Subsumtionsautomat“) werden anschaulich dargestellt. Spannend sind vor allem die Ausführungen zur (vermeintlichen) Entdeckung der „positiven Vertragsverletzung“ (heute: §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB) durch einen Rechtswissenschaftler und später den BGH.

Der umfangreichste Teil des Werkes betrifft die „Epochen des BGB im 20. Jahrhundert“. Besonders interessant sind die Ausführungen zu den klassischen innerjuristischen Techniken, welche konservative Juristen nutzen, um gegen den Gesetzgeber mobil zu machen. Dies erfolgte, in dem man behauptete, dass es jenseits der gesetzgeberischen Entscheidung Werte gebe, die im und gegen das Gesetz umzusetzen nun Aufgabe der Juristen sei (anhand von Maßstäben wie: Sittengesetz, Gerechtigkeit, Billigkeit, Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein). Mit dem Nationalsozialismus trat dann auch eine Zeitenwende für das Privatrecht ein; subjektive Rechte, die unter dem generellen Vorbehalt der Verwendung zugunsten der Volksgemeinschaft standen, verloren an Bedeutung. In der Folge standen weitere Leitbegriffe des Privatrechts zur Diskussion und die Generalklauseln wurden politisiert. Hier stellt der *Autor* eindrücklich und anschaulich anhand von zahlreichen Beispielen die Rolle der Justiz dar, die häufig weiteren Eingriffen des Gesetzgebers den Weg geebnet hat.

Die Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg wird in angemessenem (vergleichsweise geringen) Umfang für die Rechtsentwicklung in der DDR dargestellt, während der Teil für die BRD etwas umfangreicher ist. Hier finden sich spannende Erläuterungen zu den Herausforderungen der Justiz, mit fortgeltenden Normen aus der NS-Zeit umzugehen.

### III. Fazit

Für Studierende und Personen aus der Privatrechtswissenschaft gilt: Wer sich bereits für Rechtsgeschichte interessiert, wird an diesem Werk seine Freude haben. Aber auch für Leser, die mit diesem Bereich noch fremdeln, ist das Werk ein Gewinn. Durch lebendige Beispiele schafft es *Haferkamp*, mit Methoden des Storytellings abstrakte Konzepte und bestimmte Entwicklungen greifbar zu machen. Das Werk ist aber auch für diejenigen interessant, die „hinter die Kulissen“ bestimmter Rechtsentwicklungen im Privatrecht blicken möchten. Beispielhaft sei hier der Abschnitt zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht genannt (S. 320 ff.): So werden dort die Gründe deutlich, die noch bei Schaffung des BGB gegen einen Schutz der Ehre sprachen, wie in Weimarer Zeit die Forderungen nach einem Schutz zunahmen und wie schließlich die grundgesetzlichen Wertungen zu einer Anerkennung führten. Dass die maßgebliche Entscheidung des BGH „unverkennbar die Handschrift Weinkauffs [trug]“ (Vorsitzender des zuständigen *I. Zivilsenats*) und was das mit der Diskussion um die Berücksichtigung eines „Naturrechts“ zu tun hat, wird ebenfalls erläutert.